



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 1, 1989 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 1989 Vol. 2**

Cited as [1989] 2 S.C.R. 3-223

Renvoi [1989] 2 R.C.S. 3-223

---

## NOTICE TO THE PROFESSION

## AVIS AUX AVOCATS

Counsel practising in the Supreme Court of Canada on appeals are advised that the Court wishes to be supplied with copies of authorities relied upon by counsel in their argument. In addition to the requirements of Rule 37(2), the following guidelines are to be observed:

1. The appellant and the respondent shall file a joint book of authorities. Interveners may file separate books of authorities but shall not duplicate the authorities included in the joint book of authorities filed by the appellant and the respondent.
2. Counsel shall photocopy only those authorities which are reasonably necessary in the presentation of the appeal and reproduce only those parts of a case or other authority which are relevant.
3. Each book should include an index of the authorities reproduced therein and each case should be marked with a tab (either numbered or lettered). Pages of the book of authorities do not have to be numbered if the page numbers of each authority are clearly shown.
4. The passages to be relied upon in each of the authorities should be indicated by page references and highlighted by underlining the relevant passage or by marking the passage along the margin of the text.
5. The appellant and the respondent shall file their book of authorities no later than two weeks, and the interveners no later than one week, before the hearing of the appeal.

This Practice Notice replaces the Practice Notice of January, 1987.

Les avocats qui plaident des pourvois en Cour suprême du Canada sont avisés que la Cour souhaiterait que soient fournis des exemplaires des arrêts et ouvrages sur lesquels ils fondent leur argumentation. En plus des exigences formulées à l'article 37(2) des Règles, les directives suivantes doivent être observées:

1. L'appellant et l'intimé doivent produire un recueil conjoint de jurisprudence et de doctrine. Les intervenants peuvent déposer des recueils distincts mais sans y reproduire les textes inclus dans le recueil conjoint produit par l'appellant et l'intimé.
2. Les avocats photocopient seulement les arrêts et ouvrages qui seront normalement nécessaires pour la présentation de leurs arguments et reproduisent uniquement les extraits pertinents de ces arrêts ou ouvrages.
3. Chaque recueil doit inclure une table des matières et chaque texte doit être marqué d'un onglet portant une mention numérique ou alphabétique. Il n'est pas nécessaire de numéroter les pages du recueil de doctrine et de jurisprudence si la pagination de chaque texte est claire.
4. Les passages cités doivent être indiqués par des renvois aux pages et doivent être soulignés dans le texte ou marqués dans la marge.
5. L'appellant et l'intimé doivent produire leur recueil de jurisprudence et de doctrine deux semaines au moins, et les intervenants une semaine au moins, avant l'audition du pourvoi.

Le présent avis remplace l'avis de janvier 1987.

GUY Y. GOULARD

THE REGISTRAR      LE REGISTRAIRE



Published pursuant to the Supreme Court Act by  
GUY Y. GOULARD, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor  
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secretaries  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

## CONTENTS

### **British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd. .... 24**

Bankruptcy — Priority — Statutorily created trust for tax collected — Tax collected commingled with bankrupt's assets — All assets applied to reduce bank's indebtedness — Whether or not province should be given priority over other creditors because of statutorily created trust — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47(a), 107(1)(j) — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388, s. 18.

### **Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) ..... 49**

Crown — Auditor General — Access to information — Auditor General seeking to obtain access to Crown corporation's records and to Cabinet documents relating to the purchase of an oil company — Whether the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information — Whether reporting remedy only remedy available to Auditor General when his right of access to information denied — Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, ss. 7(1)(b), 13(1).

Constitutional law — Role of the courts — Judicial review of federal auditing process — Dispute between Parliament and Auditor General — Auditor General denied access to Crown corporation's records and to Cabinet documents relating to the purchase of an oil company — Whether the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information — Whether courts proper remedial forum — Whether reporting remedy only remedy available to Auditor General when his

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par  
GUY Y. GOULARD, C.R.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêviste en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

Arrêvistes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secrétaires  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

## SOMMAIRE

### **Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) ..... 49**

Couronne — Vérificateur général — Accès à l'information — Le vérificateur général cherche à obtenir accès aux dossiers d'une société d'État et aux documents du Cabinet relatifs à l'acquisition d'une société pétrolière — Le vérificateur général a-t-il un droit d'accès à l'information qu'il peut faire valoir devant les tribunaux? — Le rapport à la Chambre des communes est-il le seul recours dont dispose le vérificateur général lorsque son droit d'accès à l'information lui est nié? — Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, chap. 34, art. 7(1)b, 13(1).

Droit constitutionnel — Rôle des tribunaux — Contrôle judiciaire du processus de vérification fédérale — Différend entre le Parlement et le vérificateur général — Accès aux dossiers d'une société d'État et aux documents du Cabinet relatifs à l'acquisition d'une société pétrolière refusé au vérificateur général — Le vérificateur général a-t-il un droit d'accès à l'information qu'il peut faire valoir devant les tribunaux? — Les cours de justice sont-elles une tribune appropriée? — Le rapport à la Chambre des communes est-il le seul recours dont dispose le vérificateur général lorsque son droit d'accès à l'information lui est nié? — Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, chap. 34, art. 7(1)b, 13(1).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

right of access to information is denied — Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, ss. 7(1)(b), 13(1).

### **Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)** ..... 167

Courts — Practice — Motion for a rehearing of appeal — Applicants asking for a rehearing on the basis that the Supreme Court of Canada's decision was rendered *per incuriam* — Motion dismissed.

### **Nelles v. Ontario** ..... 170

Crown — Immunity — Civil action — Malicious prosecution — Whether Crown, Attorney General and Crown Attorneys are immune from suit for malicious prosecution — Whether a ruling on the issue of prosecutorial immunity should be made on an appeal of a preliminary motion — Proceedings against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rule 126.

### **R. v. Black** ..... 138

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of her right to counsel upon arrest on a charge of attempted murder and exercising her right — Charge later changed to first degree murder — Accused unable to contact her lawyer a second time and refusing to call another lawyer — No urgency for interrogation — Accused making inculpatory statement — Evidence indicating accused intoxicated and emotionally distraught at the time of the statement — Whether accused fully exercised her right to counsel — Whether accused given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel — Whether accused waived her right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused making inculpatory statement — Derivative evidence obtained as a direct result of the statement — Whether statement and derivative evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

### **R. v. D. (L.E.)** ..... 111

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Sexual assault — Accused convicted of sexually assaulting his daughter — Whether evidence of alleged prior acts of sexual misconduct by the accused against his daughter admissible.

Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Similar fact evidence admitted at trial — Whether trial judge properly instructed the jury as to the limited purpose for which such evidence could be used — Whether trial judge's charge adequate.

### **R. v. Provo** ..... 3

Criminal law — Jurisdiction — Appellate court — *Kienapple* principle — Incest and sexual assault — Accused found guilty on both charges but conviction on lesser charge not entered — Accused acquitted of incest on appeal — Whether or not Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction on lesser charge even though the Crown had not appealed — Criminal

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.** ..... 24

Faillite — Priorité — Fiducie créée par la Loi à l'égard des taxes perçues — Taxes perçues et confondues avec les biens de la faillie — Affectation de tous les biens de la faillie à la réduction de la créance de la Banque — La province doit-elle avoir priorité sur les autres créanciers en raison de la fiducie créée par la loi? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47a), 107(1)j) — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 18.

### **Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)** ..... 167

Tribunaux — Pratique — Requête en nouvelle audition de pourvoi — Requérantes demandant une nouvelle audition parce que la décision de la Cour suprême du Canada aurait été rendue par inadvertance — Requête rejetée.

### **Nelles c. Ontario** ..... 170

Couronne — Immunité — Action civile — Poursuites abusives — La Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient-ils d'une immunité contre les actions pour poursuites abusives? — Convient-il de statuer sur la question de l'immunité du poursuivant dans le cadre d'un appel relatif à une requête préliminaire? — Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, règle 126.

### **R. c. Black** ..... 138

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusée avisée de son droit à l'assistance d'un avocat dès son arrestation sur inculpation de tentative de meurtre et exercice de ce droit par l'accusée — Changement subséquent de l'accusation pour celle de meurtre au premier degré — Impossibilité pour l'accusée de communiquer une deuxième fois avec l'avocat de son choix et refus d'appeler un autre avocat — Aucune urgence de procéder à l'interrogatoire — Déclaration incriminante de l'accusée — Éléments de preuve indiquant que l'accusée était sous l'influence de l'alcool et perturbée psychologiquement au moment de la déclaration — L'accusée a-t-elle pleinement exercé son droit à l'assistance d'un avocat? — L'accusée a-t-elle eu une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat? — L'accusée a-t-elle renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit de l'accusée à l'assistance d'un avocat — Déclaration incriminante de l'accusée — Preuve dérivée obtenue en conséquence directe de la déclaration — La déclaration et la preuve dérivée doivent-elles être écartées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

### **R. c. D. (L.E.)** ..... 111

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Agression sexuelle — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle contre sa fille — La preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle qu'aurait commis l'accusé contre sa fille était-elle admissible?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 150(1), 246.1, 613(2), (3), (8), 623(1).

## SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Admission au procès de la preuve de faits similaires — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées quant à l'objet limité auquel peut servir cette preuve? — L'exposé du juge du procès était-il adéquat?

### **R. c. Provo** ..... 3

Droit criminel — Compétence — Cour d'appel — Principe de l'arrêt *Kienapple* — Inceste et agression sexuelle — Accusé reconnu coupable des deux infractions, mais déclaration de culpabilité pour infraction moindre non inscrite — En appel, l'accusé a été acquitté relativement à l'accusation d'inceste — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction moindre même si le ministère public n'avait pas interjeté appel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 150(1), 246.1, 613(2), (3), (8), 623(1).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 1989**

**2<sup>e</sup> volume, 1989**



**Donald Wayne Provo** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. V. PROVO

File No.: 20472.

1988: December 15; 1989: July 13.

Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Jurisdiction — Appellate court — Kienapple principle — Incest and sexual assault — Accused found guilty on both charges but conviction on lesser charge not entered — Accused acquitted of incest on appeal — Whether or not Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction on lesser charge even though the Crown had not appealed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 150(1), 246.1, 613(2), (3), (8), 623(1).*

The appellant was charged with committing incest by having sexual intercourse with his daughter contrary to s. 150 of the *Criminal Code* and with sexually assaulting her contrary to s. 246.1 of the *Code*. The appellant was convicted of incest and acquitted of sexual assault because of the application of the rule against multiple convictions as set in *Kienapple v. The Queen*. The Court of Appeal allowed the appeal from the incest charge, entered a conviction on the sexual assault charge and remitted the matter of the sexual assault charge back to the trial judge for the imposition of sentence. The Crown had not appealed the appellant's acquittal on the sexual assault charge. At issue is whether the Court of Appeal had jurisdiction to substitute a conviction for sexual assault for the acquittal entered at trial because of *Kienapple* when the Crown had not appealed the acquittal for sexual assault.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The use of conditional stays of charges in which convictions are barred by the rule against multiple convictions is preferable to the use of acquittals. The

**Donald Wayne Provo** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. PROVO

N° du greffe: 20472.

1988: 15 décembre; 1989: 13 juillet.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

*Droit criminel — Compétence — Cour d'appel — Principe de l'arrêt Kienapple — Inceste et agression sexuelle — Accusé reconnu coupable des deux infractions, mais déclaration de culpabilité pour infraction moindre non inscrite — En appel, l'accusé a été acquitté relativement à l'accusation d'inceste — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction moindre même si le ministère public n'avait pas interjeté appel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 150(1), 246.1, 613(2), (3), (8), 623(1).*

L'appellant a été accusé d'avoir commis un inceste en ayant des rapports sexuels avec sa fille, contrairement à l'art. 150 du *Code criminel*, et de l'avoir agressée sexuellement, contrairement à l'art. 246.1 du *Code*. L'appellant a été déclaré coupable d'inceste et acquitté relativement à l'accusation d'agression sexuelle en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples établie dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité pour inceste, a inscrit une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle et a renvoyé la question de l'accusation d'agression sexuelle au juge du procès pour qu'il impose une peine. Le ministère public n'avait pas interjeté appel contre l'acquiescement de l'appellant prononcé au sujet de l'accusation d'agression sexuelle. La question en litige est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour substituer à l'acquiescement inscrit au procès en raison de l'arrêt *Kienapple* une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, en l'absence d'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement relatif à l'accusation d'agression sexuelle.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le recours à la suspension conditionnelle des accusations qui ne peuvent entraîner des déclarations de culpabilité en raison de la règle interdisant les déclarations de

stay is conditional on the final disposition of the more serious charge on which the accused has been convicted. If the accused's appeal from the conviction on that charge is dismissed or the accused does not appeal within the specified times, the conditional stay becomes permanent and is tantamount to a judgment or verdict of acquittal for the purpose of an appeal or a plea of *autrefois acquit*. If, on the other hand as is the case here, the accused's appeal from the conviction is successful, the conditional stay dissolves and the appellate courts, while allowing the appeal, can make an order remitting to the trial judge the count or counts which were conditionally stayed because of the *Kienapple* principle even though no appeal was taken from the conditionally stayed counts. A permanent stay should be recorded on the "Kienappled" offence to reflect that reasons of policy and not the accused's lack of culpability account for the refusal to enter a conviction.

The Court of Appeal should first decide whether to allow or dismiss appellant's appeal of his conviction for incest. That decision would then determine the court's jurisdiction to deal with the acquittal of sexual assault.

The Court of Appeal's power, under s. 613(3), to substitute a verdict that should have been found only arises when it dismisses an appeal under s. 613(1)(b)(i). In this case the appellant's appeal on the incest charge was not dismissed. Its jurisdiction is not, however, exhausted in exercising its power under s. 613(2) to quash the conviction and to direct an acquittal; the Court is given a broad ancillary power "to make any order . . . that justice requires" under s. 613(8). Section 613(8), which has been given a broad, liberal interpretation, gives the Court of Appeal a broad supplementary power to make any order that justice requires when it exercises its appellate powers under s. 613.

As a general rule a Court of Appeal cannot disturb an acquittal unless the Crown appeals from it but an exception to this general proposition exists in the context of *Kienapple*. This exception accommodates the special relationship between offences which arise out of the same delict and which are subject to special treatment under the *Kienapple* principle. Here, the general rule should give way to the exception: the appellant's acquit-

culpabilité multiples est préférable au recours à l'acquittement. La suspension est conditionnelle à une décision définitive sur l'accusation plus grave à l'égard de laquelle l'inculpé a été reconnu coupable. Si l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité relative à cette accusation est rejeté ou si l'inculpé n'interjette pas appel dans le délai imparti, la suspension conditionnelle devient permanente et équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement aux fins d'un appel ou d'un plaidoyer d'autrefois acquit. Par contre, si, comme en l'espèce, l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité est accueilli, la suspension conditionnelle s'éteint et, tout en accueillant l'appel, les cours d'appel peuvent rendre une ordonnance de renvoi au juge du procès du ou des chefs d'accusation qui ont fait l'objet d'une suspension conditionnelle en raison du principe de l'arrêt *Kienapple*, même si aucun appel n'a été interjeté contre ces chefs d'accusation. Une suspension permanente devrait être inscrite relativement à l'infraction visée par la règle de l'arrêt *Kienapple* pour indiquer que ce sont des raisons de principe et non l'innocence de l'accusé qui justifient le refus d'inscrire une déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel devrait déterminer d'abord si l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité pour inceste devrait être accueilli ou rejeté. Cette décision permettrait alors d'établir la compétence de la cour pour se prononcer sur l'acquittement relatif à l'accusation d'agression sexuelle.

La Cour d'appel n'a le pouvoir, en vertu du par. 613(3), de substituer le verdict qui aurait dû être prononcé que si elle rejette un appel en vertu du sous-al. 613(1)(b)(i). En l'espèce, l'appel interjeté par l'appelant à l'égard de l'accusation d'inceste n'a pas été rejeté. L'exercice du pouvoir, que lui confère le par. 613(2), d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un acquittement n'épuise pas la compétence de la Cour d'appel; celle-ci dispose, en vertu du par. 613(8), d'un large pouvoir accessoire de rendre «toute ordonnance que la justice exige». Le paragraphe 613(8), qui a reçu une interprétation large et libérale, confère à la Cour d'appel un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière d'appel conférés par l'art. 613.

En règle générale, une cour d'appel ne peut modifier un verdict d'acquittement, à moins que le ministère public n'en ait interjeté appel, mais cette proposition générale comporte une exception dans le contexte de l'arrêt *Kienapple*. Il s'agit d'une exception qui tient compte des liens particuliers existant entre les infractions qui découlent d'un même délit et qui sont assujetties à un traitement spécial en vertu du principe énoncé

tal on the sexual assault charge could properly be considered by the Court of Appeal in the absence of an appeal by the Crown.

The Court of Appeal, when it allowed the appeal on the incest charge under s. 613(2), could then have exercised its supplementary powers under s. 613(8) to dispose of the sexual assault charge. However, it would have been more appropriate to remit the matter to the trial judge to register a conviction on the sexual assault charge and sentence the appellant for that offence rather than itself entering a conviction on the sexual assault charge on the basis of the clear finding of the trial judge. This course preserves the appellant's right to launch an appeal from the sexual assault conviction.

#### Cases Cited

**Considered:** *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483, aff'g (1983), 4 C.C.C. (3d) 522; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Loyer and Blouin*, [1978] 2 S.C.R. 631; *Hammerling v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 905; **distinguished:** *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645; **referred to:** *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *R. v. Seymour* (1954), 38 Cr. App. R. 68; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *Rickard v. The Queen*, [1970] S.C.R. 1022; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 150(1), (2), (3), (4), 246.1(1), (2), 613(1)(a)(i), (ii), (iii), (b)(i), (2)(a), (b), (3), (8), 623(1).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 47 Man. R. (2d) 210, allowing an appeal from conviction by Jewers J. and entering a conviction on a lesser and proven charge arising out of the same incident for which no conviction had been entered. Appeal dismissed.

*Martin D. Glazer*, for the appellant.

dans l'arrêt *Kienapple*. En l'espèce, la règle générale devrait céder le pas à l'exception: la Cour d'appel pouvait à bon droit examiner l'acquittement de l'appelant relatif à l'accusation d'agression sexuelle, en l'absence d'un appel du ministère public.

Lorsqu'elle a accueilli l'appel de l'accusation d'inceste, en vertu du par. 613(2), la Cour d'appel aurait pu alors exercer les pouvoirs supplémentaires que lui confère le par. 613(8) pour statuer sur l'accusation d'agression sexuelle. Toutefois, il eût été préférable de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il inscrive une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle et impose à l'appelant une peine à cet égard, plutôt que d'inscrire elle-même une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle en se fondant sur la conclusion claire et nette du juge du procès. Cette façon de procéder protège le droit de l'appelant d'interjeter appel contre la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483, conf. (1983), 4 C.C.C. (3d) 522; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Loyer et Blouin*, [1978] 2 R.C.S. 631; *Hammerling c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 905; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645; **arrêts mentionnés:** *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *R. v. Seymour* (1954), 38 Cr. App. R. 68; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 150(1), (2), (3), (4), 246.1(1), (2), 613(1)(a)(i), (ii), (iii), (b)(i), (2)(a), (b), (3), (8), 623(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 47 Man. R. (2d) 210, qui a accueilli l'appel interjeté contre le verdict de culpabilité prononcé par le juge Jewers et qui a inscrit une déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'une infraction moindre dont la perpétration avait été prouvée, laquelle accusation découlait du même incident mais n'avait fait l'objet d'aucune déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

*Martin D. Glazer*, pour l'appelant.



*Stuart J. Whitley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue on this appeal is the jurisdiction of a Court of Appeal, when allowing an accused's appeal from a conviction on a charge of incest, to deal with an acquittal of the accused on a charge of sexual assault when that acquittal resulted from the application of the rule against multiple convictions and the Crown did not appeal that acquittal.

### 1. The Facts

On June 18, 1983 the appellant and his wife separated after a 3-year marriage which produced two children, a son Michael aged 5 and a daughter Tracey aged 4. The appellant also had a step-son John aged 11. By agreement with his wife, Corrine Provo, the appellant was allowed access to his children and his step-son on the weekends while she retained permanent custody.

During these weekend visits the children stayed at the appellant's residence in Winnipeg, Manitoba. When the visits started in June, 1983 the sleeping arrangements were that the appellant slept alone in a single bed in his bedroom and the two younger children, Michael and Tracey, slept in a double bed in the same room. The older child, John, slept on a couch in the living room. Some time before December, 1984 this arrangement was changed and the appellant and his daughter Tracey slept in the double bed while Michael slept in the single. The explanation given for this change was that Michael and Tracey could not sleep peacefully in the same bed.

On December 26, 1984 Corrine Provo confronted the appellant with an allegation that he was sexually molesting his daughter Tracey after Tracey had complained to her. The appellant replied that he had an erection while sleeping in the same bed as Tracey and that Tracey had wakened him up complaining. The appellant

*Stuart J. Whitley*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>a</sup> LE JUGE WILSON—La question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si une Cour d'appel, en accueillant l'appel interjeté par un accusé à l'encontre d'une déclaration de culpabilité <sup>b</sup> pour inceste, a compétence pour se prononcer sur un acquittement d'agression sexuelle lorsque le prévenu a été acquitté en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples et que le ministère public n'a pas interjeté appel de cet acquittement. <sup>c</sup>

### 1. Les faits

Le 18 juin 1983, l'appellant et son épouse se sont <sup>d</sup> séparés après trois années de mariage et ils avaient alors deux enfants, savoir un fils, Michael, âgé de 5 ans et une fille, Tracey, âgée de 4 ans. L'appellant a également un beau-fils, John, âgé de 11 ans. Son épouse, Corrine Provo, a accepté que l'appellant voie ses enfants et son beau-fils pendant les fins de semaine tandis qu'elle avait la garde permanente de ceux-ci. <sup>e</sup>

Pendant ces visites de fins de semaine, les enfants demeuraient chez l'appellant, à Winnipeg (Manitoba). Lorsque les visites ont commencé en juin 1983, l'appellant dormait seul dans un lit simple, dans sa chambre, et les deux plus jeunes, <sup>g</sup> Michael et Tracey, dormaient dans un lit double, dans la même chambre. Le plus vieux, John, dormait sur un sofa, dans le salon. Peu avant décembre 1984, la situation a changé: l'appellant et sa fille Tracey dormaient dans le lit double tandis que <sup>h</sup> Michael dormait dans le lit simple. La raison donnée pour justifier ce changement était que Michael et Tracey ne dormaient pas bien ensemble.

<sup>i</sup> Le 26 décembre 1984, Corrine Provo a reproché à l'appellant d'avoir agressé sexuellement sa fille Tracey, après que cette dernière se fut plainte à sa mère. L'appellant a répondu qu'il avait eu une érection pendant qu'il dormait dans le même lit que Tracey et qu'elle l'avait réveillé pour se plaindre. L'appellant a nié toute action fautive inten-

denied any intentional wrongdoing and offered to see a counsellor with his wife if necessary.

On January 4, 1985 Tracey was examined at the Children's Hospital by a pediatrician who found that the child's vaginal opening was twice the normal size and that there was a healed laceration in the child's hymen. The police were contacted and the appellant was arrested at his home the next day.

The appellant was charged with committing incest by having sexual intercourse with his daughter contrary to s. 150 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, and with sexually assaulting her contrary to s. 246.1 of the *Criminal Code*. These charges proceeded by way of indictment and the appellant was tried on September 12 and 13, 1985 in the Court of Queen's Bench of Manitoba. The appellant was convicted of incest and acquitted of sexual assault because of the application of the rule against multiple convictions.

## 2. The Applicable Legislation

### Section 150 of the *Criminal Code*:

**150.** (1) Every one commits incest who, knowing that another person is by blood relationship his or her parent, child, brother, sister, grandparent or grandchild, as the case may be, has sexual intercourse with that person.

(2) Every one who commits incest is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

(3) No accused shall be determined by a court to be guilty of an offence under this section if the accused was under restraint, duress or fear of the person with whom the accused had the sexual intercourse at the time the sexual intercourse occurred.

(4) In this section, "brother" and "sister", respectively, include half-brother and half-sister.

### Section 246.1 of the *Criminal Code*:

**246.1** (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

tionnelle et il a proposé de consulter un thérapeute avec sa femme, si nécessaire.

Le 4 janvier 1985, Tracey a été examinée par un pédiatre au Children's Hospital et celui-ci a conclu que l'ouverture du vagin de l'enfant était deux fois plus large que la normale et que son hymen portait une laceration cicatrisée. On a fait appel à la police et l'appelant a été arrêté chez lui, le lendemain.

L'appelant a été accusé d'avoir commis un inceste en ayant des rapports sexuels avec sa fille, contrairement à l'art. 150 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et ses modifications, et de l'avoir agressée sexuellement, contrairement à l'art. 246.1 du *Code criminel*. Ces accusations ont été portées par voie d'acte d'accusation et l'appelant a subi son procès les 12 et 13 septembre 1985 devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. L'appelant a été reconnu coupable d'inceste et acquitté relativement à l'accusation d'agression sexuelle en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples.

## 2. Les textes législatifs applicables

### L'article 150 du *Code criminel*:

**150.** (1) Commet un inceste, quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne.

(2) Quiconque commet un inceste est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans.

(3) Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction au présent article si, au moment où les rapports sexuels ont eu lieu, il a agi par contrainte, violence ou crainte émanant de la personne avec qui il a eu ces rapports sexuels.

(4) Au présent article, les mots «frère» et «sœur» comprennent respectivement un demi-frère et une demi-sœur.

### L'article 246.1 du *Code criminel*:

**246.1** (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable

- a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans; ou
- b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(2) Where an accused is charged with an offence under subsection (1) or section 246.2 or 246.3 in respect of a person under the age of fourteen years, it is not a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge unless the accused is less than three years older than the complainant.

**Section 613 of the *Criminal Code*:**

**613.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered, or

(b) order a new trial.

(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(b)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and affirm the sentence passed by the trial court or impose a sentence that is warranted in law.

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

**Section 623(1) of the *Criminal Code*:**

**623.** (1) The Supreme Court of Canada may, on an appeal under this Part, make any order that the court of

(2) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) ou aux articles 246.2 ou 246.3 à l'égard d'une personne âgée de moins de quatorze ans, ne constitue pas une défense le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation sauf si l'accusé est de moins de trois ans son aîné.

**L'article 613 du *Code criminel*:**

**613.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, si

(i) la cour est d'avis que l'appellant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle doit annuler la condamnation et

a) ordonner l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement, ou

b) ordonner un nouveau procès.

(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)b)(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et confirmer la sentence prononcée par la cour de première instance ou imposer une sentence justifiée en droit.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

**L'article 623(1) du *Code criminel*:**

**623.** (1) La Cour suprême du Canada peut, sur un appel aux termes de la présente Partie, rendre toute

appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

### 3. The Courts Below

#### *Manitoba Court of Queen's Bench*

At trial the pediatrician who examined Tracey testified that the laceration of her hymen could have been caused by accident or as a result of sexual abuse. If the latter were the case Dr. Benoit testified that the injury could have been caused by penetration by a penis, a finger or an object. Tracey, aged 5 at the time of trial, testified as an unsworn witness on direct examination to the effect that there was penetration by the appellant's penis. On cross-examination she said that her testimony was not true, but later agreed on re-examination that she had told the truth on her direct examination. Michael, aged 6, testified as an unsworn witness that he observed the appellant penetrate Tracey with his penis but his testimony, like his sister's and understandably given their age, was capable of supporting inferences to the contrary. The appellant testified that he had not sexually assaulted his daughter. The trial judge stated that he was satisfied on the evidence that there was penile penetration by the appellant. He concluded:

For all of these reasons then, I have concluded that I must accept the evidence of the two children. It follows then that there was certainly a sexual assault upon Tracey Lynn committed by the accused. It was submitted that there was no incest because there wasn't a sufficient degree of penetration shown, but in my view there was, having regard to the medical evidence, therefore, my conclusion is that the accused should be convicted on both counts in the indictment.

After the trial judge had made this statement counsel for the appellant submitted that the appellant could only be convicted on one as opposed to both of the incest and sexual assault counts because they both arose from the same incident, i.e. the incident which had led to Corrine Provo's allegations on December 26, 1984 and the subsequent laying of charges against the appellant. The trial judge agreed, convicted the appellant of the

ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et peut établir tout règlement ou ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

### a 3. Les tribunaux d'instance inférieure

#### *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Au procès, le pédiatre qui avait examiné Tracey a témoigné que la lacération de l'hymen pouvait être imputable à un accident ou à un abus sexuel. Dans ce dernier cas, le docteur Benoit a déclaré que la blessure aurait pu être causée par la pénétration d'un pénis, d'un doigt ou d'un objet. Tracey était âgée de 5 ans au moment du procès; lors de l'interrogatoire principal, elle a témoigné, sans serment, qu'il y avait eu pénétration du pénis de l'appellant. En contre-interrogatoire, elle a dit que son témoignage n'était pas vrai mais plus tard, pendant le réinterrogatoire, elle a déclaré qu'elle avait dit la vérité lors de l'interrogatoire principal. Michael, âgé de 6 ans, a témoigné, sans serment, qu'il avait vu l'appellant introduire son pénis dans le vagin de Tracey, mais son témoignage, tout comme celui de sa sœur, aurait pu servir de fondement à des conclusions contraires, ce qui est compréhensible compte tenu de leur âge. L'appellant a déclaré qu'il n'avait pas agressé sexuellement sa fille. Le juge du procès a affirmé qu'il était convaincu, d'après la preuve, qu'il y avait eu pénétration par l'appellant. Il a ainsi conclu:

[TRADUCTION] Pour toutes ces raisons, j'ai conclu que je dois accepter le témoignage des deux enfants. Il s'ensuit donc que l'accusé a certainement commis une agression sexuelle sur la personne de Tracey Lynn. On a prétendu qu'il n'y avait pas eu inceste, faute de preuve d'un degré suffisant de pénétration, mais j'estime que la preuve en a été faite compte tenu des éléments de preuve médicale, et je conclus que l'accusé devrait être reconnu coupable à l'égard des deux chefs d'accusation.

Après cette affirmation du juge du procès, l'avocat de l'appellant a prétendu que l'appellant ne pouvait être reconnu coupable qu'à l'égard d'un seul et non des deux chefs d'accusation d'inceste et d'agression sexuelle, parce qu'ils découlaient tous deux du même incident, c.-à-d. l'incident qui avait donné lieu aux allégations de Corrine Provo, le 26 décembre 1984, et aux accusations portées par la suite contre l'appellant. Souscrivant à cette opinion, le

more serious charge of incest and acquitted him of the charge of sexual assault.

On January 14, 1986 the appellant moved to have the trial re-opened. The trial judge decided to hear medical evidence in support of the appellant's motion at a later date. This evidence was heard on November 4, 1986 when the trial judge dismissed the motion to re-open the trial and sentenced the appellant to 2 years imprisonment.

### *Manitoba Court of Appeal*

The appellant appealed his conviction on the incest charge to the Manitoba Court of Appeal (O'Sullivan, Philp and Twaddle J.J.A.) on the basis that the Crown had not proved beyond a reasonable doubt that the appellant had penetrated his daughter with his penis. The Crown did not appeal the acquittal of the appellant on the sexual assault charge.

The Court of Appeal [(1987), 47 Man. R. (2d) 210] agreed that there was insufficient proof of sexual intercourse to support the conviction for incest but found that the case of sexual assault was made out. The Court of Appeal was, however, divided as to their powers once the appeal on the incest conviction was allowed. Twaddle J.A. held for the majority that a conviction for the lesser offence of sexual assault could be entered. He stated at p. 213:

The entry of an acquittal on the less serious of two charges arising out of the same delict is, in my view, conditional upon the conviction on the other charge not being quashed on appeal. If a court of appeal is of the opinion that the accused was not properly convicted on the more serious charge, but was properly convicted (i.e. found guilty) on the less serious charge, the court exercising its powers under s. 613(1)(b)(i) and s. 613(3) of the *Criminal Code* may dismiss the appeal, but substitute a conviction on the less serious charge.

Twaddle J.A. then ordered that the matter be remitted back to the trial judge to impose a new sentence for sexual assault. O'Sullivan J.A. held in

juge du procès a reconnu l'appelant coupable de l'infraction plus grave d'inceste et l'a acquitté à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle.

<sup>a</sup> Le 14 janvier 1986, l'appelant a présenté une requête en réouverture du procès. Le juge du procès a décidé d'entendre des éléments de preuve médicale à l'appui de la requête de l'appelant à une date ultérieure. Après avoir entendu cette <sup>b</sup> preuve le 4 novembre 1986, il a rejeté la requête en réouverture du procès et condamné l'appelant à une peine d'emprisonnement de deux ans.

### *La Cour d'appel du Manitoba*

<sup>c</sup> L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour inceste devant la Cour d'appel du Manitoba (les juges O'Sullivan, Philp et Twaddle), pour le motif que le ministère public n'avait pas <sup>d</sup> prouvé hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait introduit son pénis dans le vagin de sa fille. La poursuite n'a pas interjeté appel de l'acquiescement de l'appelant à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle.

<sup>e</sup> La Cour d'appel [(1987), 47 Man. R. (2d) 210] a convenu qu'il n'y avait pas assez d'éléments de preuve de rapports sexuels pour étayer l'accusation d'inceste, mais elle a jugé que la preuve de l'agression sexuelle avait été faite. Cependant, la Cour d'appel était divisée quant aux pouvoirs qu'elle <sup>f</sup> pouvait exercer après avoir accueilli l'appel de la déclaration de culpabilité pour inceste. Le juge Twaddle a conclu au nom de la cour à la majorité <sup>g</sup> qu'il était possible d'inscrire un verdict de culpabilité relativement à l'infraction moindre d'agression sexuelle. Voici ce qu'il a affirmé à la p. 213:

[TRADUCTION] L'acquiescement prononcé à l'égard de la moins grave des deux infractions résultant d'un même <sup>h</sup> délit dépend, selon moi, du maintien en appel de la déclaration de culpabilité relative à l'autre accusation. Si la cour d'appel estime que l'accusé n'aurait pas dû être reconnu coupable de l'infraction plus grave, mais qu'il a été de bon droit reconnu coupable de l'accusation <sup>i</sup> moins grave, la cour, agissant en vertu du sous-al. 613(1)(b)(i) et du par. 613(3) du *Code criminel*, peut rejeter l'appel mais y substituer une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction moins grave.

<sup>j</sup> Le juge Twaddle de la Cour d'appel a ensuite ordonné le renvoi de l'affaire au juge du procès pour qu'il impose une nouvelle peine pour agres-

dissent that the Court of Appeal had no power to enter a conviction on the sexual assault charge, that the appellant was entitled to plead *autrefois acquit* to that charge, and that the entry of a conviction would be an impermissible collateral attack on the verdict of the trial judge as a superior court. He stated at pp. 215-16:

It is true that the transcript indicates that the verdict of acquittal was entered in error. But I do not think we can set aside an acquittal in a superior court simply on the ground it was erroneous unless there is an appeal to us from the acquittal. I think the integrity of the court process requires us to follow what was said by McIntyre J. in the Supreme Court of Canada in *R. v. Wilson* (1983), 51 N.R. 321 at 325:

"In the Manitoba Court of Appeal, Monnin J.A. said:

'The record of a superior court is to be treated as absolute verity so long as it stands unreversed.'

"I agree with that statement. It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well-settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally — and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment. Where appeals have been exhausted and other means of direct attack upon a judgment or order, such as proceedings by prerogative writs or proceedings for judicial review, have been unavailing, the only recourse open to one who seeks to set aside a court order is an action for review in the High Court where grounds for such a proceeding exist. Without attempting a complete list, such grounds would include fraud or the discovery of new evidence."

O'Sullivan J.A. distinguished the case at bar from this Court's decision in *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483 [hereinafter *Terlecki*], by

sion sexuelle. Le juge O'Sullivan, dissident, a affirmé que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'inscrire un verdict de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle, que l'appellant avait le droit de plaider *autrefois acquit* à l'égard de cette accusation et que l'inscription d'un verdict de culpabilité constituerait une attaque indirecte intolérable contre le verdict prononcé par le juge du procès en sa qualité d'instance supérieure. Voici ce qu'il a affirmé aux pp. 215 et 216:

[TRADUCTION] Il est vrai que le procès-verbal indique que le verdict d'acquittal était erroné. Mais je ne pense pas que nous puissions annuler un acquittal prononcé par une cour supérieure tout simplement parce qu'il était erroné, à moins que nous ne soyons saisis d'un appel de cet acquittal. J'estime que l'intégrité du processus judiciaire nous oblige à suivre l'opinion exprimée par le juge McIntyre, de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Wilson* (1983), 51 N.R. 321, à la p. 325:

«En Cour d'appel du Manitoba, le juge Monnin a affirmé:

«Le dossier d'une cour supérieure doit être considéré comme la vérité absolue tant qu'il n'a pas été infirmé.»

«Je suis d'accord avec cette affirmation. Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement. Lorsqu'on a épuisé toutes les possibilités d'appel et que les autres moyens d'attaquer directement un jugement ou une ordonnance, comme par exemple les procédures par brefs de prérogative ou celles visant un contrôle judiciaire, se sont révélés inefficaces, le seul recours qui s'offre à une personne qui veut faire annuler l'ordonnance d'une cour est une action en révision devant la Haute Cour, lorsqu'il y a des motifs de le faire. Sans vouloir en dresser une liste complète, de tels motifs comprendraient la fraude ou la découverte de nouveaux éléments de preuve.»

Le juge O'Sullivan de la Cour d'appel a fait une distinction entre l'espèce et l'arrêt de cette Cour *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483 [ci-

stating that in *Terlecki* the Court of Appeal only had the power to enter the conviction on the less serious offence (a conviction which was barred at trial by the rule against multiple convictions) because the trial judge had not registered a conviction on the less serious offence and this Court had construed that to be the equivalent of a stay. O'Sullivan J.A. concluded:

But in the case before us I do not see how it is possible for us to construe a verdict of acquittal as being the equivalent of a stay.

#### 4. The Issues

The main issue presented on this appeal is whether the Court of Appeal erred in law in holding that it had jurisdiction to set aside the conviction of incest and substitute a conviction for sexual assault in the absence of an appeal taken by the Crown against the acquittal for sexual assault, such acquittal having been entered by reason of the application of the rule against multiple convictions. This issue raises, however, a larger issue, namely what approach should a trial judge take in applying the *Kienapple* principle against multiple convictions.

##### (a) *The Kienapple Principle*

There appears to be some confusion in the courts as to the proper approach a trial judge should take in applying the rule against multiple convictions as set out by this Court in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729 [hereinafter *Kienapple*]. In this case the trial judge was faced with the option of registering two possible convictions which could arise from the same delict. Following the requirements of the rule, the trial judge properly entered a conviction for the more serious offence of incest. Then, despite his conclusion that the Crown had established that the appellant had committed all the elements of the offence of sexual

après *Terlecki*], en affirmant que, dans cette dernière affaire, la Cour d'appel avait pu reconnaître la culpabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction moins grave (cette déclaration de culpabilité n'ayant pu être prononcée au procès en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples) uniquement parce que le juge du procès n'avait pas inscrit de verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction moins grave et que cette Cour avait jugé que cela équivalait à une suspension d'instance. Le juge O'Sullivan a conclu ceci:

[TRADUCTION] Mais en l'espèce, je ne vois pas comment nous pourrions considérer qu'un verdict d'acquiescement équivaut à une suspension d'instance.

#### 4. Les questions en litige

En l'espèce, il s'agit essentiellement de déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en statuant qu'elle avait compétence pour annuler la déclaration de culpabilité pour inceste et y substituer une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, en l'absence d'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement relatif à l'accusation d'agression sexuelle, cet acquiescement ayant été prononcé en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Cette question en soulève cependant une autre plus générale, savoir la façon dont le juge du procès devrait aborder l'application du principe interdisant les déclarations de culpabilité multiples, énoncé dans l'arrêt *Kienapple*.

##### g a) *Le principe de l'arrêt Kienapple*

Les tribunaux semblent éprouver une certaine confusion quant à la façon dont le juge du procès devrait aborder l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, énoncée par cette Cour dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729 [ci-après *Kienapple*]. Dans la présente affaire, le juge du procès avait le choix d'inscrire deux déclarations de culpabilité découlant du même délit. Conformément aux exigences de la règle, le juge du procès a prononcé à juste titre une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction plus grave d'inceste. Puis, malgré sa conclusion que le ministère public avait démontré que l'appellant avait commis tous les éléments de l'infraction d'agression sexuelle, il a prononcé un

assault, he entered an acquittal on the charge of sexual assault.

The trial judge's approach to this matter finds support in the decision of this Court in *R. v. Loyer and Blouin*, [1978] 2 S.C.R. 631 [hereinafter *Loyer and Blouin*]. In that case the Court, for the first time after its decision in *Kienapple*, dealt with the proper procedure to be followed in dealing with offences of greater and lesser severity which could arise from the commission of the same delict. Laskin C.J. set out the procedure to be followed by trial judges in such circumstances at p. 635:

Where a trial before a judge alone or before a judge and jury proceeds on two or more counts of offences of different degrees of gravity, and the same delict or matter underlies the offences in two of the counts, so as to invite application of the rule against multiple convictions, the trial judge should direct himself or direct the jury that if he or they find the accused guilty on the more serious charge, there should be an acquittal on the less serious one; but if he or they should acquit on the more serious charge, the question of culpability on the less serious charge should be pursued and a verdict rendered on the merits.

Again, if at the trial, there is a plea of guilty to the more serious charge, and a conviction is registered, an acquittal should be entered or directed on the less serious, alternative charge. However, if, as was the case here, the accused pleads guilty to the less serious charge, the plea should be held in abeyance pending the trial on the more serious offence. If there is a finding of guilty on that charge, and a conviction is entered accordingly, the plea already offered on the less serious charge should be struck out and an acquittal directed.

Both the trial judge and the majority of the Court of Appeal applied *Loyer and Blouin* in this case.

However, since the decision in *Loyer and Blouin*, doubt has been expressed by this Court as to the wisdom of using the acquittal procedure for this purpose. In *Hammerling v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 905 [hereinafter *Hammerling*], the Court held that the Manitoba Court of Appeal had properly allowed the accused's appeal from convictions on seven counts of theft by reason of the application of the rule against multiple convictions and that the Crown was entitled in the same case to

verdict d'acquiescement relativement à l'accusation d'agression sexuelle.

La façon dont le juge du procès a abordé la question trouve appui dans l'arrêt de cette Cour *R. c. Loyer et Blouin*, [1978] 2 R.C.S. 631 [ci-après *Loyer et Blouin*]. Dans cette affaire, la Cour s'est penchée, pour la première fois depuis l'arrêt *Kienapple*, sur la procédure à suivre à l'égard des infractions de gravité différente résultant de la perpétration du même délit. Le juge en chef Laskin décrit, à la p. 635, la procédure que le juge du procès doit suivre en pareil cas:

Lorsqu'au procès devant un juge seul ou devant un juge avec jury, il y a deux ou plusieurs chefs d'accusation d'infractions de gravité différente et que le même délit ou la même chose sert de fondement à deux des chefs d'accusation, il convient d'appliquer la règle de l'encontre des condamnations multiples. Le juge du procès doit alors se dire, ou dire au jury, que s'il trouve l'accusé coupable sur l'inculpation la plus grave, il doit l'acquiescer de la moins grave; mais s'il l'acquiesce de l'inculpation la plus grave, il doit se pencher sur la question de la culpabilité sur l'inculpation la moins grave et rendre un verdict au fond.

De même si, au procès, il y a un plaidoyer de culpabilité sur l'inculpation la plus grave et inscription de la condamnation, il faut prononcer un acquiescement sur l'inculpation la moins grave ou donner une directive à cet effet. Toutefois si, comme en l'espèce, l'accusé plaide coupable sur l'inculpation la moins grave, il faut remettre la décision sur le plaidoyer en attendant le procès sur l'infraction la plus grave. Si l'accusé en est déclaré coupable et qu'une condamnation est alors prononcée, le plaidoyer déjà offert sur l'inculpation la moins grave doit être radié et un acquiescement ordonné.

Tant le juge du procès que la Cour d'appel à la majorité ont appliqué l'arrêt *Loyer et Blouin* en l'espèce.

Cependant, depuis l'arrêt *Loyer et Blouin*, cette Cour a exprimé des doutes quant à la sagesse de recourir à la procédure d'acquiescement à cette fin. Dans l'arrêt *Hammerling c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 905 [ci-après *Hammerling*], la Cour a statué que la Cour d'appel du Manitoba avait eu raison d'accueillir l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées relativement à sept chefs d'accusation de vol, en application de la règle interdisant les déclara-



appeal acquittals from nine counts of criminal breach of trust and that convictions could be entered on those charges. In a concurring opinion, Lamer J. anticipated the difficulties which could arise from the use of the procedure set out in *Loyer and Blouin* and the consequent requirement for formal appeals from acquittals entered solely by reason of the rule against multiple convictions. He stated at pp. 910-11:

But, as regards the future, this Court's decision in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, should be reconsidered and modified to the following extent: whenever a court is of the view that the principles laid down in *Kienapple* should be applied, the court should enter a stay of the proceedings, in the stead of entering the acquittal.

This way of proceeding has two advantages. First, it avoids situations such as that which we are facing in the present case where a Court of Appeal is being ordered to reconsider an acquittal though no appeal was taken from that decision, and understandably so. But, secondly, the more fundamental reason is that, whilst a person should not be convicted more than once for essentially the same conduct, such a principle does not of necessity have as a corollary, when multiple charges are laid and a conviction entered on one of them, his right to an acquittal on all others. A stay fully accommodates the policy consideration underlining this Court's decision in *Kienapple* whilst avoiding entering an acquittal notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of conduct that constitutes guilt of a crime.

In the subsequent case of *Terlecki*, the Court unanimously upheld the Alberta Court of Appeal (1983), 4 C.C.C. (3d) 522, to the effect that, when a court of appeal allows an appeal on one offence, it can then make an order in relation to other charges that had been conditionally stayed by reason of *Kienapple* notwithstanding that there had been no Crown appeal with respect to the stayed charges. In *Terlecki* the trial judge had

tions de culpabilité multiples, que le ministère public avait également le droit, dans cette même affaire, d'interjeter appel contre les acquittements prononcés à l'égard de neuf chefs d'accusation d'abus de confiance criminel et que des verdicts de culpabilité pouvaient être inscrits relativement à ces accusations. Dans une opinion concordante, le juge Lamer a envisagé les difficultés que pourrait entraîner le recours à la procédure décrite dans l'arrêt *Loyer et Blouin* et la nécessité qui s'ensuivrait d'interjeter formellement appel contre les verdicts d'acquiescement prononcés uniquement en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 910 et 911:

Mais, pour l'avenir, l'arrêt de cette Cour *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, devrait être reconsidéré et modifié de la façon suivante: lorsqu'une cour est d'avis que les principes énoncés dans l'arrêt *Kienapple* doivent s'appliquer, elle devrait ordonner une suspension de l'instance au lieu de l'acquiescement.

Cette façon de procéder comporte deux avantages. Premièrement, elle évite des situations telles celle à laquelle nous sommes confrontés en l'espèce lorsqu'une cour d'appel reçoit l'ordre de reconsidérer un verdict d'acquiescement bien que, évidemment, aucun appel n'ait été interjeté, de cette décision. Mais deuxièmement, la raison plus fondamentale est que, bien qu'une personne ne doive pas être déclarée coupable plus d'une fois pour une même infraction, ce principe n'entraîne pas nécessairement, lorsque des accusations multiples sont portées et qu'une condamnation est prononcée à l'égard de l'une d'elles, le droit à un verdict d'acquiescement à l'égard de toutes les autres accusations. Une suspension d'instance concilie le principe sous-jacent à l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Kienapple* en même temps qu'elle évite l'enregistrement d'un verdict d'acquiescement nonobstant la preuve hors de tout doute raisonnable d'une conduite qui constitue la culpabilité d'un acte criminel.

Dans l'arrêt subséquent *Terlecki*, la Cour a confirmé à l'unanimité l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1983), 4 C.C.C. (3d) 522, portant que lorsqu'une cour d'appel accueille un appel interjeté à l'égard d'une infraction, elle peut ensuite rendre une ordonnance relative aux autres accusations qui ont été suspendues conditionnellement en raison de l'arrêt *Kienapple*, même si le ministère public n'a pas interjeté appel des accusa-

found the accused guilty of both impaired driving and driving with a blood alcohol level over 80mg/100ml but had entered a conviction only on the "over 80" offence because of *Kienapple*. The trial judge declined to enter a conviction on the impaired driving charge. The accused's appeal on the "over 80" charge was allowed because of a problem with the breathalyzer certificate. The accused submitted that, once this was done, the trial judge's refusal to enter a conviction on the impaired driving charge could not be disturbed absent an appeal by the Crown. The Court of Appeal agreed that as a general rule a disposition could not be disturbed when no appeal was taken but stated at p. 529:

But the situation created by the rule in *Kienapple*, *supra*, affords a fit occasion for an exception to the general rule and s. 613(8) authorizes this sensible approach.

The Court of Appeal noted Lamer J.'s comment in *Hammerling* that it was perfectly understandable for the Crown not to appeal the refusal to convict on the impaired driving charge when it had no reason to appeal unless the conviction on the other offence arising from the same delict was overturned. In *Terlecki* the Court of Appeal decided it would be appropriate to return the matter to the summary convictions appeal court to decide whether to enter a conviction on the impaired driving count even though there had been no formal appeal on that matter. This Court dismissed the accused's appeal, the Chief Justice stating at pp. 483-84:

We find no error in the Court of Appeal in construing the trial judge's not registering a conviction on the count of impaired driving under s. 234 of the *Criminal Code* as equivalent to entering a stay on the charge. We differ from the Court of Appeal only in that we would return

tions suspendues. Dans l'affaire *Terlecki*, le juge du procès avait reconnu l'accusé coupable de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg/100ml, mais il n'avait inscrit une déclaration de culpabilité qu'à l'égard de l'infraction de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg, en raison de l'arrêt *Kienapple*. Le juge du procès a refusé de prononcer une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation de conduite avec facultés affaiblies. L'appel interjeté par l'accusé à l'égard de l'accusation de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg a été accueilli en raison d'un problème relevé dans le certificat d'alcootest. L'accusé a prétendu qu'une fois l'appel accueilli, le refus par le juge du procès d'inscrire une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies ne pouvait être modifié en l'absence d'un appel interjeté par le ministère public. La Cour d'appel a convenu qu'en règle générale une décision ne pouvait être modifiée en l'absence d'appel, mais elle a affirmé ceci à la p. 529:

[TRADUCTION] Mais la situation engendrée par la règle énoncée dans l'arrêt *Kienapple*, précité, nous donne une belle occasion de faire exception à la règle générale et le par. 613(8) permet d'adopter cette attitude sensée.

La Cour d'appel a souligné l'observation faite par le juge Lamer dans l'arrêt *Hammerling* selon laquelle il était tout à fait compréhensible que le ministère public n'interjette pas appel du refus de prononcer une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies lorsqu'il n'avait aucune raison d'interjeter appel, à moins que la déclaration de culpabilité relative à l'autre infraction découlant du même délit ne fût écartée. Dans l'affaire *Terlecki*, la Cour d'appel avait conclu qu'il conviendrait de renvoyer l'affaire à la cour d'appel en matière de poursuites sommaires pour qu'elle décide s'il fallait inscrire une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies même en l'absence d'un appel formel à cet égard. Cette Cour a rejeté le pourvoi de l'accusé, le Juge en chef affirmant ceci, aux pp. 483 et 484:

Nous concluons que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en considérant que, comme le juge du procès n'a pas inscrit de déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation de conduite avec facultés affaiblies en vertu de l'art. 234 du *Code criminel*, cela équivalait à l'ins-

the matter back to Stevenson Prov. Ct. J. rather than Moshansky J., the Appeal Court Judge, to consider whether to register a conviction on the s. 234 charge and if so, to impose sentence.

In my view, this Court implicitly approved in *Terlecki* the use of conditional stays of charges in which convictions are barred by the rule against multiple convictions as outlined by Lamer J. in *Hammerling* as a preferable route to the use of acquittals suggested in *Loyer and Blouin*. I emphasize that the stay is conditional on the final disposition of the charge on which the accused has been convicted. As the Court of Appeal explained in *Terlecki* at p. 529:

We say a conditional stay for the condition should be that the stay is only for the period until the charge on which the accused has been found guilty is finally disposed of on appeal or by the expiration of time for appeal.

If the accused's appeal from the conviction arising from the same delict is eventually dismissed or the accused does not appeal within the specified times, then the conditional stay becomes a permanent stay and in accordance with this Court's judgment in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, that stay becomes tantamount to a judgment or verdict of acquittal for the purpose of an appeal or a plea of *autrefois acquit*. If, on the other hand as is the case here, the accused's appeal from the conviction is successful, the conditional stay dissolves and the appellate courts, while allowing the appeal, can make an order remitting to the trial judge the count or counts which were conditionally stayed by reason of the application of the rule against multiple convictions notwithstanding that no appeal was taken from the conditionally stayed counts. This case makes clear the practical advantages of the use of conditional stays. It is, as Lamer J. pointed out in *Hammerling* and the Alberta Court of Appeal echoed in *Terlecki*, quite understandable that the Crown would not launch a cross-appeal

cription d'un sursis relativement à l'accusation. La seule différence d'avec la Cour d'appel est que nous sommes d'avis qu'il faut renvoyer la question au juge Stevenson de la Cour provinciale plutôt qu'au juge Moshansky de la Cour d'appel pour décider s'il y a lieu d'inscrire une déclaration de culpabilité aux termes de l'art. 234 et, dans l'affirmative, d'imposer une sentence.

À mon avis, cette Cour a approuvé implicitement, dans l'arrêt *Terlecki*, le recours à la suspension conditionnelle des accusations qui ne peuvent entraîner des déclarations de culpabilité en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, comme l'a souligné le juge Lamer dans l'arrêt *Hammerling*, de préférence au recours à l'acquittement proposé dans *Loyer et Blouin*. Je souligne que la suspension est conditionnelle à une décision définitive sur l'accusation à l'égard de laquelle l'inculpé a été reconnu coupable. Comme l'explique la Cour d'appel dans l'arrêt *Terlecki*, à la p. 529:

[TRADUCTION] Nous parlons d'une suspension conditionnelle parce que la condition devrait être que la suspension ne vaudra que jusqu'à ce que l'accusation à l'égard de laquelle l'inculpé a été reconnu coupable soit tranchée de manière définitive en appel ou par l'expiration du délai d'appel.

Si l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité découlant du même délit est éventuellement rejeté ou si l'accusé n'interjette pas appel dans le délai imparti, la suspension conditionnelle devient alors permanente et, conformément à l'arrêt de cette Cour *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, cette suspension devient l'équivalent d'un jugement ou verdict d'acquittement aux fins d'un appel ou d'un plaidoyer d'autrefois acquit. Par contre, si, comme en l'espèce, l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité est accueilli, la suspension conditionnelle s'éteint et, tout en accueillant l'appel, les cours d'appel peuvent rendre un ordonnance de renvoi au juge du procès du ou des chefs d'accusation qui ont fait l'objet d'une suspension conditionnelle en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, même si aucun appel n'a été interjeté contre ces chefs d'accusation. Cet arrêt établit clairement les avantages pratiques que présente le recours à la suspension conditionnelle. Comme le juge Lamer l'a souligné dans l'arrêt *Hammerling*,

from an acquittal arising from what, in its view, may very well be a perfectly correct application of the *Kienapple* principle. It is only if and when the conviction for the other offence arising from the same delict is upset that such an appeal becomes appropriate and necessary. The conditional stay procedure gives the appellate court the flexibility to remit the other offence to the trial judge should the need arise and avoids the necessity of filing appeals on some kind of contingency basis.

In addition to these practical advantages the use of a conditional stay of proceedings as opposed to an acquittal more accurately reflects the policy reasons which preclude the registering of a conviction. The accused who would be guilty of an offence except for the application of the rule against multiple convictions is not, in my view, deserving of an acquittal in the true sense that the state had not met its burden of proving the elements of the offence. If, as is the case here, the trial court pursues the preferable and safe course of making findings on all the counts charged, it will be clear that all the elements of the offence have been proved against the accused even if the registering of a conviction is barred for the policy reasons underlying the *Kienapple* principle. The policy considerations here are analogous to those which apply when proceedings against an accused are stayed because of entrapment. They are concerned with the integrity and fairness of the administration of justice rather than with the culpability of the accused. In *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 972, this Court noted that entry of a stay of proceedings would only be appropriate after the trier of fact determined that the accused was not entitled to an outright acquittal. Similarly, once an accused's appeal from the conviction arising from the same delict has been dismissed or the accused's time to appeal that conviction has run out, it would be preferable that a permanent stay be recorded on the "Kienappled" offence to reflect that reasons of policy and not the accused's lack of culpability account for the refusal to enter a conviction. The trial judge should determine whether

ce que la Cour d'appel d'Alberta a réitéré dans l'arrêt *Terlecki*, il est facile de comprendre que le ministère public n'interjette pas un appel incident d'un acquittement qui résulte, à son avis, d'une application tout à fait correcte du principe de l'arrêt *Kienapple*. Ce n'est que lorsque la déclaration de culpabilité relative à l'autre infraction résultant du même délit est renversée qu'un tel appel devient pertinent et nécessaire. La procédure de suspension conditionnelle confère à la Cour d'appel la souplesse nécessaire pour renvoyer, au besoin, l'autre infraction au juge du procès tout en évitant la nécessité d'interjeter des appels pour parer à toute éventualité.

Outre ces avantages pratiques, le recours à la suspension conditionnelle d'instance, par opposition à l'acquittement, reflète mieux les raisons de principe qui s'opposent à l'inscription d'une déclaration de culpabilité. L'accusé qui, n'eût été de l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, serait reconnu coupable d'une infraction, ne mérite pas, à mon avis, un véritable acquittement en ce sens que le ministère public ne se serait acquitté de son obligation de prouver les éléments de l'infraction. Si, comme en l'espèce, le tribunal de première instance décide de rendre une décision à l'égard de tous les chefs d'accusation, ce qui est préférable et prudent, il est clair que tous les éléments de l'infraction auront été établis à l'encontre de l'accusé, même s'il est impossible d'inscrire une déclaration de culpabilité pour les raisons de politique générale qui sous-tendent le principe de l'arrêt *Kienapple*. Les considérations de principe en l'espèce sont analogues à celles qui s'appliquent à la suspension d'instance pour cause de provocation policière. Elles visent l'intégrité et l'équité de l'administration de la justice plutôt que la culpabilité de l'accusé. Dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, à la p. 972, cette Cour a souligné qu'il n'y aurait lieu d'ordonner une suspension d'instance qu'après que le juge des faits ait décidé que l'accusé n'a pas droit à un acquittement pur et simple. De même, lorsqu'un appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité découlant du même délit a été rejeté ou que le délai imparti pour interjeter appel de cette déclaration de culpabilité est écoulé, il serait préférable d'inscrire une suspension permanente relati-

the accused is entitled to an acquittal before the independent policies of either the rule against entrapment or the rule against multiple convictions is applied.

(b) *The Jurisdiction of the Court of Appeal*

My conclusion that the preferable procedure for both practical and policy reasons is for the trial judge to enter a conditional stay rather than an acquittal under *Kienapple* does not settle the question of the Court of Appeal's jurisdiction in this case.

The Court of Appeal, in entering the conviction on the sexual assault charge after it had allowed the appeal from the incest charge, purported to exercise its power under s. 613(3) to substitute the verdict that should have been found and remit the matter to the trial court for sentencing. The problem with its approach is that the Court of Appeal's power to substitute the verdict that should have been found only arises when it dismisses an appeal under s. 613(1)(b)(i). In this case the appellant's appeal on the incest charge was not dismissed; it was allowed because of a doubt as to whether all the elements of that offence had been made out. The Court of Appeal supported the exercise of its power under s. 613(3) with the following conclusion at p. 214:

In the result, I would dismiss the appeal against conviction, but substitute a verdict of guilty of sexual assault.

This, in my respectful view, puts the cart before the horse in the sense that the substituted verdict of a conviction for sexual assault has determined the Court's decision as to whether the appeal of the conviction for incest should be dismissed or allowed. The proper course was clearly for the Court of Appeal to decide first whether the appel-

vement à l'infraction visée par la règle de l'arrêt *Kienapple* pour indiquer que ce sont des raisons de principe et non l'innocence de l'accusé qui justifient le refus d'inscrire une déclaration de culpabilité. Le juge du procès devrait déterminer si l'accusé a droit à un acquittement avant d'appliquer les principes indépendants soit de la règle interdisant la provocation policière soit de celle interdisant les déclarations de culpabilité multiples.

b) *La compétence de la Cour d'appel*

Même si je conclus qu'il est préférable, tant pour des raisons pratiques que pour des raisons de principe, que le juge du procès prononce une suspension conditionnelle plutôt qu'un acquittement en vertu de l'arrêt *Kienapple*, cela ne règle pas la question de la compétence de la Cour d'appel en l'espèce.

En prononçant la déclaration de culpabilité relative à l'accusation d'agression sexuelle après avoir accueilli l'appel de l'accusation d'inceste, la Cour d'appel a voulu exercer le pouvoir, que lui confère le par. 613(3), de substituer le verdict qui aurait dû être prononcé et renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour l'imposition d'une peine. Le problème que pose cette démarche est que la Cour d'appel n'a le pouvoir de substituer le verdict qui aurait dû être prononcé que si elle rejette un appel en vertu du sous-al. 613(1)b)(i). En l'espèce, l'appel interjeté par l'appelant à l'égard de l'accusation d'inceste n'a pas été rejeté; il a été accueilli parce qu'il existait un doute quant à savoir si tous les éléments de l'infraction avaient été établis. La Cour d'appel a justifié l'exercice du pourvoi que lui confère le par. 613(3) en tirant la conclusion suivante à la p. 214:

[TRADUCTION] En définitive, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité, mais d'y substituer un verdict de culpabilité pour agression sexuelle.

J'estime, en toute déférence, que cela revient à mettre la charrue devant les bœufs, puisque le verdict substitué de culpabilité pour agression sexuelle a influencé la décision de la cour quant à savoir si l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité pour inceste devait être rejeté ou accueilli. De toute évidence, il aurait fallu que la

lant's appeal of his conviction for incest should be allowed or dismissed. That decision would then determine the court's jurisdiction to deal with the acquittal of sexual assault.

My conclusion that the entry of a conviction on the sexual assault charge cannot be supported as an exercise of the Court of Appeal's jurisdiction under s. 613(3) of the *Criminal Code* does not exhaust the jurisdiction of the Court of Appeal in this case. The Court of Appeal exercised its jurisdiction under s. 613(1) of the *Code* to allow the appeal from the incest conviction on the ground that it could not be supported by the evidence, quashed the conviction and directed the entry of a verdict of acquittal under s. 613(2). In exercising its power under s. 613(2) the Court of Appeal is given a broad ancillary jurisdiction under s. 613(8) of the *Code* to make "any order, in addition, that justice requires". This Court has construed the powers granted to the Court of Appeal under s. 613(8) in a generous manner consistent with its broad remedial purposes. For example in *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, the Court held that the section authorized the Court of Appeal, when ordering a new trial under s. 613(4)(b) of the *Code*, to amend a count of the indictment. The Court rejected the accused's argument that, because the order for a new trial could not have been made unless the indictment was amended, the amendment was not "in addition" to the Court of Appeal's exercise of its power to order a new trial. Justice Ritchie stated at pp. 431-32:

It was contended on behalf of the appellant that the order for a new trial could not have been made unless the amendment had been granted and that the amendment was therefore not an order "in addition" to the exercise of the court's power under subs. (4)(b)(i), but rather that it was a prerequisite to the granting of a new trial.

In my view when Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial,

Cour d'appel détermine d'abord si l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité pour inceste devait être accueilli ou rejeté. Cette décision aurait ensuite permis d'établir la compétence de la cour pour se prononcer sur l'acquittement relatif à l'accusation d'agression sexuelle.

Même si je conclus que l'inscription d'une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle ne saurait se justifier comme un exercice de la compétence conférée à la Cour d'appel par le par. 613(3) du *Code criminel*, cela n'épuise pas la compétence de la Cour d'appel en l'espèce. Cette dernière a exercé la compétence que lui confère le par. 613(1) du *Code* pour accueillir l'appel de la déclaration de culpabilité pour inceste parce que celle-ci ne pouvait être justifiée par la preuve, puis elle a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné l'inscription d'un verdict d'acquiescement en vertu du par. 613(2). Dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 613(2), la Cour d'appel dispose, en vertu du par. 613(8) du *Code*, d'un large pouvoir accessoire de rendre «en outre ... toute ordonnance que la justice exige». Cette Cour a donné aux pouvoirs conférés à la Cour d'appel par le par. 613(8) une interprétation libérale conforme aux fins réparatrices générales qui y sont visées. Par exemple, dans l'arrêt *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, la Cour a conclu que cette disposition permettait à la Cour d'appel de modifier un chef de l'acte d'accusation au moment d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu de l'al. 613(4)b) du *Code*. La Cour a rejeté l'argument de l'accusé selon lequel, puisqu'un nouveau procès ne pouvait être ordonné que si l'acte d'accusation était modifié, la modification ne constituait pas une ordonnance que la Cour d'appel pouvait rendre «en outre» dans l'exercice de son pouvoir d'ordonner un nouveau procès. Voici ce qu'affirme le juge Ritchie, aux pp. 431 et 432:

On a prétendu au nom de l'appelant qu'à défaut d'autoriser la modification, il aurait été impossible d'ordonner un nouveau procès et que la modification ne constitue donc pas une ordonnance que la Cour pouvait rendre «en outre», dans l'exercice des pouvoirs conférés par le sous-al. (4)b)(i), mais plutôt un préalable au nouveau procès.

À mon avis, lorsque le Parlement a autorisé la Cour d'appel, dans l'exercice de ses pouvoirs, à ordonner un

to “make any order, in addition, which justice requires” it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not. I do not think that the wide powers conferred on the Court of appeal by s. 613(8) are to be narrowly construed but rather that they are designed to ensure that the requirements of the ends of justice are met, and are to be liberally construed in light of that overriding consideration.

I note that in his dissent in the Court of Appeal O’Sullivan J.A. adopted the following statement of Goddard L.C.J. in *R. v. Seymour* (1954), 38 Cr. App. R. 68, at p. 69, as a guide for interpreting the Court of Appeal’s appellate jurisdiction under s. 613 of the *Criminal Code*:

That he was a guilty man . . . there is no doubt, but a prisoner is always entitled to the benefit of a technical point if he can find one.

If by the invocation of this authority O’Sullivan J.A. meant to suggest that the *Criminal Code* should be given a technical construction in order to benefit the accused, then I must respectfully disagree. This Court in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618 [hereinafter *Paré*], has rejected overly technical or narrow constructions of criminal law statutes in order to benefit the accused. In *Paré* the Court refused to read the words “while committing” in the then s. 214(5) of the *Code* (now s. 231(5)) so as to require that the murder and the underlying offence occur simultaneously even though such a narrow construction was grammatically possible and would benefit the accused. If there is an ambiguity in the statute, only reasonable alternatives should be adopted regardless of whether a narrow but unreasonable construction would work to the accused’s benefit. There is, in my respectful view, no reasonable alternative to a broad reading of the Court of Appeal’s ancillary jurisdiction under s. 613(8) given its broad wording and remedial purpose. The section gives the Court of Appeal a broad supplementary power to make any order that justice requires when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613.

nouveau procès et «en outre [à] rendre toute ordonnance que la justice exige», il voulait l’autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance additionnelle. Je ne pense pas qu’on doive interpréter restrictivement les larges pouvoirs conférés aux cours d’appel par le par. 613(8); ils sont plutôt destinés à assurer que les fins de la justice soient respectées. Compte tenu de cette considération essentielle, on doit leur donner une interprétation large.

Je remarque que, dans la dissidence qu’il a exprimée en Cour d’appel, le juge O’Sullivan a fait siens les propos suivants du lord juge en chef Goddard dans *R. v. Seymour* (1954), 38 Cr. App. R. 68, à la p. 69, comme guide pour interpréter la compétence en matière d’appel que l’art. 613 du *Code criminel* confère à la Cour d’appel:

[TRANSDUCTION] Qu’il fût coupable . . . c’est indéniable, mais un prévenu a toujours le droit de faire valoir une question de procédure s’il en trouve.

Si, en invoquant cet arrêt, le juge O’Sullivan a voulu suggérer que le *Code criminel* devrait recevoir une interprétation formaliste de manière à avantager l’accusé, en toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. Dans l’arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618 [ci-après *Paré*], cette Cour a rejeté les interprétations trop formalistes ou trop restrictives données à des lois pénales afin d’avantager l’accusé. Dans cet arrêt, la Cour a refusé d’interpréter l’expression «concomitant», figurant au par. 214(5) du *Code* alors en vigueur (maintenant le par. 231(5)), comme exigeant que le meurtre et l’infraction sous-jacente soient commis simultanément même si cette interprétation restrictive était grammaticalement possible et avantagerait l’accusé. Lorsqu’un texte de loi comporte une ambiguïté, seules les solutions raisonnables doivent être retenues même si une interprétation restrictive mais déraisonnable jouerait en faveur de l’accusé. À mon avis, il n’y a pas d’alternative raisonnable à une interprétation large du pouvoir accessoire que le par. 613(8) confère à la Cour d’appel, compte tenu de sa formulation générale et des fins réparatrices visées. Cette disposition confère à la Cour d’appel un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige, dans l’exercice de ses pouvoirs en matière d’appel prévus aux paragraphes précédents de l’art. 613.

A liberal construction of the Court of Appeal's powers under s. 613(8) is also required in order to give effect to the conditional stay procedure adopted by the Court in *Terlecki*. For example, when an appeal is allowed under s. 613(2) the Court of Appeal will use its powers under s. 613(8) to remit to the trial judge the offence which was conditionally stayed by virtue of *Kienapple* and which in most cases will not be the subject of a separate appeal.

It is, of course, true that as a general rule a Court of Appeal cannot disturb a verdict of acquittal unless there has been an appeal by the Crown from that acquittal: see *Rickard v. The Queen*, [1970] S.C.R. 1022; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356. Nevertheless, it has been expressly recognized by the Alberta Court of Appeal, and certainly implicitly by this Court in *Terlecki*, that in the particular context of *Kienapple* there should be an exception to the general proposition in order to accommodate the special relationship between offences which arise out of the same delict and are subject to special treatment under the rule against multiple convictions. I note that this Court made it clear in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, that, for the *Kienapple* principle to apply, there must be a proximate factual and legal nexus between the different offences. It would be my view that this is a case in which the general rule requiring an appeal should give way to the exception and that the appellant's acquittal on the sexual assault charge could properly be considered by the Court of Appeal in the absence of an appeal by the Crown.

For the same reasons concerning the special relationship between the offences, I would reject the argument that dealing with the acquittal on the sexual assault charge under s. 613(8) constituted an impermissible collateral attack on that verdict as prohibited by this Court's decision in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. In this case the verdict of acquittal of sexual assault was prompted solely by the application of *Kienapple* to

Il faut également interpréter de façon libérale les pouvoirs conférés à la Cour d'appel en vertu du par. 613(8) afin de rendre exécutoire la procédure de suspension conditionnelle adoptée par la Cour dans l'arrêt *Terlecki*. Par exemple, lorsqu'un appel est accueilli en vertu du par. 613(2), la Cour d'appel aura recours aux pouvoirs que lui confère le par. 613(8) pour renvoyer au juge du procès l'infraction qui a été suspendue conditionnellement en application du principe de l'arrêt *Kienapple* et qui, dans la plupart des cas, ne fera pas l'objet d'un appel distinct.

Bien entendu, il est vrai qu'en règle générale une cour d'appel ne peut modifier un verdict d'acquiescement si le ministère public n'a pas interjeté appel: voir *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356. Néanmoins, la Cour d'appel de l'Alberta a expressément reconnu, comme cette Cour l'a certainement fait de façon implicite dans l'arrêt *Terlecki*, que dans le contexte particulier de l'arrêt *Kienapple*, cette proposition générale devrait comporter une exception qui tienne compte des liens particuliers existant entre les infractions qui découlent d'un même délit et qui sont assujetties à un traitement spécial en vertu de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Je souligne que dans l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, cette Cour a clairement indiqué qu'il doit y avoir des liens factuels et juridiques étroits entre les différentes infractions pour que le principe de l'arrêt *Kienapple* s'applique. Je serais d'avis qu'en l'espèce la règle générale portant qu'un appel doit avoir été interjeté devrait céder le pas à l'exception et que la Cour d'appel pourrait examiner à bon droit l'acquiescement de l'appelant relatif à l'accusation d'agression sexuelle, en l'absence d'un appel du ministère public.

Toujours en raison des liens particuliers existant entre les infractions, je suis d'avis de rejeter l'argument selon lequel l'examen de l'acquiescement relatif à l'accusation d'agression sexuelle en vertu du par. 613(8) constituerait une attaque indirecte intolérable contre ce verdict, ce qu'a interdit cette Cour dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. En l'espèce, le verdict d'acquiescement relatif à l'accusation d'agression sexuelle est impu-



the incest conviction. Once the incest conviction was challenged, the sexual assault acquittal was also in doubt. In the particular context of the rule against multiple convictions the attack on the sexual assault verdict cannot be said to be "collateral" to the disposition of the incest charge. The two counts arose from the same delict and were inextricably tied together by the *Kienapple* principle.

Having allowed the appeal on the incest charge under s. 613(2), the Court of Appeal could in this case exercise its supplementary powers under s. 613(8) to deal with the sexual assault charge. In this case the Court of Appeal decided to enter a conviction on the sexual assault charge given the clear finding of the trial judge that all the elements of the sexual assault offence had been established and the fact that the appeal of the incest conviction was allowed because of a doubt as to the element of penetration which was not an element of the sexual assault charge. In my view, it would have been more appropriate for the Court of Appeal to have remitted the matter back to the trial judge to register a conviction on the sexual assault charge and sentence the appellant for that offence. This is a preferable route to the Court of Appeal or this Court itself entering the conviction in that it preserves the appellant's right to launch an appeal from the sexual assault conviction if he so desires. Under section 623(1) of the *Criminal Code* this Court may make any order that the Court of Appeal might have made under its broad powers under s. 613(8). Accordingly, I would remit the matter back to the trial judge for the entry of a conviction on the sexual assault charge and the imposition of sentence on that conviction. The appellant, in my view, suffers no unfairness in this procedure since the trial judge came to the clear conclusion that he was guilty of sexual assault and refused to enter a conviction for that offence only because of the rule against multiple convictions. I am also mindful that a new trial should be avoided if possible given the tender years

table uniquement à l'application du principe de l'arrêt *Kienapple* à la déclaration de culpabilité pour inceste. Une fois que cette déclaration de culpabilité était contestée, l'acquittement d'agression sexuelle devenait également incertain. Dans le contexte particulier de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, l'attaque dirigée contre le verdict relatif à l'agression sexuelle ne saurait être considérée comme «indirecte» par rapport à la décision concernant l'accusation d'inceste. Les deux chefs d'accusation découlaient du même délit et étaient inextricablement liés par le principe de l'arrêt *Kienapple*.

Après avoir accueilli l'appel de l'accusation d'inceste, en vertu du par. 613(2), la Cour d'appel pouvait en l'espèce exercer les pouvoirs supplémentaires que lui confère le par. 613(8) pour examiner l'accusation d'agression sexuelle. En l'espèce, la Cour d'appel a décidé de prononcer une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle, compte tenu du fait que le juge du procès avait nettement conclu que tous les éléments de l'infraction d'agression sexuelle avaient été établis et que l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité pour inceste avait été accueilli parce qu'il existait un doute quant à la pénétration, laquelle ne constitue pas un élément de l'infraction d'agression sexuelle. À mon avis, il eût été préférable que la Cour d'appel renvoie l'affaire au juge du procès pour qu'il inscrive une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle et impose à l'appelant une peine à cet égard. Cette procédure est préférable à l'inscription de la déclaration de culpabilité par la Cour d'appel ou par cette Cour, puisqu'elle protège le droit de l'appelant d'interjeter un appel contre la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, s'il le désire. En vertu du par. 623(1) du *Code criminel*, cette Cour peut rendre toute ordonnance que la Cour d'appel aurait pu rendre en vertu des pouvoirs généraux que lui confère le par. 613(8). Par conséquent, je suis d'avis de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il inscrive une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle et impose une peine à cet égard. À mon sens, cette procédure ne cause aucune injustice à l'appelant puisque le juge du

of the victim and the trauma involved in testifying all over again.

I should note by way of addendum that in this case, unlike the case of *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645 [hereinafter *Pringle*], only two charges were laid against the appellant, incest and sexual assault. This distinguishes the present case, as far as the appropriate relief is concerned, from *Pringle* in which there were four counts against the accused and it was necessary therefore to remit the matter back to the trial judge, not to enter convictions on the other counts, but to determine on which of the other counts to enter convictions.

##### 5. Disposition

I would dismiss the appeal and remit the matter of the sexual assault charge back to the trial judge for entry of a conviction and imposition of the appropriate sentence.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Martin D. Glazer, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

procès a nettement conclu que celui-ci était coupable d'agression sexuelle et qu'il a refusé d'inscrire une déclaration de culpabilité à cet égard en raison seulement de la règle interdisant les déclarations  
<sup>a</sup> de culpabilité multiples. Je n'oublie pas non plus qu'il faudrait éviter, si possible, la tenue d'un nouveau procès vu le jeune âge de la victime et le traumatisme que pourrait causer le fait d'avoir à témoigner de nouveau.

<sup>b</sup> Je me dois d'ajouter qu'en l'espèce, contrairement à l'affaire *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645 [ci-après *Pringle*], seules deux accusations ont été portées contre l'appelant, savoir celles d'inceste et d'agression sexuelle. Pour ce qui est du redressement approprié, cela a pour effet de distinguer l'espèce de l'affaire *Pringle* où l'accusé faisait face à quatre chefs d'accusation et où il était donc  
<sup>c</sup> nécessaire de renvoyer l'affaire au juge du procès, non pas pour inscrire des déclarations de culpabilité  
<sup>d</sup> relativement aux autres chefs, mais pour déterminer relativement à quels autres chefs les inscrire.

##### <sup>e</sup> 5. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer la question de l'accusation d'agression sexuelle au juge du procès pour qu'il inscrive une déclaration  
<sup>f</sup> de culpabilité et impose la peine indiquée.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Martin D. Glazer, Winnipeg.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

**Her Majesty The Queen in right of the  
Province of British Columbia** *Appellant*

v.

**Henfrey Samson Belair Ltd.** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec, the Attorney General of  
Nova Scotia, the Attorney General of New  
Brunswick, the Attorney General of  
Manitoba, the Attorney General for Alberta  
and the Attorney General of Newfoundland**  
*Intervenors*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA v. HENFREY SAMSON  
BELAIR LTD.

File No.: 20515.

1989: April 21; 1989: July 13.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Bankruptcy — Priority — Statutorily created trust  
for tax collected — Tax collected commingled with  
bankrupt's assets — All assets applied to reduce bank's  
indebtedness — Whether or not province should be  
given priority over other creditors because of statutorily  
created trust — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3,  
ss. 47(a), 107(1)(j) — Social Service Tax Act, R.S.B.C.  
1979, c. 388, s. 18.*

Tops Pontiac Buick Ltd. collected provincial sales tax  
in the course of its business operations, as required by  
the *Social Service Tax Act*, and mingled the tax collect-  
ed with its other assets. A creditor placed Tops in  
receivership and Tops then made an assignment in  
bankruptcy. The receiver sold the assets and applied the  
full proceeds to reduce the bank's indebtedness.

The province contended that the *Social Service Tax  
Act* created a statutory trust over the assets of Tops  
equal to the amount of the sales tax collected but not  
remitted, and that it had priority over the bank and all  
other creditors for this amount. The chambers judge

**Sa Majesté La Reine du chef de la province  
de la Colombie-Britannique** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Henfrey Samson Belair Ltd.** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur  
général de l'Ontario, le procureur général du  
Québec, le procureur général de la  
Nouvelle-Écosse, le procureur général du  
Nouveau-Brunswick, le procureur général du  
Manitoba, le procureur général de l'Alberta et**  
<sup>c</sup> **le procureur général de Terre-Neuve**  
*Intervenants*

RÉPERTORIÉ: COLOMBIE-BRITANNIQUE c. HENFREY  
SAMSON BELAIR LTD.

<sup>d</sup> N° du greffe: 20515.

1989: 21 avril; 1989: 13 juillet.

<sup>e</sup> Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

*Faillite — Priorité — Fiducie créée par la Loi à  
l'égard des taxes perçues — Taxes perçues et confon-  
dus avec les biens de la faillie — Affectation de tous  
les biens de la faillie à la réduction de la créance de la  
Banque — La province doit-elle avoir priorité sur les  
autres créanciers en raison de la fiducie créée par la  
loi? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art.  
47a), 107(1)(j) — Social Service Tax Act, R.S.B.C.  
1979, chap. 388, art. 18.*

<sup>h</sup> La société Tops Pontiac Buick Ltd. a perçu la taxe  
provinciale de vente dans le cours de ses opérations  
commerciales, comme elle était tenue de le faire en vertu  
de la *Social Service Tax Act*, et elle a confondu les  
montants de taxe perçus avec ses autres biens. Un  
créancier de Tops l'a placée sous séquestre et Tops a  
alors déclaré faillite et fait cession de ses biens. Le  
séquestre a vendu les biens et consacré la totalité du  
produit de cette vente à la réduction de la créance de la  
Banque.

<sup>i</sup> La province a soutenu que la *Social Service Tax Act*  
crée une fiducie sur les biens de Tops jusqu'à concur-  
rence du montant de taxe de vente perçu mais non remis  
et qu'à l'égard de ce montant, elle a priorité sur la  
Banque et sur tous les autres créanciers. Le juge en

held that the *Social Service Tax Act* did not create a trust and that the province had no priority under the *Bankruptcy Act*. The Court of Appeal held that the legislation created a statutory trust but the *Bankruptcy Act* did not confer priority on such a trust. At issue here is whether the statutory trust created by s. 18 of the British Columbia *Social Service Tax Act* gives the province priority over other creditors under the *Bankruptcy Act*.

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

*Per* Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The statutory trust created by the provincial legislation is not a trust within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* but merely a Crown claim under s. 107(1)(j). Section 47(a), which concerns "property held by the bankrupt in trust for any other person", permits removal of property which can be specifically identified as not belonging to the bankrupt under general principles of trust law from the distribution scheme established by the *Bankruptcy Act*. Section 107(1)(j), on the other hand, does not deal with rights conferred by general law, but with the statutorily created claims of federal and provincial tax collectors. If sections 47(a) and 107(1)(j) are read in this way, no conflict arises between them. This construction of ss. 47(a) and 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* conforms with the principle that provinces cannot create priorities under the *Bankruptcy Act* by their own legislation.

Section 18 of *Social Service Tax Act* deems a statutory trust at the moment the tax is collected. The trust property is identifiable at that time and the requirements for a trust under the principles of trust law are met. The money when collected would therefore be exempt from distribution to creditors by reason of s. 47(a). The trust at common law ceases to exist, however, when the tax money collected is mingled with other money so that it cannot be traced and is no longer identifiable. The province has a claim secured only by a charge or lien created by s. 18(2) of the *Social Service Tax Act*, and s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* would accordingly apply. Here, no specific property impressed with a trust could be identified and s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* did not extend to the province's claim.

*Per* Cory J. (dissenting): The moneys collected as sales tax by a vendor belong to the province and the vendor is in every sense of the word a trustee for them. The province did not need to rely on the vendor's

chambre a statué que la *Social Service Tax Act* ne crée pas de fiducie et que la province n'a pas la priorité en vertu de la *Loi sur la faillite*. La Cour d'appel a statué que les dispositions législatives créent une fiducie, mais que la *Loi sur la faillite* ne confère pas de priorité à l'égard de cette fiducie. La question en litige est de savoir si la fiducie légale créée par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique confère à la province la priorité sur les autres créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite*.

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

*Les* juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: La fiducie créée par la loi provinciale est non pas une fiducie au sens de l'al. 47(a) de la *Loi sur la faillite*, mais simplement une réclamation de la Couronne au sens de l'al. 107(1)(j). L'alinéa 47(a), qui vise «les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne», permet de soustraire, du régime de répartition établi par la *Loi sur la faillite*, les biens qui peuvent être spécifiquement identifiés comme n'appartenant pas au failli selon les principes généraux du droit des fiducies. D'autre part, l'al. 107(1)(j) porte non pas sur les droits conférés par le droit général, mais sur les créances établies par la loi en faveur du fisc fédéral et provincial. Interprétés de cette façon, les al. 47(a) et 107(1)(j) ne se contredisent pas. Cette interprétation des al. 47(a) et 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* respecte le principe selon lequel les provinces ne peuvent, par leur propre loi, modifier l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*.

Aux termes de l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, il y a fiducie légale réputée au moment de la perception de la taxe. À ce moment-là, le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit. Au moment de sa perception, la somme serait donc exclue, en raison de l'al. 47(a), de la répartition des biens entre les créanciers. Cependant, il n'y a plus de fiducie, en *common law*, lorsque le montant de taxe perçu est confondu avec les autres sommes de sorte qu'il devient impossible de le retracer et de l'identifier. La province a une créance garantie seulement par un privilège créé par le par. 18(2) de la *Social Service Tax Act* et l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* s'appliquerait donc. En l'espèce, il n'est possible d'identifier aucun bien précis sujet à une fiducie et l'al. 47(a) de la *Loi sur la faillite* ne s'applique pas à la créance de la province.

*Le* juge Cory (dissident): Les sommes perçues par un marchand au titre de la taxe de vente appartiennent à la province et le marchand est, au sens strict du terme, un fiduciaire à l'égard des sommes ainsi perçues. La pro-

keeping separate bank accounts to protect its trust property but rather could and did implement a registration system that allowed it to specify precisely the amount owing through a system of bookkeeping. If the tax were not paid to the province then a vendor must have stolen the funds, converted them to its own use or most charitably lost the funds for which it would be responsible and for which it would be accountable to the province.

The *Bankruptcy Act* prevents the provinces from creating priorities but it does not prevent them from creating a deemed trust or lien. It protects funds which, at the moment they were paid, were truly trust funds and the validity of the trust need not be determined exclusively on the basis of common law. Since section 18 of the *Social Service Tax Act* and ss. 47(a) and 107 of the *Bankruptcy Act* do not conflict, the doctrine of federal paramountcy cannot apply and s. 18 should prevail. The property at issue which was subject to s. 18 of the *Social Service Tax Act* never at any time became the property of the bankrupt and was therefore not subject to distribution as the property of the bankrupt pursuant to s. 107 of the *Bankruptcy Act*.

The trust, created by s. 18, contained the three essential characteristics required of a trust by equity: certainty of intention, subject matter and of objects. The statute established certainty of intention and of object and through the use of a clear formula established the trust property. A statutorily constituted trust has an advantage over a privately constituted trust in that it is recognized without the beneficiary's having to undertake the often inordinately expensive action of tracing commingled funds. This advantage should not deprive the statutory trust property of its trust character or take it outside the policies determined by this Court.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; **referred to:** *Re Phoenix Paper Products Ltd.* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 113.

vince n'a pas eu besoin d'exiger que le marchand ouvre des comptes de banque distincts pour protéger ses fonds en fiducie. Elle a plutôt établi, ce qu'elle pouvait faire, un système d'enregistrement lui permettant de déterminer avec précision, par un régime de comptabilité, les sommes qui lui sont dues. Si la taxe n'est pas versée à la province, un marchand doit alors avoir ou volé ces sommes, ou les avoir détournées à son propre usage ou encore, si l'on est indulgent, avoir perdu les sommes dont il était responsable et comptable à la province.

La *Loi sur la faillite* empêche les provinces d'établir des priorités, mais elle ne les empêche pas d'établir une fiducie ou un privilège réputés. La Loi protège les sommes qui, dès leur versement, constituent véritablement des fonds en fiducie et il n'est pas nécessaire de déterminer la validité de la fiducie exclusivement en fonction de la *common law*. Puisqu'il n'y a pas de conflit entre l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, d'une part, et l'al. 47a) et l'art. 107 de la *Loi sur la faillite*, d'autre part, la théorie de la prépondérance de la loi fédérale ne peut s'appliquer et l'art. 18 devrait prévaloir. Le bien en cause, qui était visé par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, n'est jamais devenu la propriété de la faillie et n'était donc pas sujet à répartition comme l'étaient les biens de la faillie en vertu de l'art. 107 de la *Loi sur la faillite*.

La fiducie créée par l'art. 18 comporte les trois caractéristiques essentielles requises d'une fiducie en *equity*: la certitude quant à l'intention, la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et la certitude quant aux bénéficiaires. La Loi établit la certitude quant à l'intention et la certitude quant au bénéficiaire, de même qu'un moyen clair de déterminer le bien qui est en fiducie. Une fiducie établie par la loi offre un avantage sur une fiducie établie par un particulier en ce que son existence est reconnue sans que le bénéficiaire ait à engager l'action excessivement coûteuse en droit de suite sur les sommes confondues. Cet avantage ne devrait pas dépouiller les biens en fiducie légale de leur caractère fiduciaire ni les soustraire à l'application des principes énoncés par cette Cour.

### Jurisprudence

i Citée par le juge McLachlin

**Arrêts appliqués:** *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; **arrêt mentionné:** *Re Phoenix Paper Products Ltd.* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 113.

By Cory J. (dissenting)

*Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250; *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487; *Re Deslauriers Construction Products Ltd.* (1970), 3 O.R. 599; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Re Diplock's Estate*, [1948] Ch. 465, [1948] 2 All E.R. 318, aff'd sub nom. *Min. of Health v. Simpson*, [1951] A.C. 251, [1950] 2 All E.R. 1137 (H.L.); *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061.

#### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47(a), 107(1)(j).  
*Builders' Lien Act*, R.S.A. 1980, c. B-12, s. 16.1.  
*Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, s. 191(1).  
*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 23(4).  
*Construction Lien Act, 1983*, S.O. 1983, c. 6, s. 7.  
*Employment Standards Act*, R.S.A. 1980, c. E-10.1, s. 113.  
*Health Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 197, s. 18.  
*Health Insurance Premiums Regulation*, Alta. Reg. 217/81.  
*Insurance Act*, R.S.A. 1980, c. I-5, s. 123(1).  
*Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, s. 359.  
*Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, c. 227.  
*Pension Benefits Act*, S.O. 1987, c. 35, s. 58.  
*Real Estate Agents' Licensing Act*, R.S.A. 1980, c. R-5, s. 14.  
*Revenue Act*, R.S.B.C. 1979, c. 367.  
*Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, ss. 5, 6, 8, 9, 10, 18(1), (2), 27.  
*Social Services Tax Act Regulations*, B.C. Reg. 84/58, Division 5.

#### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Hardy, Anne E. *Crown Priority in Insolvency*. Toronto: Carswells, 1986.  
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 13 B.C.L.R.

Citée par le juge Cory (dissident)

*Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250; *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487; *Re Deslauriers Construction Products Ltd.* (1970), 3 O.R. 599; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Re Diplock's Estate*, [1948] Ch. 465, [1948] 2 All E.R. 318, conf. sous l'intitulé *Min. of Health v. Simpson*, [1951] A.C. 251, [1950] 2 All E.R. 1137 (H.L.); *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061.

#### Lois et règlements cités

*Builders' Lien Act*, R.S.A. 1980, chap. B-12, art. 16.1.  
*Business Corporations Act*, S.A. 1981, chap. B-15, art. 191(1).  
*Employment Standards Act*, R.S.A. 1980, chap. E-10.1, art. 113.  
*Health Insurance Premiums Regulation*, Alta. Reg. 217/81.  
*Insurance Act*, R.S.A. 1980, chap. I-5, art. 123(1).  
*Loi de 1983 sur le privilège dans l'industrie de la construction*, L.O. 1983, chap. 6, art. 7.  
*Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, chap. 35, art. 58.  
*Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.O. 1980, chap. 197, art. 18.  
*Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47(a), 107(1)(j).  
*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, chap. 218, art. 359.  
*Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, chap. 227.  
*Real Estate Agents' Licensing Act*, R.S.A. 1980, chap. R-5, art. 14.  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-8, art. 23(4).  
*Revenue Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 367.  
*Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 5, 6, 8, 9, 10, 18(1), (2), 27.  
*Social Services Tax Act Regulations*, B.C. Reg. 84/58, section 5.

#### Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Hardy, Anne E. *Crown Priority in Insolvency*. Toronto: Carswells, 1986.  
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 13 B.C.L.R.

(2d) 346; 40 D.L.R. (4th) 728; [1987] 4 W.W.R. 673; 65 C.B.R. (N.S.) 24; 5 A.C.W.S. (3d) 47, dismissing an appeal from a judgment of Meredith J. in chambers (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 212, 61 C.B.R. (N.S.) 59. Appeal dismissed, Cory J. dissenting.

*William A. Pearce and J. G. Pottinger*, for the appellant.

*Wendy G. Baker, Q.C., and Gillian E. Parson*, for the respondent.

*James M. Mabbutt, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Janet E. Minor and Timothy Macklem*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Yves de Montigny and Madeleine Aubé*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Reinhold M. Endres*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Richard Burns*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*W. Glenn McFetridge and Dirk D. Blevins*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Robert C. Maybank*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—The issue on this appeal is whether the statutory trust created by s. 18 of the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, gives the province priority over other creditors under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3.

Tops Pontiac Buick Ltd. collected sales tax for the provincial government in the course of its business operations, as it was required to do by the *Social Service Tax Act*. Tops mingled the tax collected with its other assets. When the Canadian Imperial Bank of Commerce placed Tops in receivership pursuant to its debenture and Tops

(2d) 346, 40 D.L.R. (4th) 728, [1987] 4 W.W.R. 673, 65 C.B.R. (N.S.) 24, 5 A.C.W.S. (3d) 47, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge en chambre Meredith (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 212, 61 C.B.R. (N.S.) 59. Pourvoi rejeté, le juge Cory est dissident.

*William A. Pearce et J. G. Pottinger*, pour l'appelante.

*Wendy G. Baker, c.r., et Gillian E. Parson*, pour l'intimée.

*James M. Mabbutt, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Janet E. Minor et Timothy Macklem*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Yves de Montigny et Madeleine Aubé*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Reinhold M. Endres*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Richard Burns*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*W. Glenn McFetridge et Dirk D. Blevins*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Robert C. Maybank*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi souève la question de savoir si la fiducie légale établie par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 388, confère à la province la priorité sur les autres créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3.

La société Tops Pontiac Buick Ltd. a perçu la taxe de vente pour le compte du gouvernement provincial dans le cours de ses opérations commerciales, comme elle était tenue de le faire en vertu de la *Social Service Tax Act*. Tops a confondu les montants de taxe perçus avec ses autres biens. Lorsque la Banque canadienne impériale de com-

made an assignment in bankruptcy, the receiver sold the assets of Tops and applied the full proceeds in reduction of the indebtedness of the bank.

The province contends that the *Social Service Tax Act* creates a statutory trust over the assets of Tops equal to the amount of the sales tax collected but not remitted (\$58,763.23), and that it has priority over the bank and all other creditors for this amount.

The Chambers judge held that the *Social Service Tax Act* did not create a trust and that the province did not have priority. On appeal the receiver conceded that the legislation created a statutory trust, but contended that the chambers judge was correct in ruling that the Province did not have priority because the *Bankruptcy Act* did not confer priority on such a trust. The British Columbia Court of Appeal accepted this submission. The Province now appeals to this Court.

The section of the *Social Service Tax Act* which the Province contends gives it priority provides:

18. (1) Where a person collects an amount of tax under this Act

(a) he shall be deemed to hold it in trust for Her Majesty in right of the Province for the payment over of that amount to Her Majesty in the manner and at the time required under this Act and regulations, and

(b) the tax collected shall be deemed to be held separate from and form no part of the person's money, assets or estate, whether or not the amount of the tax has in fact been kept separate and apart from either the person's own money or the assets of the estate of the person who collected the amount of the tax under this Act.

(2) The amount of taxes that, under this Act,

(a) is collected and held in trust in accordance with subsection (1); or

(b) is required to be collected and remitted by a vendor or lessor

forms a lien and charge on the entire assets of

(c) the estate of the trustee under paragraph (a);

merce a placé Tops sous séquestre en raison de la débeture qu'elle détenait, Tops a déclaré faillite et fait cession de ses biens; le séquestre a vendu les biens de Tops et consacré la totalité du produit de cette vente à la réduction de la créance de la Banque.

La province soutient que la *Social Service Tax Act* crée une fiducie sur les biens de Tops jusqu'à concurrence du montant de taxe de vente perçu mais non remis (58 763,23 \$) et qu'à l'égard de ce montant, elle a priorité sur la Banque et tous les autres créanciers.

Le juge en chambre a statué que la *Social Service Tax Act* ne crée pas de fiducie et que la province n'a pas la priorité. En appel, le séquestre a reconnu que les dispositions législatives créent une fiducie, mais il a soutenu que le juge en chambre avait eu raison de statuer que la province n'avait pas la priorité parce que la *Loi sur la faillite* ne confère pas de priorité à l'égard de cette fiducie. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit à cet argument. La province se pourvoit maintenant devant cette Cour.

L'article de la *Social Service Tax Act* qui, selon la province, lui donne la priorité est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 18. (1) Lorsqu'une personne perçoit une taxe en application de la présente loi

a) elle est réputée détenir cette taxe en fiducie pour le compte de Sa Majesté du chef de la province en vue de son paiement à Sa Majesté de la manière et au moment prescrits par la présente loi ou par son règlement d'application, et

b) la taxe perçue est réputée être détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de celui qui l'a perçue en vertu de la présente loi, qu'elle ait été ou non effectivement détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de cette personne.

(2) La taxe qui, en vertu de la présente loi,

a) est perçue et détenue en fiducie conformément au paragraphe (1); ou

b) qui doit être perçue et remise par un marchand ou un locateur;

emporte un privilège sur la totalité des biens

c) du patrimoine du fiduciaire en vertu de l'alinéa a);



- (d) the person required to collect or remit the tax under paragraph (b); or
- (e) the estate of the person required to collect or remit the tax under paragraph (d).

The province argues that s. 18(1) creates a trust within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act*, which provides:

47. The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

- (a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

The respondent, on the other hand, submits that the deemed statutory trust created by s. 18 of the *Social Service Tax Act* is not a trust within s. 47 of the *Bankruptcy Act*, in that it does not possess the attributes of a true trust. It submits that the province's claim to the tax money is in fact a debt falling under s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, the priority to which falls to be determined according to the priorities established by s. 107.

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

- (j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

### Discussion

The issue may be characterized as follows. Section 47(a) of the *Bankruptcy Act* exempts trust property in the hands of the bankrupt from distribution to creditors, giving trust claimants absolute priority. Section 107(1) establishes priorities between creditors on distribution; s. 107(1)(j) ranks Crown claims last. Section 18 of the *Social Service Tax Act* creates a statutory trust which lacks the essential characteristics of a trust, namely, that the property impressed with the trust be identifiable or traceable. The question is whether the statutory trust created by the provincial legislation is a trust within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* or a mere Crown claim under s. 107(1)(j).

- d) de la personne tenue de percevoir ou de remettre la taxe en vertu de l'alinéa b); ou
- e) du patrimoine de la personne tenue de percevoir ou de remettre la taxe en vertu de l'alinéa d).

<sup>a</sup> La province soutient que le par. 18(1) crée une fiducie au sens de l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite*, dont voici le texte:

<sup>b</sup> 47. Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

- <sup>a</sup>) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne,

<sup>c</sup> De son côté, l'intimée fait valoir que la fiducie réputée créée par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* n'est pas une fiducie au sens de l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*, en ce qu'elle n'a pas les attributs d'une véritable fiducie. L'intimée soutient que la <sup>d</sup> réclamation du montant de la taxe par la province est en réalité une créance assujettie à l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*, dont le rang est déterminé selon l'ordre de priorité établi à l'art. 107.

<sup>e</sup> 107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli doivent être distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

- <sup>f</sup>) les réclamations, non précédemment mentionnées au présent article, de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada, *pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

### Analyse

<sup>g</sup> On peut formuler ainsi la question en litige: l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* soustrait, du patrimoine attribué aux créanciers, les biens détenus en fiducie par le failli et accorde la priorité absolue <sup>h</sup> aux bénéficiaires de la fiducie. Le paragraphe 107(1) détermine le rang des différents créanciers pour les fins de la répartition; l'al. 107(1)(j) place les créances de la Couronne au dernier rang. L'article 18 de la *Social Service Tax Act* établit une <sup>i</sup> fiducie à laquelle il manque un des attributs essentiels de la fiducie, savoir un bien sujet à la fiducie qui puisse être identifié ou retracé. La question qui se pose est de savoir si la fiducie établie par la loi provinciale est une fiducie au sens de l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* ou une simple réclamation de <sup>j</sup> la Couronne au sens de l'al. 107(1)(j).

In my opinion, the answer to this question lies in the construction of the relevant provisions of the *Bankruptcy Act* and the *Social Service Tax Act*.

In approaching this task, I take as my guide the following passage from Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 105:

The decisions . . . indicate that the provisions of an enactment relevant to a particular case are to be read in the following way:

1. The Act as a whole is to be read in its entire context so as to ascertain the intention of Parliament (the law as expressly or impliedly enacted by the words), the object of the Act (the ends sought to be achieved), and the scheme of the Act (the relation between the individual provisions of the Act).

2. The words of the individual provisions to be applied to the particular case under consideration are then to be read in their grammatical and ordinary sense in the light of the intention of Parliament embodied in the Act as a whole, the object of the Act and the scheme of the Act, and if they are clear and unambiguous and in harmony with that intention, object and scheme and with the general body of the law, that is the end.

With these principles in mind, I turn to the construction of ss. 47(a) and 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*. The question which arises under s. 47(a) of the Act concerns the meaning of the phrase "property held by the bankrupt in trust for any other person". Taking the words in their ordinary sense, they connote a situation where there is property which can be identified as being held in trust. That property is to be removed from other assets in the hands of the bankrupt before distribution under the *Bankruptcy Act* because, in equity, it belongs to another person. The intention of Parliament in enacting s. 47(a), then, was to permit removal of property which can be specifically identified as not belonging to the bankrupt under general principles of trust law from the distribution scheme established by the *Bankruptcy Act*.

Section 107(1)(j), on the other hand, has been held to deal not with rights conferred by general law, but with the statutorily created claims of federal and provincial tax collectors. The purpose of s. 107(1)(j) was discussed by this Court in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1

Selon moi, la réponse à cette question dépend de l'interprétation des dispositions applicables de la *Loi sur la faillite* et de la *Social Service Tax Act*.

En m'attaquant à cette tâche, je m'inspire du passage suivant de l'ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 105:

[TRADUCTION] La jurisprudence [. . .] indique qu'il faut interpréter ainsi les dispositions législatives pertinentes dans une affaire particulière:

1. Il faut interpréter l'ensemble de la Loi en fonction de tout son contexte pour déterminer l'intention du législateur (la Loi selon sa teneur expresse ou implicite), l'objet de la Loi (les fins qu'elle poursuit) et l'économie de la Loi (les liens entre les différentes dispositions de la Loi).

2. Il faut ensuite interpréter les termes des dispositions particulières applicables à l'affaire en cause selon leur sens grammatical et ordinaire, en fonction de l'intention du législateur manifestée dans l'ensemble de la Loi, de l'objet de la Loi et de l'économie de la Loi. S'ils sont clairs et précis, et conformes à l'intention, à l'objet, à l'économie et à l'ensemble de la Loi, l'analyse s'arrête là.

Gardant à l'esprit ces principes, j'aborde maintenant l'interprétation des al. 47(a) et 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*. L'alinéa 47(a) de la Loi soulève la question du sens de l'expression «les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne». Selon leur sens ordinaire, ces mots renvoient à une situation où il existe des biens qui peuvent être identifiés comme étant détenus en fiducie. Ces biens doivent être retirés des autres biens que le failli détient avant leur répartition conformément à la *Loi sur la faillite* parce qu'en equity ils appartiennent à une autre personne. En adoptant l'al. 47(a), le législateur a donc voulu permettre de soustraire, du régime de répartition établi par la *Loi sur la faillite*, les biens qui peuvent être spécifiquement identifiés comme n'appartenant pas au failli selon les principes généraux du droit des fiducies.

D'autre part, on a jugé que l'al. 107(1)(j) porte non pas sur les droits conférés par le droit général, mais sur les créances établies par la loi en faveur du fisc fédéral et provincial. Cette Cour a déjà examiné l'objet de l'al. 107(1)(j) dans l'arrêt *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S.

S.C.R. 35. Pigeon J., speaking for the majority, stated at p. 45:

There is no need to consider the scope of the expression "claims of the Crown". It is quite clear that this applies to claims of provincial governments for taxes and I think it is obvious that it does not include claims not secured by Her Majesty's personal preference, but by a privilege which may be obtained by anyone under general rules of law, such as a vendor's or a builder's privilege.

If sections 47(a) and 107(1)(j) are read in this way, no conflict arises between them. If a trust claim is established under general principles of law, then the property subject to the trust is removed from the general distribution by reason of s. 47(a). Following the reasoning of Pigeon J. in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, such a claim would not fall under s. 107(1)(j) because it is valid under general principles of law and is not a claim secured by the Crown's personal preference.

This construction of ss. 47(a) and 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* conforms with the principle that provinces cannot create priorities under the *Bankruptcy Act* by their own legislation, a principle affirmed by this Court in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785. As Wilson J. stated at p. 806:

... the issue in *Re Bourgault* [*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*] and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me. In effect, this is the position adopted by the Court of Appeal and advanced

35, où le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la majorité, affirme à la p. 45:

Il ne serait pas à propos de rechercher la portée exacte de l'expression «réclamations de la Couronne». Il est bien sûr qu'elle s'applique aux créances du fisc et il me paraît évident qu'elle ne saurait embrasser des créances garanties non par un privilège propre à Sa Majesté mais par un privilège dont toute autre personne peut jouir en vertu des principes généraux du droit tel que le privilège de vendeur, celui de constructeur, etc.

Interprétés de cette façon, les al. 47a) et 107(1)j) ne se contredisent pas. Si une réclamation fondée sur une fiducie est prouvée selon les principes généraux du droit, le bien sujet à la fiducie est soustrait à la répartition générale en raison de l'al. 47a). Selon le raisonnement du juge Pigeon dans l'arrêt *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, l'al. 107(1)j) ne s'appliquerait pas à une telle réclamation parce qu'elle est valide en vertu des principes généraux du droit et qu'elle ne constitue pas une créance garantie par un privilège propre à Sa Majesté.

Cette interprétation des al. 47a) et 107(1)j) de la *Loi sur la faillite* respecte le principe selon lequel les provinces ne peuvent, par leur propre loi, modifier l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*. L'arrêt de cette Cour *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, a consacré ce principe. Comme l'affirme le juge Wilson, à la p. 806:

... dans les arrêts *Re Bourgault* [*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*] et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. En réalité, c'est

before us by the respondent. It cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

While *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board* was concerned with provincial legislation purporting to give the province the status of a secured creditor for purposes of the *Bankruptcy Act*, the same reasoning applies in the case at bar.

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

Practical policy considerations also recommend this interpretation of the *Bankruptcy Act*. The difficulties of extending s. 47(a) to cases where no specific property impressed with a trust can be identified are formidable and defy fairness and common sense. For example, if the claim for taxes equalled or exceeded the funds in the hands of the trustee in bankruptcy, the trustee would not recover the costs incurred to realize the funds. Indeed, the trustee might be in breach of the Act by expending funds to realize the bankrupt's assets. Other difficulties would arise in the case of more than one claimant to the trust property. The spectre is raised of a person who has a valid trust claim under the general principles of trust law to a specific piece of property, finding himself in competition with the Crown claiming a statutory trust in that and all the other property. Could the Crown's general claim pre-empt the property interest of the claimant under trust law? Or would the claimant under trust law prevail? To admit of such a possibility would be to run counter to the clear intention of Parliament, in enacting the *Bankruptcy Act*, of setting up a clear and orderly

la position adoptée par la Cour d'appel et plaidée devant nous par l'intimée. Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Bien que l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board* ait porté sur une disposition législative provinciale qui avait pour objet de conférer à la province le statut de créancier garanti pour les fins de la *Loi sur la faillite*, le même raisonnement vaut pour l'espèce.

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Des considérations pratiques générales favorisent aussi cette interprétation de la *Loi sur la faillite*. Les difficultés que peut susciter l'application de l'al. 47a) aux cas où il n'est pas possible d'identifier un bien précis sujet à une fiducie sont considérables et contraires à l'équité et au bon sens. Par exemple, si les créances pour taxes sont égales ou supérieures aux sommes que détient le syndic de faillite, ce dernier sera dans l'impossibilité de se faire indemniser des frais engagés pour réaliser l'actif. Le syndic pourrait même contrevenir à la Loi en engageant des dépenses pour réaliser l'actif du failli. La présence de plus d'un créancier à l'égard du bien en fiducie soulèverait d'autres difficultés. Imaginons le cas de la personne qui aurait une réclamation fondée sur une fiducie, valide selon les principes généraux du droit, à l'égard d'un bien précis et qui se trouverait en concurrence avec Sa Majesté qui invoquerait l'existence d'une fiducie légale concernant ce même bien et tous les autres biens. La créance générale de Sa Majesté pourrait-elle avoir priorité sur le droit de propriété du créancier en vertu du droit des fiducies? Ou encore, le créancier en vertu

scheme for the distribution of the bankrupt's assets.

In summary, I am of the view that s. 47(a) should be confined to trusts arising under general principles of law, while s. 107(1)(j) should be confined to claims such as tax claims not established by general law but secured "by her Majesty's personal preference" through legislation. This conclusion, in my opinion, is supported by the wording of the sections in question, by the jurisprudence of this Court, and by the policy considerations to which I have alluded.

I turn next to s. 18 of the *Social Service Tax Act* and the nature of the legal interests created by it. At the moment of collection of the tax, there is a deemed statutory trust. At that moment the trust property is identifiable and the trust meets the requirements for a trust under the principles of trust law. The difficulty in this, as in most cases, is that the trust property soon ceases to be identifiable. The tax money is mingled with other money in the hands of the merchant and converted to other property so that it cannot be traced. At this point it is no longer a trust under general principles of law. In an attempt to meet this problem, s. 18(1)(b) states that tax collected shall be deemed to be held separate from and form no part of the collector's money, assets or estate. But, as the presence of the deeming provision tacitly acknowledges, the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust. Because of this, s. 18(2) goes on to provide that the unpaid tax forms a lien and charge on the entire assets of the collector, an interest in the nature of a secured debt.

Applying these observations on s. 18 of the *Social Service Tax Act* to the construction of ss. 47(a) and 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* which

du droit des fiducies aurait-il priorité? Reconnaître l'existence d'une telle possibilité irait à l'encontre de l'intention clairement exprimée par le législateur, en adoptant la *Loi sur la faillite*, d'établir un régime clair et ordonné de répartition de l'actif d'un failli.

En résumé, j'estime que l'application de l'al. 47a) devrait se limiter aux fiducies établies en vertu des principes généraux du droit, alors que l'al. 107(1)(j) devrait s'appliquer aux seules créances pour taxes qui ne découlent pas du droit général, mais qui sont garanties «par un privilège propre à Sa Majesté» par voie législative. À mon avis, le texte des dispositions en cause, la jurisprudence de cette Cour et les considérations de principe auxquelles j'ai fait allusion appuient cette conclusion.

J'examinerai maintenant l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* et la nature des droits qu'il crée. Au moment de la perception de la taxe, il y a une fiducie légale réputée. À ce moment-là, le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit. La difficulté que présente l'espèce, qui est la même que dans la plupart des autres cas, vient de ce que le bien en fiducie cesse bientôt d'être identifiable. Le montant de la taxe est confondu avec d'autres sommes que détient le marchand et immédiatement affecté à l'acquisition d'autres biens de sorte qu'il est impossible de le retracer. Dès lors, il n'existe plus de fiducie de *common law*. Pour obvier à ce problème, l'al. 18(1)(b) prévoit que la taxe perçue sera réputée être détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de celui qui l'a perçue. Mais, comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n'y a pas de bien qu'on puisse considérer comme sujet à la fiducie. Aussi, pour cette raison, le par. 18(2) ajoute que la taxe impayée emporte un privilège sur la totalité des biens de celui qui l'a perçue, c'est-à-dire un droit tenant d'une créance garantie.

Si j'applique ces observations relatives à l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* à l'interprétation des al. 47a) et 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* que j'ai

I have earlier adopted, the answer to the question of whether the province's interest under s. 18 is a "trust" under s. 47(a) or a "claim of the Crown" under s. 107(1)(j) depends on the facts of the particular case. If the money collected for tax is identifiable or traceable, then the true state of affairs conforms with the ordinary meaning of "trust" and the money is exempt from distribution to creditors by reason of s. 47(a). If, on the other hand, the money has been converted to other property and cannot be traced, there is no "property held . . . in trust" under s. 47(a). The province has a claim secured only by a charge or lien, and s. 107(1)(j) applies.

In the case at bar, no specific property impressed with a trust can be identified. It follows that s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* should not be construed as extending to the province's claim in this case.

The province, however, argues that it is open to it to define "trust" however it pleases, property and civil rights being matters within provincial competence. The short answer to this submission is that the definition of "trust" which is operative for purposes of exemption under the *Bankruptcy Act* must be that of the federal Parliament, not the provincial legislatures. The provinces may define "trust" as they choose for matters within their own legislative competence, but they cannot dictate to Parliament how it should be defined for purposes of the *Bankruptcy Act*: *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*.

Nor does the argument that the tax money remains the property of the Crown throughout withstand scrutiny. If that were the case, there would be no need for the lien and charge in the Crown's favour created by s. 18(2) of the *Social Service Tax Act*. The province has a trust interest and hence property in the tax funds so long as they can be identified or traced. But once they lose that character, any common law or equitable property interest disappears. The province is left with a statutory deemed trust which does not give it the same property interest a common law trust would,

précédemment retenue, la réponse à la question de savoir si le droit que l'art. 18 confère à la province est une «fiducie» au sens de l'al. 47a) ou une «réclamation de la Couronne» au sens de l'al. 107(1)j) dépend des faits de l'espèce. Si la somme perçue pour fins de taxe peut-être identifiée ou retracée, la situation correspond au sens ordinaire du mot «fiducie» et la somme est exclue, en raison de l'al. 47a), de la répartition des biens entre les créanciers. Par contre, si la somme a servi à acquérir d'autres biens et ne peut être retracée, il n'y a pas de «biens détenus [. . .] en fiducie» au sens de l'al. 47a). La province a une créance garantie seulement par un privilège et l'al. 107(1)j) s'applique.

En l'espèce, il n'est possible d'identifier aucun bien précis sujet à une fiducie. Il s'ensuit qu'on ne saurait considérer que l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* s'applique à la créance de la province en l'espèce.

La province soutient cependant qu'il lui est loisible de définir le mot «fiducie» comme elle l'entend puisque la propriété et les droits civils relèvent de sa compétence. À cette affirmation, il suffit de répondre que la définition applicable du mot «fiducie» pour les fins des exceptions prévues à la *Loi sur la faillite* est celle du législateur fédéral et non celle des législateurs provinciaux. Les provinces peuvent définir à leur gré le mot «fiducie» pour les matières relevant de leur compétence, mais elles ne peuvent imposer au Parlement la définition que la fiducie doit recevoir pour les fins de *Loi sur la faillite*: voir l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*.

L'argument voulant que le montant de taxe perçu demeure la propriété de Sa Majesté en tout temps ne résiste pas non plus à l'analyse. S'il en était ainsi, le privilège que crée le par. 18(2) de la *Social Service Tax Act* en faveur de Sa Majesté serait parfaitement inutile. La province a un droit de fiducie et donc de propriété sur les montants de taxe perçus dans la mesure où ils peuvent être identifiés ou retracés. Dès que ces sommes perdent ce caractère, tout droit de propriété découlant de la *common law* ou de l'*equity* disparaît. Il reste à la province une fiducie légale réputée qui ne lui

supplemented by a lien and charge over all the bankrupt's property under s. 18(2).

The province relies on *Re Phoenix Paper Products Ltd.* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 113 (Ont. C.A.), where the Ontario Court of Appeal held that accrued vacation pay mixed with other assets of a bankrupt constituted a trust under s. 47(a) of the *Bankruptcy Act*. As the Court of Appeal in this case pointed out, the Ontario Court of Appeal in *Re Phoenix Paper Products Ltd.*, in considering the two divergent lines of authority presented to it, did not have the advantage of considering what was said in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, and the affirmation in that case of the line of authority which the Ontario Court of Appeal rejected.

The appellant raised a second question in the alternative, namely:

If the Province is divested of its trust property by reason of S. 18(1) being in conflict with S. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, does [that] property devolve to the secured creditor [the Bank] or is it distributed to unsecured creditors pursuant to S. 107 of the *Bankruptcy Act*?

This question was not raised in the courts below, nor on the application for leave to appeal. It concerns parties who were not present on the appeal. For these reasons, I would decline to consider it.

#### Conclusion

For the reasons stated, I conclude that s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* does not apply in this case and the priority of the province's claim is governed by s. 107(1)(j) of the Act. I would decline to answer the alternative question posed by the appellant.

I would dismiss the appeal, with costs.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—I have read with great interest the compelling reasons of my colleague Justice McLachlin. Unfortunately I cannot agree

confère pas le même droit de propriété qu'une fiducie de *common law*, auquel s'ajoute un privilège sur la totalité des biens du failli en application du par. 18(2).

<sup>a</sup> La province invoque l'arrêt *Re Phoenix Paper Products Ltd.* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 113 (C.A. Ont.), dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le salaire dû pour des vacances confondu avec les autres biens d'un failli constituait un bien en fiducie au sens de l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite*. Comme la Cour d'appel l'a souligné en l'espèce, quand, dans l'arrêt *Re Phoenix Paper Products Ltd.*, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné les deux courants de jurisprudence divergents qui lui ont été soumis, elle n'avait pas eu l'occasion de prendre connaissance de l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board* et de constater que ce dernier arrêt confirmait le courant de jurisprudence que la Cour d'appel de l'Ontario a alors rejeté.

L'appelante soulève une deuxième question à titre subsidiaire, savoir:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Si la province est privée du bien en fiducie parce que le par. 18(1) et l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* se contredisent, [ce] bien échoit-il au créancier garanti [la Banque] ou est-il attribué aux créanciers non garantis conformément à l'art. 107 de la *Loi sur la faillite*?

<sup>f</sup> Cette question n'a été soulevée ni devant les tribunaux d'instance inférieure, ni lors de la demande d'autorisation de pourvoi. Elle vise des parties qui n'ont pas été mises en cause dans le présent pourvoi. Pour ces motifs, je refuse de l'examiner.

#### Conclusion

<sup>g</sup> Pour ces motifs, je suis d'avis que l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* ne s'applique pas à l'espèce, mais que le rang de la créance de la province est régi par l'al. 107(1)(j) de la Loi. Je refuse de répondre à la question subsidiaire soulevée par l'appelante.

<sup>i</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

<sup>j</sup> LE JUGE CORY (dissident)—J'ai lu avec beaucoup d'intérêt les motifs convaincants de ma collègue le juge McLachlin. Malheureusement, je ne

that s. 47(a) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, does not apply in this case. If section 18 of the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, creates a valid trust, then s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* must apply. In order to determine the effect of s. 18 it may be helpful to consider the *Social Service Tax Act* as a whole.

Scheme of the B.C. *Social Service Tax Act*

Registration under this Act is a condition precedent to carrying on a retail sales business in the Province of British Columbia. Subject to certain irrelevant and minor exceptions, the Act provides that no one may sell "tangible personal property" in the province at a retail sale without being registered with the "commissioner", the provincial official appointed to administer the Act. It is sufficient to note that the term "tangible personal property" is given a very broad definition. With the approval of the Minister, the Commissioner may cancel or suspend the certificate of anyone found guilty of an offence under the Act thus terminating the retail business. This is the ultimate form of control that the province exercises over those who collect the taxes assessed under the Act. In addition, the regulations passed pursuant to the Act provide for close scrutiny of the use of the registration certificates issued to vendors.

Pursuant to s. 5 of the Act, retail vendors are deemed to be agents of the Minister for the purposes of levying and collecting sales tax. Section 6 provides that these agents are deemed to be tax collectors for the purposes of the *Revenue Act*, R.S.B.C. 1979, c. 367, and are made subject to the provisions of ss. 22 to 28 of that Act. Sections 22 to 28 prescribe the penalties for tax collectors who fail to ender their accounts as required by the statute. Pursuant to s. 27, where a collector has received money belonging to the Crown in right of the Province and has failed to pay it to the province, the defaulting collector's property may be seized. As a *quid pro quo*, s. 8 of the *Social Service Tax Act* provides that vendors are to

puis accepter que l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, ne s'applique pas à l'espèce. Si l'article 18 de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 388, crée une fiducie valide, alors l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* doit s'appliquer. Afin de déterminer l'effet de l'art. 18, il peut être utile d'examiner l'ensemble de la *Social Service Tax Act*.

b Économie de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique

L'enregistrement prévu à cette loi constitue une condition préalable à l'exploitation d'un commerce de détail dans la province de la Colombie-Britannique. Sous réserve de certaines exceptions mineures non pertinentes en l'espèce, la Loi prescrit que personne ne peut vendre au détail un [TRADUCTION] «bien matériel personnel» dans la province sans être enregistré auprès du «commissaire», le fonctionnaire provincial chargé d'appliquer la Loi. Il suffit de souligner que l'expression «bien matériel personnel» est définie de manière très générale. Avec l'autorisation du Ministre, le commissaire peut annuler ou suspendre le certificat de quiconque est déclaré coupable d'infraction à la Loi, mettant ainsi fin au commerce de détail. C'est là la forme ultime de contrôle que la province exerce sur ceux qui perçoivent les taxes fixées en vertu de la Loi. De plus, le règlement d'application de la Loi prescrit l'examen minutieux de l'usage des certificats d'enregistrement délivrés aux marchands.

Conformément à l'art. 5 de la Loi, les marchands au détail sont réputés être des mandataires du Ministre aux fins de l'imposition et de la perception de la taxe de vente. L'article 6 prévoit que ces mandataires sont réputés être des percepteurs d'impôt pour les fins de la *Revenue Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 367, et qu'ils sont assujettis aux dispositions des art. 22 à 28 de cette loi. Les articles 22 à 28 prescrivent des peines pour les percepteurs d'impôt qui omettent de rendre compte comme l'exige la Loi. Conformément à l'art. 27, si un percepteur a reçu des sommes appartenant à Sa Majesté du chef de la province et qu'il ne les a pas versées à la province, il est passible de saisie de ses biens. En contrepartie, l'art. 8 de la *Social Service*



receive remuneration for the service they provide to the government by collecting the tax.

Under ss. 9 and 10 of the Act every vendor is required to make returns and keep tax records in the form prescribed by the regulations and must keep a record of all purchases and sales. Division 5 of the *Social Services Tax Act Regulations*, B.C. Reg. 84/58, makes detailed provision for these returns and records. The regulations make clear that there is to be continuous supervision of sales tax collection. Separate monthly returns must be made for each place of business and the returns must be made no later than fifteen days after the last day of each monthly period. The regulations provide in detail for the means of calculating upon each return the commission for each vendor on the collection of sales tax.

The requirements concerning the keeping of records and accounts emphasize the trust nature of the arrangement. They provide that books of account must contain distinct records of all (1) sales, (2) purchases, (3) non-taxable sales, (4) taxable sales, (5) amounts of tax collected and (6) disposal of tax including commission taken. The records further stress that "all entries concerning the tax and such books of account, records and documents shall be kept separate and distinguishable from other entries made therein." (Emphasis added.) As well the tax must be shown as a separate item on all receipts given to purchasers. Section 27 of the Act provides wide powers for the inspection of these records.

It is against this background that s. 18 of the *Social Service Tax Act* must be considered. That section provides:

18. (1) Where a person collects an amount of tax under this Act

- (a) he shall be deemed to hold it in trust for Her Majesty in right of the Province for payment over of that amount to Her Majesty in the manner and at the time required under this Act and regulations, and

*Tax Act* prévoit que les marchands doivent être rémunérés pour les services qu'ils rendent au gouvernement en percevant la taxe.

- a Selon les art. 9 et 10 de la Loi, tout marchand est tenu de produire des déclarations et de tenir une comptabilité fiscale de la manière prescrite par le règlement et de consigner tous les achats et toutes les ventes effectués. La section 5 des *Social Services Tax Act Regulations*, B.C. Reg. 84/58, comporte des dispositions détaillées sur ces déclarations et cette comptabilité. Le règlement indique clairement qu'il doit y avoir une surveillance continue de la perception de la taxe de vente. Il faut préparer une déclaration mensuelle distincte pour chaque commerce et la produire dans les quinze jours qui suivent la fin du mois auquel elle se rapporte. Le règlement prescrit en détail la façon d calculer, dans chaque déclaration, la commission attribuée à chaque marchand pour la perception de la taxe de vente.

- e Les exigences relatives à la tenue de livres et de relevés de compte soulignent la nature fiduciaire de cet arrangement. On exige notamment que les livres comptables comportent des comptes distincts pour (1) les ventes, (2) les achats, (3) les ventes non taxables, (4) les ventes taxables, (5) les montants de taxe perçus et (6) l'emploi de la taxe y compris la commission retenue. Le règlement insiste également pour que [TRADUCTION] «toutes les écritures relatives à la taxe dans ces livres comptables, déclarations et pièces ... [soient] séparées et distinctes des autres inscriptions qui y sont faites.» (Je souligne.) De même le montant de la taxe doit figurer séparément sur tous les récépissés remis aux acheteurs. L'article 27 de la Loi confère des pouvoirs étendus de vérification de ces livres.

C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, dont voici le

i [TRADUCTION] 18. (1) Lorsqu'une personne perçoit une taxe en application de la présente loi

- a) elle est réputée détenir cette taxe en fiducie pour le compte de Sa Majesté du chef de la province en vue de son paiement à Sa Majesté de la manière et au moment prescrits par la présente loi ou par son règlement d'application, et

- (b) the tax collected shall be deemed to be held separate from and form no part of the person's money, assets or estate, whether or not the amount of the tax has in fact been kept separate and apart from either the person's own money or the assets of the estate of the person who collected the amount of the tax under this Act. <sup>a</sup>
- (2) The amount of taxes that, under this Act,
- (a) is collected and held in trust in accordance with subsection (1); or <sup>b</sup>
- (b) is required to be collected and remitted by a vendor or lessor
- forms a lien and charge on the entire assets of
- (c) the estate of the trustee under paragraph (a); <sup>c</sup>
- (d) the person required to collect or remit the tax under paragraph (b); or
- (e) the estate of the person required to collect or remit the tax under paragraph (d). <sup>d</sup>
- b) la taxe perçue est réputée être détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de celui qui l'a perçue en vertu de la présente loi, qu'elle ait été ou non effectivement détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de cette personne.
- (2) La taxe qui, en vertu de la présente loi,
- a) est perçue et détenue en fiducie conformément au paragraphe (1); ou
- b) qui doit être perçue et remise par un marchand ou un locateur;
- emporte un privilège sur la totalité des biens
- c) du patrimoine du fiduciaire en vertu de l'alinéa a);
- d) de la personne tenue de percevoir ou de remettre la taxe en vertu de l'alinéa b); ou
- e) du patrimoine de la personne tenue de percevoir ou de remettre la taxe en vertu de l'alinéa d).

It can be seen that the moneys collected by a vendor such as Tops as the tax collector of the sales tax never belongs to the vendor. The sales tax is payable by the purchaser who owes that sum to the province. The vendor never has any interest in those funds and is in every sense of the word a trustee of the funds collected for the sales tax. The vendor is simply the conduit for payment of the sales tax to the province. The province has not relied upon a requirement that separate bank accounts be kept by a vendor to protect its trust property. Rather, it has put into place a system of registration of all retail sales businesses and provided for a regulated means of record keeping and inspection. This system permits the government to specify precisely what money is due to it and to ascertain what is happening to its money on a monthly basis.

If the tax is not paid to the province then a vendor such as Tops must have stolen the funds, converted them to its own use or most charitably lost the funds for which it was responsible and for which it was accountable to the province.

From the point of view of fairness, there would seem to be no objection to the provincial government's creating a lien or charge on the assets of

On peut constater que les sommes perçues par un marchand comme Tops, à titre de percepteur de la taxe de vente, ne deviennent jamais la propriété du marchand. La taxe de vente est payable par l'acheteur et elle est due à la province. Le marchand n'a jamais droit à cette somme, il est, au sens strict du terme, un fiduciaire à l'égard des sommes perçues au titre de la taxe de vente. Le marchand ne sert que d'intermédiaire pour le paiement de la taxe de vente à la province. La province n'a pas été jusqu'à exiger que le marchand ouvre des comptes de banque distincts pour protéger ses fonds en fiducie. Elle a plutôt instauré un système d'enregistrement de tous les commerces de détail et établi un régime réglementé de comptabilité et d'inspection. Ce système permet au gouvernement de déterminer avec précision les sommes qui lui sont dues et de vérifier ce qui advient de ces sommes d'un mois à l'autre.

Si la taxe n'est pas versée à la province, un marchand comme Tops doit alors avoir ou volé ces sommes, ou les avoir détournées à son propre usage ou encore, si l'on est indulgent, avoir perdu les sommes dont il était responsable et comptable à la province.

Sur le plan de l'équité, il ne semblerait pas y avoir d'empêchement à la création, par la province, d'un privilège ou d'une sûreté grevant les

the vendor for the amount of the sales tax (the trust funds) which the vendor was responsible for collecting and remitting to the province.

Does Section 18 Create a Valid Trust?

The question may be phrased more precisely by asking: If, as the chambers judge found, sales tax money "was misappropriated by Tops and mingled with its assets", does that put an end to the trust? It is said that the trust, although validly existing at the moment the funds were paid by the purchaser, ceases to exist or have any validity once the funds were mingled so that they could not be traced readily. To begin with, and somewhat simplistically, there is no prohibition in the *Bankruptcy Act* against the province creating a deemed trust or lien against the retail vendor's property for the extent of the sales tax nor is there a conflict between s. 18 of the *Social Service Tax Act* and s. 47(a) and s. 107 of the *Bankruptcy Act*. This is not a statutory ruse to evade the provisions of the *Bankruptcy Act*. It is simply an attempt to protect trust funds which are earmarked to be used for the public benefit and public use. Rather than insist that on each sale there be a separate payment to the province, the Act created a system which was in the best interest of retail purchasers, retail vendors, the business community and the province as a whole. The Act does no more than protect funds which at the moment they were paid were truly trust funds. Nor am I sure that the validity of a trust must be determined exclusively on the basis of common law. It has been held by this Court that the civil law of trust is not the same as that of common law. See *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250, at p. 261.

There are a number of provincial statutory provisions which create trusts. This type of legislation is common to a wide range of statutes that may benefit employees, purchasers of insurance, payers of health and insurance and many others who lack the organization or bargaining power to establish a trust for themselves. See for example,

biens du marchand pour le montant de la taxe de vente (les fonds en fiducie) qu'il est chargé de percevoir et de remettre à la province.

L'article 18 crée-t-il une fiducie valide?

On peut formuler la question de façon plus précise en se demandant si, après que le juge de première instance eut constaté que le montant de la taxe de vente [TRADUCTION] «avait été détourné par Tops qui l'avait confondu avec ses biens», c'en était fait de la fiducie. On a dit que même si la fiducie existait régulièrement au moment où les sommes ont été payées par les acheteurs, elle a cessé d'exister ou d'être valide dès que les sommes eurent été confondues de telle manière qu'il était difficile de les retracer. Commençons par affirmer de façon un peu simpliste qu'il n'y a rien dans la *Loi sur la faillite* qui empêche une province d'établir une fiducie ou un privilège réputés sur les biens du détaillant jusqu'à concurrence du montant de taxe de vente perçu et il n'y a pas d'incompatibilité entre, d'une part, l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* et, d'autre part, l'al. 47a) et l'art. 107 de la *Loi sur la faillite*. Il n'y a pas là de subterfuge légal pour se soustraire aux dispositions de la *Loi sur la faillite*. Ce n'est qu'une tentative de protéger les fonds en fiducie qui sont destinés à l'usage et à l'avantage du public. Plutôt que d'insister pour qu'à chaque vente il y ait un versement distinct à la province, la Loi a établi un régime avantageux pour l'acheteur au détail, le détaillant, le monde des affaires et l'ensemble de la province. La Loi ne fait rien de plus que de protéger les sommes qui, dès leur versement, constituent véritablement des fonds en fiducie. Je ne suis pas certain non plus que la validité d'une fiducie puisse se déterminer exclusivement en fonction de la *common law*. Cette Cour a déjà affirmé que le droit civil des fiducies diffère de celui de la *common law*. Voir *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, à la p. 261.

Il existe de nombreuses dispositions législatives provinciales qui créent des fiducies. Ce genre de disposition est courant dans une vaste catégorie de lois susceptibles de bénéficier aux salariés, aux acheteurs d'assurance, aux cotisants à des régimes d'assurance-santé et à plusieurs autres catégories de gens qui ne disposent pas de l'organisation ou

*Pension Benefits Act*, S.O. 1987, c. 35, s. 58; *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, s. 359; *Health Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 197, s. 18; *Builders' Lien Act*, R.S.A. 1980, c. B-12, s. 16.1; *Construction Lien Act*, 1983, S.O. 1983, c. 6, s. 7; *Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, s. 191(1); *Employment Standards Act*, R.S.A. 1980, c. E-10.1, s. 113; *Insurance Act*, R.S.A. 1980, c. I-5, s. 123(1); *Real Estate Agents' Licensing Act*, R.S.A. 1980, c. R-5, s. 14, and *Health Insurance Premiums Regulation*, Alta. Reg. 217/81.

This Court has held that a province may, to further and protect a principle of social policy, create a statutory trust. In *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487, at p. 494, the trust provisions of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, c. 227, (now the *Construction Lien Act*) were found to be validly enacted. The statutory trusts referred to above provide needed protection for their beneficiaries and forward salutary social objectives which the provinces have jurisdiction to pursue.

Subsection 23(4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, creates a statutory trust using language almost identical to s. 18 of the *Social Service Tax Act*. In *Re Deslauriers Construction Products Ltd.* (1970), 3 O.R. 599 (C.A.), Gale C.J.O., for a unanimous Court, noted that the Act deemed Pension Plan moneys to be kept separate and apart from the estate of the employer "whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate", and commented at p. 601:

[These words] were inserted in the Act specifically for the purpose of taking the moneys equivalent to the deductions out of the estate of the bankrupt by the

du pouvoir de négociation nécessaire pour établir une fiducie en leur propre faveur. Voir, par exemple, les lois suivantes: *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, chap. 35, art. 58; *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, chap. 218, art. 359; *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.O. 1980, chap. 197, art. 18; *Builders' Lien Act*, R.S.A. 1980, chap. B-12, art. 16.1; *Loi de 1983 sur le privilège dans l'industrie de la construction*, L.O. 1983, chap. 6, art. 7; *Business Corporations Act*, S.A. 1981, chap. B-15, par. 191(1); *Employment Standards Act*, R.S.A. 1980, chap. E-10.1, art. 113; *Insurance Act*, R.S.A. 1980, chap. I-5, par. 123(1); *Real Estate Agents' Licensing Act*, R.S.A. 1980, chap. R-5, art. 14, et *Health Insurance Premiums Regulation*, Alta. Reg. 217/81.

Cette Cour a déjà statué qu'une province peut, pour favoriser ou protéger un principe de politique sociale, créer une fiducie légale. Dans l'arrêt *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487, à la p. 494, les dispositions en matière de fiducie de *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, chap. 227 (maintenant appelée *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*) ont été confirmées. Les fiducies légales mentionnées plus haut fournissent la protection voulue à leurs bénéficiaires et favorisent la réalisation d'objectifs sociaux salutaires que les provinces ont le pouvoir de poursuivre.

Le paragraphe 23(4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-8, crée une fiducie en des termes presque identiques à ceux de l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*. Dans *Re Deslauriers Construction Products Ltd.* (1970), 3 O.R. 599 (C.A.), le juge en chef Gale de l'Ontario a, au nom de la cour à l'unanimité, souligné que, selon la Loi, les sommes relatives au Régime de pensions sont réputées être détenues de manière séparée et distincte du patrimoine de l'employeur qu'elles [TRADUCTION] «ai[ent] ou non effectivement été conservé[es] dans un compte séparé et distinct des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens» et il ajoute, à la p. 601:

[TRADUCTION] [Ces mots ont] été inséré[s] dans la Loi expressément dans le but de soustraire de la masse des biens du failli, par la création d'une fiducie, un

creation of a trust and making those moneys the property of the Minister.

From this he drew the following conclusion at pp. 602-3:

In the *Canada Pension Plan* the fund is deemed to be property which does not comprise part of the bankruptcy at all, so that the Crown under that act is not a creditor, but is deemed to hold property which is not the property of the bankrupt.

Gale C.J.O.'s judgment was cited with approval by Pigeon J. writing for the majority in this Court in *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182, at p. 1198, who stated: "I find the reasoning in *Deslauriers* wholly persuasive . . ."

The provisions of s. 18 then should prevail unless they are in conflict with the provisions of the *Bankruptcy Act*. Sections 47 and 107 of the Act provide:

47. The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person;

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

The doctrine of federal paramountcy of legislation can only apply if there is actual conflict in the operation of the provincial and federal statutes. The principle was set forth in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191, by Dickson J., as he then was, in these words:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens

montant équivalent aux déductions et d'en faire la propriété du Ministre.

Puis il en conclut ceci, aux pp. 602 et 603:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Dans le *Régime de pensions du Canada*, les fonds sont présumés être des biens exclus de façon absolue de la faillite de sorte qu'en vertu de la Loi, Sa Majesté n'est pas un créancier, mais est réputée détenir un bien qui n'appartient pas au failli.

<sup>c</sup> Le juge Pigeon a, au nom de cette Cour à la majorité, cité et approuvé l'avis du juge en chef Gale dans l'arrêt *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, à la p. 1198, en affirmant: «Je trouve le raisonnement suivi dans l'arrêt *Deslauriers* tout à fait convaincant . . .»

<sup>d</sup> Les dispositions de l'art. 18 devraient donc prévaloir à moins d'incompatibilité avec celles de la *Loi sur la faillite*. Les articles 47 et 107 de la Loi sont ainsi conçus:

<sup>e</sup> 47. Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne,

<sup>f</sup> 107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli doivent être distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

<sup>g</sup> j) les réclamations, non précédemment mentionnées au présent article, de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada, *pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

<sup>i</sup> La théorie de la prépondérance de la loi fédérale ne peut s'appliquer que s'il y a un conflit véritable dans l'application des lois fédérale et provinciale. Ce principe a été énoncé dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, dans lequel le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme à la p. 191:

<sup>j</sup> En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens

are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

In this case there is no conflict as the property which was subject to s. 18 of the *Social Service Tax Act* never at any time became the property of the bankrupt and is therefore not subject to distribution as the property of the bankrupt pursuant to s. 107 of the *Bankruptcy Act*. On a plain reading of s. 47 of the *Bankruptcy Act* there is no conflict created by the two statutes.

It is true that this Court has in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, recognized and emphasized that provinces cannot, by means of their own legislation, create priorities under the *Bankruptcy Act*. However, s. 18 has not created a priority. It did no more than give statutory recognition to a valid trust. It then eliminated the necessity of setting up a separate bank account for sales tax moneys and substituted a system of registration and record-keeping to control these funds which never at any time belonged to the vendor trustee. That latter step did not alter the existence of the valid trust of the funds collected from the purchasers for payment to the province. I do not think that the decision in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, *supra*, can be taken to have altered the meaning of the words "property of the bankrupt" contained in s. 47 of the *Bankruptcy Act*.

This appears to be the opinion expressed by Anne E. Hardy, the author of *Crown Priority in Insolvency* (1986). She concedes that in the interest of consistency with *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, *supra*, the lien portion of the deemed trust section should probably be held to be ineffective on the bankruptcy of the trustee. Nonetheless at p. 107 she sets out her position in this way:

Thus, as a matter of interpretation, it is questionable to limit the scope of section 47(a) of the *Bankruptcy Act* to trusts which either exist in fact or do not benefit the Crown or a creditor whose claim is referred to in subsection 107(1) of the Act. Until the Act is amended to permit the courts to construe section 47 in this manner, they are probably not justified in taking this

d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

En l'espèce, il n'y a pas de conflit puisque le bien visé par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* n'est jamais devenu la propriété de la faillie et n'est donc pas sujet à répartition comme le sont les biens de la faillie en vertu de l'art. 107 de la *Loi sur la faillite*. Selon le sens clair de l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*, il n'y a pas de conflit entre les deux lois.

Il est vrai que, dans l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, cette Cour a reconnu et souligné que les provinces ne peuvent, par leurs propres lois, établir un ordre de priorité en vertu de la *Loi sur la faillite*. Cependant, l'art. 18 n'établit pas de priorité. Il ne fait rien de plus que reconnaître la validité d'une fiducie. Il élimine ainsi la nécessité d'établir un compte de banque distinct pour les montants de taxe de vente perçus en y substituant un système d'enregistrement et de comptabilité qui permet de contrôler ces fonds qui n'appartiennent jamais au marchand fiduciaire. Cette dernière mesure n'affecte pas la validité de la fiducie relative aux sommes perçues des acheteurs pour fins de versement à la province. Je ne crois pas qu'on puisse considérer que l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, précité, a changé le sens de l'expression «les biens d'un failli» figurant à l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*.

Cela semble être l'avis qu'exprime Anne E. Hardy, dans son ouvrage intitulé *Crown Priority in Insolvency* (1986). Elle reconnaît que si l'on se conforme à l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, précité, il faut tenir pour inopérante la disposition relative au privilège dans l'article qui traite de la fiducie réputée, en cas de faillite du fiduciaire. Néanmoins, elle exprime l'avis suivant, à la p. 107:

[TRADUCTION] Donc, il est douteux d'adopter une interprétation qui restreint la portée de l'alinéa 47a) de la Loi sur la faillite aux fiducies qui existent dans les faits ou à celles qui ne profitent pas à la Couronne ou à un créancier dont la réclamation est mentionnée au paragraphe 107(1) de la Loi. Tant que la Loi n'aura pas été modifiée pour permettre aux tribunaux d'interpréter

approach. The *Coopers & Lybrand* case therefore appears to be incorrectly decided. The judgments in most cases which have upheld statutory deemed trusts in bankruptcy and refused to rank the claims covered by them under subsection 107(1) of the Act are preferable.

As argued above, trusts should generally be upheld on the bankruptcy of the trustee regardless of the manner in which they arise. It is possible, however, that certain types be deemed trust provisions should be held to be ineffective and that a valid trust would therefore not come into existence. Most of the trust cases decided since *Re Bourgault* have distinguished that case because it did not discuss trust provisions or the relationship between the trusts covered by section 47(a) and subsection 107(1) of the Bankruptcy Act. Some of these decisions dealt with trust provisions under which an amount deemed to be held in trust had been made a lien and charge on the assets of the trustee.

That view should I think prevail.

Furthermore, it seems that the trust although imposed by statute contains all the essential characteristics required of a trust. In order for a trust to be recognized in equity, there had to be three fundamental aspects complied with, that is to say there had to be certainty of intention, certainty of subject matter and certainty of objects. It is conceded that the statute establishes certainty of intention and of object. The respondent argues that there cannot be certainty of subject matter because the trust property cannot be identified and that thus trust in the traditional sense has not come into existence. However, here the subject matter was clearly identified at the moment of the sales by the vendor (Tops). The only issue that remained was whether or not the trust property could be identified so that such a trust could succeed in a tracing action. This subject matter was addressed by Professor Waters in the *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 119-22:

When the courts say that there must be certainty of subject-matter, they mean that the property must either

ainsi l'article 47, il ne leur sera probablement pas possible de le faire. L'arrêt *Coopers & Lybrand* semble donc critiquable. Les décisions plus nombreuses qui ont confirmé la validité des fiducies légales réputées, en cas de faillite, et refusé d'établir la priorité des réclamations qui y sont assujetties selon le paragraphe 107(1) de la Loi sont préférables.

Comme je l'ai déjà dit, il faut généralement confirmer les fiducies en cas de faillite du fiduciaire quelle que soit leur origine. Il est toutefois possible que certains types de dispositions relatives aux fiducies réputées doivent être tenus pour inopérants et qu'une fiducie valide ne voie pas le jour. Dans la plupart des décisions qui ont porté sur des fiducies depuis la décision *Re Bourgault*, on a établi des distinctions d'avec cette dernière puisque celle-ci ne traitait pas des dispositions portant fiducie ou du lien entre les fiducies visées par l'alinéa 47a) et le paragraphe 107(1) de la Loi sur la faillite. Certaines de ces décisions portaient sur des dispositions en matière de fiducie en vertu desquelles une somme réputée détenue en fiducie constituait un privilège et une sûreté grevant les biens du fiduciaire.

C'est l'avis qu'il faut, selon moi, adopter.

De plus, il semble que même si elle est imposée par la loi, la fiducie comporte toutes les caractéristiques essentielles requises d'une fiducie. Pour être valide en *equity*, la fiducie devait remplir trois conditions fondamentales: il devrait y avoir certitude quant à l'intention, certitude quant aux biens sujets à la fiducie et certitude quant aux bénéficiaires. On reconnaît que la Loi établit la certitude quant à l'intention et la certitude quant au bénéficiaire. L'intimée soutient qu'il ne peut y avoir de certitude quant aux biens sujets à la fiducie puisqu'il est impossible d'identifier les biens en fiducie et qu'en conséquence aucune fiducie, au sens traditionnel du terme, n'a vu le jour. Cependant, en l'espèce, les biens sujets à la fiducie ont été clairement identifiés au moment des ventes effectuées par le marchand (Tops). La seule question qu'il restait à résoudre était de savoir si les biens en fiducie pouvaient être identifiés de manière à ce que cette fiducie puisse avoir gain de cause dans une action en droit de suite. Le professeur Waters a abordé cette question dans l'ouvrage intitulé *Law of Trusts in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), aux pp. 119 à 122:

[TRADUCTION] Quand les tribunaux affirment qu'il doit y avoir certitude quant aux biens sujets à la fiducie,

be described in the trust instrument, or there must be "a formula or method given for identifying it."

In determining certainty, what the courts are looking for is the certainty of concept rather than whether it is too difficult to ascertain the subject-matter.

He distinguishes this question from the tracing issue:

Initial ascertainability does not exist, so far as case law is concerned, unless specific property is earmarked as *the* trust property. Once this has occurred, and the trust has come into effect, the trust beneficiary can trace that property, whether it is converted into other forms, or, if money, it is mixed with other funds. [Emphasis in original.]

There can be no doubt that the statute provides a clear formula for establishing the trust property, that is to say the sales tax, and therefore certainty of subject matter does indeed exist. The three certainties of intention, object and subject matter are thus established by statute. It could not be said that funds which were collected by Tops for sales tax became the property of Tops on the ground that the certainties required of a trust by equity do not exist as the statute has validly created them.

Neither could it be said that the statutory trust funds (the sales tax collected) became the property of the bankrupt Tops by reason of the fact that Tops improperly mingled those funds with its own property. In equity, funds mingled in this way remained impressed with their trust obligations. This left the beneficiary with two possible recourses against the trustee for its wrongful conduct. The beneficiary might either seek to recover the trust property by itself through the remedy of tracing or might choose instead to seek compensation for the loss by means of an action against the trustee.

Although there is some dispute as to whether common law funds can be "followed" once they have been mixed with the defendant's own funds, in equity those monies can be traced "either as a

ils veulent dire que ces biens doivent être décrits dans l'acte de fiducie ou qu'il doit «exister une formule ou méthode permettant de les identifier.»

<sup>a</sup> Pour déterminer la certitude, les tribunaux s'intéressent à la certitude de notion plutôt qu'à la question de savoir s'il est trop difficile de vérifier quels sont les biens sujets à la fiducie.

<sup>b</sup> Il distingue cette question de celle du droit de suite:

[TRADUCTION] Selon la jurisprudence, il n'y a aucune possibilité de vérification au départ s'il n'y a pas de biens précis définis comme étant *les* biens en fiducie. Du moment que cela a été fait et que la fiducie a vu le jour, son bénéficiaire peut exercer un droit de suite sur ces biens, peu importe que ceux-ci aient été transformés ou, s'il s'agit d'une somme d'argent, qu'elle ait été confondue avec d'autres fonds. [En italique dans l'original.]

<sup>d</sup> Il n'y a pas de doute que la Loi établit un moyen clair de déterminer le bien qui est en fiducie, c'est-à-dire la taxe de vente, de sorte qu'il y a certitude quant au bien sujet à la fiducie. Les trois certitudes, savoir la certitude quant à l'intention, la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et la certitude quant au bénéficiaire sont établies par la Loi. On ne saurait dire que les montants de taxe de vente perçus par Tops sont devenus sa propriété parce que les certitudes requises pour qu'il y ait fiducie en *equity* n'existent pas puisque la Loi les a validement établies.

<sup>g</sup> On ne saurait dire non plus que les fonds en fiducie légale (la taxe de vente perçue) sont devenues la propriété de la faillie Tops du fait que celle-ci les a confondus, à tort, avec ses propres biens. En *equity*, les fonds ainsi confondus demeurent assujettis aux obligations découlant de la fiducie. Dans ce cas, le bénéficiaire disposait de deux recours possibles contre le fiduciaire en raison de la conduite injustifiée de ce dernier. Le bénéficiaire pourrait soit chercher à récupérer les biens en fiducie eux-mêmes par action en droit de suite ou il pourrait choisir de se faire indemniser de la perte par action intentée contre le fiduciaire.

<sup>j</sup> Bien qu'il y ait une certaine controverse quant à savoir si, en *common law*, ces fonds sont susceptibles de droit de suite après avoir été confondus avec les propres fonds du défendeur, en *equity* ces



separate fund or as part of a mixed fund or as latent in property acquired by means of such a fund": *Re Diplock's Estate*, [1948] Ch. 465, at p. 521, [1948] 2 All E.R. 318, at p. 347 (C.A.), *per* Lord Green M.R.; *aff'd sub nom. Min. of Health v. Simpson*, [1951] A.C. 251, [1950] 2 All E.R. 1137 (H.L.) The limits to a tracing action are largely fixed by the difficulties and ultimately the prohibitive excuse of providing the necessary accounts. See D. W. M. Waters, *supra*, at pp. 1037 ff. There is no reason why a statutorily constituted trust cannot provide an advantage over a privately constituted trust by recognizing the existence of the trust in property held by the trustee without requiring the beneficiary to undertake the often inordinately expensive action of tracing commingled funds. This advantage should not deprive the statutory trust property of its trust character or take it outside the policies articulated in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, *supra*, and *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061. It would thus seem that the statutory trust complies with the requirements of a valid trust that would be recognized in equity.

If, as stated in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, mechanics' liens or construction liens may be recognized, although it would be impossible to trace the funds of the sub-contractors in the commingled accounts of the general contractor, so too should the statutory trust pertaining to sales tax be recognized.

Nor will such a conclusion create practical problems. If the proposed trustee in bankruptcy is faced with the question as to whether or not the assets are subject to a trust, an application may be made to the court to determine that issue at the outset of the proceedings. Further, if there is a dispute between those claiming a trust interest it can be determined on the basis of priority predicated upon the date on which the trust arose.

sommes peuvent faire l'objet d'un droit de suite [TRADUCTION] «soit à titre de sommes distinctes, soit à titre de sommes confondues ou à titre de bien caché dans les biens acquis avec ces sommes»: *Re Diplock's Estate*, [1948] Ch. 465, à la p. 521, [1948] 2 All E.R. 318, à la p. 347 (C.A.), le maître des rôles lord Greene, décision confirmée sous l'intitulé *Min. of Health v. Simpson*, [1951] A.C. 251, [1950] 2 All E.R. 1137 (H.L.) Les difficultés et, en fin de compte, le coût prohibitif de la comptabilité nécessaire fixent dans une large mesure les limites de l'action en droit de suite. Voir D. W. M. Waters, précité, aux pp. 1037 et suiv. Rien n'interdit qu'une fiducie établie par la loi offre un avantage sur une fiducie établie par un particulier en reconnaissant l'existence d'une fiducie à l'égard des biens détenus par le fiduciaire sans que le bénéficiaire ait à engager l'action excessivement coûteuse en droit de suite sur les sommes confondues. Cet avantage ne devrait pas dépouiller les biens en fiducie légale de leur caractère fiduciaire ni les soustraire à l'application des principes énoncés dans les arrêts *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, précité, et *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061. Il semblerait donc que les fiducies établies par la loi remplissent les conditions de validité des fiducies reconnues en equity.

Si comme on le dit dans l'arrêt *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, il est possible de reconnaître un privilège de constructeur malgré l'impossibilité de retracer les sommes des sous-traitants dans les comptes confondus de l'entrepreneur général, il faut aussi reconnaître l'existence de la fiducie légale relative à la taxe de vente.

Cette conclusion ne crée pas non plus de problème pratique. Si le syndic de faillite proposé doit déterminer si les biens font l'objet d'une fiducie, il pourra s'adresser aux tribunaux pour faire trancher cette question dès le début des procédures. De plus, s'il surgit un différend entre ceux qui invoquent une fiducie, il pourra être résolu en fonction de l'ordre de priorité qui découle de la date à laquelle la fiducie a vu le jour.

Disposition

I conclude therefore that the trust described in s. 18 of the British Columbia *Social Service Tax Act* is not in any sense a claim against the property of the bankrupt so as to conflict with the policy underlying s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* as that policy has been expounded in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville; Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board* and *Federal Business Development Bank v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)* for the following reasons:

- (a) the sums constituting the trust were never the property of the bankrupt, but were transferred from purchasers of vehicles to the provincial Crown, for whom Tops acted as trustee, in satisfaction of an obligation incurred by those purchasers;
- (b) the trust was validly constituted in that it complied with the three certainties required of trusts by the law of equity: s. 18 of the *Social Service Tax Act* does not dispense with those certainties, but conforms to them, in the same way that a contractual trust instrument must;
- (c) the only relevant distinction between this statutory trust and a contractual express trust lies in the deemed tracing remedy provided by the statute. The existence of this remedy
  - (i) does not negate the trusts;
  - (ii) is largely facilitative and thus does not take the trust out of the policy enunciated in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville; Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board* and *Federal Business Development Bank v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*;
- (d) the trust therefore properly falls within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* and outside the property of the bankrupt, as that term is to be understood in light of the policy underlying s. 107(1) of the Act.

I would therefore answer the constitutional question as follows:

Dispositif

Je conclus donc que la fiducie décrite à l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* ne constitue nullement une réclamation contre les biens de la faillie de manière à entrer en conflit avec le principe sous-jacent du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, énoncé dans les arrêts *Sous-ministre du Revenu c. Rainville, Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board* et *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, pour les motifs suivants:

- a) les sommes en fiducie ne sont jamais devenues la propriété de la faillie, mais elles sont passées des acquéreurs de véhicules à Sa Majesté du chef de la province, pour le compte de laquelle Tops agissait en qualité de fiduciaire, conformément à une obligation contractée par ces acquéreurs;
- b) la fiducie a été constituée régulièrement parce qu'elle comportait les trois certitudes requises pour qu'il y ait fiducie en *equity*; l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* ne dispense pas de satisfaire à ces trois certitudes, mais les respecte de la même manière qu'un acte de fiducie conventionnel doit le faire;
- c) la seule différence pertinente entre cette fiducie légale et une fiducie conventionnelle expresse réside dans le recours réputé en droit de suite qu'accorde la Loi. L'existence de ce recours
  - i) ne rend pas la fiducie nulle;
  - ii) est surtout auxiliaire et ne soustrait donc pas la fiducie à l'application du principe énoncé dans les arrêts *Sous-ministre du Revenu c. Rainville, Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, et *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*;
- d) la fiducie relève donc de l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* et ne fait pas partie des biens du failli au sens que doit avoir cette expression selon le principe qui sous-tend le par. 107(1) de la Loi.

Je suis donc d'avis de répondre ainsi à la question constitutionnelle:

Are the provisions of s. 18(1) of the *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, as amended, inoperative by reason of being in conflict with s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3?

Answer: No.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and that of the chambers judge and direct that the special case be answered "the defendant was not correct in granting the Canadian Imperial Bank of Commerce priority over the statutory trust of the plaintiff."

*Appeal dismissed, CORY J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Department of the Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

Les dispositions du par. 18(1) de la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 388 et ses modifications, sont-elles inopérantes pour le motif qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3?

Réponse: Non

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et la décision rendue par le juge en chambre et d'ordonner de répondre ceci à l'exposé de cause: «la défenderesse a eu tort d'accorder à la Banque canadienne impériale de commerce la priorité sur la fiducie légale de la demanderesse».

*Pourvoi rejeté, le juge CORY est dissident.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le ministère du Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

**The Auditor General of Canada** *Appellant*

v.

**The Minister of Energy, Mines and Resources, the Minister of Finance, the Deputy Minister of Energy, Mines and Resources, and the Deputy Minister of Finance** *Respondents*

INDEXED AS: CANADA (AUDITOR GENERAL) v. CANADA (MINISTER OF ENERGY, MINES AND RESOURCES)

File No.: 20304.

1988: October 7; 1989: August 10.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Crown — Auditor General — Access to information — Auditor General seeking to obtain access to Crown corporation's records and to Cabinet documents relating to the purchase of an oil company — Whether the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information — Whether reporting remedy only remedy available to Auditor General when his right of access to information denied — Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, ss. 7(1)(b), 13(1).*

*Constitutional law — Role of the courts — Judicial review of federal auditing process — Dispute between Parliament and Auditor General — Auditor General denied access to Crown corporation's records and to Cabinet documents relating to the purchase of an oil company — Whether the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information — Whether courts proper remedial forum — Whether reporting remedy only remedy available to Auditor General when his right of access to information is denied — Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, ss. 7(1)(b), 13(1).*

In 1981 Petro-Canada, a Crown corporation and an agent of Her Majesty, acquired Petrofina for \$1.7 billion. The ultimate funding for the takeover came from Parliament in the form of Vote 5c, Schedule to *Appropriation Act No. 4, 1980-81*. Vote 5c created a non-budgetary trust account from which payments were

**Le vérificateur général du Canada** *Appellant*

c.

**Le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, le ministre des Finances, le sous-ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources et le sous-ministre des Finances** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CANADA (VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL) c. CANADA (MINISTRE DE L'ÉNERGIE, DES MINES ET DES RESSOURCES)

N° du greffe: 20304.

c 1988: 7 octobre; 1989: 10 août.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Couronne — Vérificateur général — Accès à l'information — Le vérificateur général cherche à obtenir accès aux dossiers d'une société d'État et aux documents du Cabinet relatifs à l'acquisition d'une société pétrolière — Le vérificateur général a-t-il un droit d'accès à l'information qu'il peut faire valoir devant les tribunaux? — Le rapport à la Chambre des communes est-il le seul recours dont dispose le vérificateur général lorsque son droit d'accès à l'information lui est nié? — Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, chap. 34, art. 7(1)(b), 13(1).*

*Droit constitutionnel — Rôle des tribunaux — Contrôle judiciaire du processus de vérification fédérale — Différend entre le Parlement et le vérificateur général — Accès aux dossiers d'une société d'État et aux documents du Cabinet relatifs à l'acquisition d'une société pétrolière refusé au vérificateur général — Le vérificateur général a-t-il un droit d'accès à l'information qu'il peut faire valoir devant les tribunaux? — Les cours de justice sont-elles une tribune appropriée? — Le rapport à la Chambre des communes est-il le seul recours dont dispose le vérificateur général lorsque son droit d'accès à l'information lui est nié? — Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, chap. 34, art. 7(1)(b), 13(1).*

En 1981, Petro-Canada, une société d'État et une mandataire de Sa Majesté, a acquis Petrofina pour 1,7 milliard de dollars. Le financement définitif est venu du Parlement sous la forme du crédit 5c de l'annexe de la *Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits*. Le crédit 5c a créé un compte non budgétaire de fiducie

made to Petro-Canada for the purchase of Petrofina. The Auditor General audited the trust account and, pursuant to s. 7(2)(d) of the *Auditor General Act* ("the Act"), sought to ascertain whether due regard to economy had been demonstrated and value for money achieved in using \$1.7 billion of public funds to acquire Petrofina. In its 1982 and 1983 Reports, the Auditor General indicated that his request for certain documentation relevant to an evaluation of the transaction had been denied by the Department of Energy, Mines and Resources and by senior officials of Petro-Canada. The Auditor General was of the view that he was entitled to that information by virtue of s. 13(1) of the Act which provides that "the Auditor General is entitled to free access at all convenient times to information that relates to the fulfilment of his responsibilities". The Auditor General's attempts, under s. 14(1) and (2) of the Act, to obtain the missing information from Petro-Canada's auditors and from Petro-Canada were unsuccessful and the Governor in Council declined to exercise its s. 14(3) power to assist the Auditor General by ordering Petro-Canada to provide the information. The Auditor General then sought to obtain the information through the judicial process. He was successful in the Federal Court, Trial Division but that judgment was reversed by the Federal Court of Appeal. This appeal is to determine whether, under s. 13(1) of the Act, the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information including the records of Petro-Canada and Cabinet documents which relate to the acquisition of Petrofina by Petro-Canada. No issue affecting the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* arose in this case.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Auditor General has no recourse to the courts in the event of the refusal by Parliament, responsible Ministers, and the Governor in Council to make available to him all of the documentation he may seek in what he regards as the discharge of his responsibilities in auditing the accounts of Canada. It is reasonable to interpret s. 7(1)(b) of the Act as the Auditor General's final remedy for claimed denials of s. 13(1) entitlements. Section 7(1)(b) provides that "The Auditor General shall report annually to the House of Commons . . . on whether, in carrying on the work of his office, he received all the information . . . required." The linkage between s. 13(1) (the asserted right) and s. 7(1)(b) (the

auquel devaient être imputés les versements faits à Petro-Canada en vue de l'acquisition de Petrofina. Le vérificateur général a vérifié le compte de fiducie et, en application de l'al. 7(2)d) de la *Loi sur le vérificateur général* («la Loi»), il a voulu s'assurer que les principes de l'économie avaient été dûment respectés et qu'il y avait eu optimisation des ressources dans l'utilisation de 1,7 milliard de dollars de fonds publics pour acquérir Petrofina. Dans ses rapports de 1982 et de 1983, le vérificateur général a indiqué que ses demandes visant à obtenir certains documents relatifs à l'évaluation de l'opération lui ont été refusées par le ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources et par des cadres supérieurs de Petro-Canada. Le vérificateur général estimait avoir droit à ces renseignements en vertu du par. 13(1) de la Loi qui dispose que «le vérificateur général a le droit, à tout moment convenable, de prendre connaissance librement de tout renseignement se rapportant à l'exercice de ses fonctions». Les tentatives du vérificateur général, fondées sur les par. 14(1) et (2) de la Loi, d'obtenir les renseignements manquants des vérificateurs de Petro-Canada et de Petro-Canada elle-même ont été infructueuses et le gouverneur en conseil a refusé d'exercer son pouvoir en vertu du par. 14(3) de venir en aide au vérificateur général en ordonnant à Petro-Canada de fournir les renseignements. Le vérificateur général a alors cherché à obtenir les renseignements grâce au processus judiciaire. Il a eu gain de cause devant la Section de première instance de la Cour fédérale, mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel fédérale. Le présent pourvoi vise à déterminer si, en vertu du par. 13(1) de la Loi, le vérificateur général bénéficie d'un droit d'accès aux renseignements relatifs à l'acquisition de Petrofina, y compris des dossiers de Petro-Canada et des documents du Cabinet, qu'il peut faire valoir devant les tribunaux. Il ne se pose en l'espèce aucune question relative à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le vérificateur général ne peut pas s'adresser aux tribunaux dans les cas où le Parlement, les ministres responsables et le gouverneur en conseil refusent de lui communiquer toute la documentation voulue dans ce qu'il considère comme l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada. Il est raisonnable d'interpréter l'al. 7(1)b) comme le seul recours du vérificateur général en cas de refus opposé aux droits conférés par le par. 13(1). L'alinéa 7(1)b) prévoit que «Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel [. . .] il indique s'il a reçu, dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés». Le lien

statutory remedy), and the extent to which the reporting remedy is part of a comprehensive remedial code, indicate that the remedy was meant to be exclusive. The Auditor General can report on difficulties in obtaining information at any stage, even if other remedies are simultaneously being pursued, and the House of Commons can act at any time. However, once the ss. 13 and 14 remedies have been exhausted in relation to particular information, the only remedy left to the Auditor General is the s. 7(1)(b) reporting remedy.

Not only is the text of the Act conducive to such an interpretation, but also, in the circumstances, a political remedy of this nature is an adequate alternative remedy. The Auditor General is acting on Parliament's behalf carrying out a quintessentially Parliamentary function—namely, the oversight of executive spending pursuant to Parliamentary appropriations. Where the exercise of this auditing function involves the Auditor General in a dispute with the Crown, this is in essence a dispute between the legislative and executive branches of the federal government. Section 7(1)(b) is the means by which Parliament itself retains control over the position it wishes to take in such a dispute. Therefore, where Parliament has indicated in the Act that it wishes its own servant to report to it on denials of access to information needed to carry out his functions on Parliament's behalf, it would not be appropriate for this Court to consider granting remedies for such denials, if they, in fact, exist. For this Court to order access to information for the Auditor General would be, in effect, to overrule a decision of the House of Commons not to act in his matter and to disturb the balance of constitutional powers between the executive and legislative branches of government. The fact that the executive, through its control of a House of Commons majority may in practice dictate the position the House of Commons takes on the scope of Parliament's auditing function is not constitutionally cognizable by the judiciary. The *grundnorm* with which the courts must work in this context is that of the sovereignty of Parliament. The ministers of the Crown hold office with the grace of the House of Commons and any position taken by the majority must be taken to reflect the sovereign will of Parliament.

The adequacy of the s. 7(1)(b) remedy must not be underestimated. A report by the Auditor General to the House of Commons that the government of the day has refused to provide information brings the matter to

entre le par. 13(1) (le droit allégué) et l'al. 7(1)b) (le recours résultant de la loi), et la mesure dans laquelle le recours que constitue le rapport fait partie d'un code global de dispositions réparatrices, indiquent que le recours était conçu comme exclusif. Le vérificateur général peut faire rapport sur les difficultés qu'il a à obtenir des renseignements à tout stade, même s'il se sert d'autres recours simultanément, et la Chambre des communes peut agir en tout temps. Toutefois, lorsque les recours prévus aux art. 13 et 14 ont été épuisés à l'égard d'un renseignement donné, l'unique redressement offert au vérificateur général est le rapport visé à l'al. 7(1)b).

Non seulement le texte de la Loi se prête-t-il à une telle interprétation mais aussi, dans les circonstances, un recours politique de cette nature constitue un recours approprié. Le vérificateur général agit au nom du Parlement dans l'exercice d'une fonction essentiellement parlementaire, savoir la surveillance des dépenses de l'exécutif conformément aux affectations de crédits votées par le Parlement. Tout différend opposant le vérificateur général à la Couronne au sujet de cette fonction est, fondamentalement, un différend entre les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement fédéral. L'alinéa 7(1)b) est le moyen qu'a choisi le Parlement pour conserver la maîtrise de la position qu'il souhaite adopter en pareil cas. Par conséquent, lorsque le Parlement a indiqué dans la Loi qu'il désire que son préposé lui fasse rapport des refus d'accès aux renseignements nécessaires à l'exécution de ses fonctions pour le compte du Parlement, il ne serait pas opportun que cette Cour envisage d'accorder réparation, le cas échéant, pour de tels refus. Ordonner que le vérificateur général ait accès aux renseignements équivaldrait à infirmer la décision de la Chambre des communes de ne pas intervenir dans cette affaire, et à perturber l'équilibre constitutionnel entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. La possibilité que l'exécutif, grâce à sa majorité à la Chambre des communes, dicte en pratique à cette dernière la position qu'elle doit prendre quant à l'étendue des attributions du Parlement en matière de vérification ne relève pas, sur le plan constitutionnel, de la compétence du judiciaire. La règle fondamentale que les tribunaux doivent appliquer dans ce contexte est celle de la souveraineté du Parlement. Les ministres de la Couronne restent en fonction suivant le bon vouloir de la Chambre des communes et toute position qu'adopte la majorité est censée refléter la volonté souveraine du Parlement.

Le caractère approprié du recours fondé sur l'al. 7(1)b) ne doit pas être sous-estimé. En révélant dans son rapport à la Chambre des communes que le gouvernement en place a refusé d'accéder à ses demandes de

public attention. It is open to the Opposition in Parliament to make the issue part of the public debate. The Auditor General's complaint that the government has not been willing to provide all the information requested may, as a result, affect the public's assessment of the government's performance. Thus, the s. 7(1)(b) remedy has an important role to play in strengthening Parliament's control over the executive with respect to financial matters.

### Cases Cited

**Considered:** *Temple v. Bulmer*, [1943] S.C.R. 265; *British Railways Board v. Pickin*, [1974] A.C. 765; *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; **distinguished:** *British Columbia Development Corp. v. Friedmann, Ombudsman*, [1984] 2 S.C.R. 447; **referred to:** *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] S.C.R. 652; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Schedule I).  
*Act to amend the Financial Administration Act in relation to Crown corporation and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1984, c. 31, s. 14 (Schedule II, Item 40(9), (14)).  
*Appropriation Act No. 4, 1980-81*, S.C. 1980-81-82-83, c. 51, Schedule, Vote 5c.  
*Auditor General Act*, S.C. 1976-77, c. 34, ss. 3, 5, 6 [rep. & subs. 1980-81-82-83, c. 170, s. 25], 7, 8, 13, 14.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.3 [ad. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4 (Schedule III)].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 33.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(6).  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 134(1).  
*Petro-Canada Act*, S.C. 1974-75-76, c. 61, ss. 14, 17, 26.  
*Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Schedule II).

### Authors Cited

Canada. Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.

renseignements, le vérificateur général porte l'affaire à l'attention du public. L'Opposition au Parlement est alors libre d'en faire un objet de débat. La plainte que le vérificateur général porte à l'endroit du gouvernement pour n'avoir pas voulu lui fournir tous les renseignements réclamés peut influencer sur l'évaluation que l'opinion publique fait de la performance de ce gouvernement. Le recours fondé sur l'al. 7(1)(b) joue donc un rôle important en renforçant le contrôle du Parlement sur l'exécutif en ce qui touche les questions financières.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Temple v. Bulmer*, [1943] R.C.S. 265; *British Railways Board v. Pickin*, [1974] A.C. 765; *Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; **distinction d'avec l'arrêt:** *British Columbia Development Corp. c. Friedmann, ombudsman*, [1984] 2 R.C.S. 447; **arrêts mentionnés:** *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] R.C.S. 652; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 33.  
*Loi modifiant la Loi sur l'administration financière à l'égard des sociétés d'État et modifiant d'autres lois en conséquence*, S.C. 1984, chap. 31, art. 14 (annexe II, nos 40(9), 40(14)).  
*Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 51, annexe, crédit 5c.  
*Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 (annexe I).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 28(6).  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 134(1).  
*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.3 [aj. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4 (annexe III)].  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 (annexe II).  
*Loi sur la Société Petro-Canada*, S.C. 1974-75-76, chap. 61, art. 14, 17, 26.  
*Loi sur le vérificateur général*, S.C. 1976-77, chap. 34, art. 3, 5, 6 [abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 170, art. 25], 7, 8, 13, 14.

### Doctrine citée

Canada. Vérificateur général. *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.

Canada. Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.

Cane, Peter. *An Introduction to Administrative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.

Canada. Vérificateur général. *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1983.

Cane, Peter. *An Introduction to Administrative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 1 F.C. 406, 35 D.L.R. (4th) 693, 73 N.R. 241, setting aside a judgment of the Trial Division, [1985] 1 F.C. 719, 23 D.L.R. (4th) 210. Appeal dismissed.

*Gordon F. Henderson, Q.C., Emilio Binavince and Martin Mason*, for the appellant.

*W. I. C. Binnie, Q.C., and Graham R. Garton, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal raises an issue as to the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government. The appellant in the proceedings is the Auditor General of Canada, appointed pursuant to s. 3 of the *Auditor General Act*, S.C. 1976-77, c. 34. As such he is the auditor of the accounts of Canada and is required to make such examinations and inquiries as he considers necessary to enable him to report annually to the House of Commons, calling attention, *inter alia*, to any cases in which he has observed that money has been expended without due regard to economy or efficiency. The respondents in the proceedings are the Minister of Energy, Mines and Resources, and his Deputy Minister, and the Minister of Finance, and his Deputy Minister. The issue before the Court is whether the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information including the records of Petro-Canada and Cabinet documents which relate to the acquisition of Petrofina Canada Inc. by Petro-Canada.

b

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 1 C.F. 406, 35 D.L.R. (4th) 693, 73 N.R. 241, qui a infirmé un jugement de la Section de première instance, [1985] 1 C.F. 719, 23 D.L.R. (4th) 210. Pourvoi rejeté.

*Gordon F. Henderson, c.r., Emilio Binavince et Martin Mason*, pour l'appellant.

d

*W. I. C. Binnie, c.r., et Graham R. Garton, c.r.*, pour les intimés.

e par

Version française du jugement de la Cour rendu

f

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi soulève la question du rôle légitime du pouvoir judiciaire et de ses rapports constitutionnels avec les autres branches du gouvernement. L'appellant est le vérificateur général du Canada, nommé en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur le vérificateur général*, S.C. 1976-77, chap. 34. Chargé à ce titre de la vérification des comptes du Canada, il est tenu d'effectuer les examens et enquêtes qu'il juge nécessaires pour lui permettre de préparer, à l'intention de la Chambre des communes, un rapport annuel dans lequel il signale notamment les cas où il a constaté que des sommes d'argent ont été dépensées sans égard à l'économie ou à l'efficacité. Les intimés sont le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources et son sous-ministre, ainsi que le ministre des Finances et son sous-ministre. La question en litige devant la Cour est de savoir si le vérificateur général bénéficie d'un droit d'accès aux renseignements relatifs à l'acquisition de Petrofina Canada Inc. par Petro-Canada, y compris des dossiers de Petro-Canada et des documents du Cabinet, droit qu'il peut faire valoir devant les tribunaux.

j



Petro-Canada is a Crown corporation incorporated under the *Petro-Canada Act*, S.C. 1974-75-76, c. 61, and an agent of Her Majesty. Its accounts are regularly audited not by the appellant, but by external auditors, Peat Marwick Mitchell. The accounts of Petro-Canada are not consolidated with the accounts of Canada. Section 17 of the *Petro-Canada Act* provides specifically that its officer, agents and employees shall be deemed not to be employed in the Public Service of Canada.

Over a period of several years, the appellant sought, without success, to obtain access to Petro-Canada and Cabinet documents relating to the purchase by Petro-Canada of shares and property of Petrofina Canada Inc. in 1981. Having failed to obtain the documents he sought through the political process, the appellant decided to invoke the powers of the courts and obtain the documents through the judicial process. He was successful in the Trial Division of the Federal Court of Canada, [1985] 1 F.C. 719, but that judgment was reversed in the Federal Court of Appeal, [1987] 1 F.C. 406, and the matter is now before this Court by leave.

Associate Chief Justice Jerome in the Trial Division stated the issue in these terms (at p. 724):

The issue in this case, in the briefest possible terms, is whether the right of access to information, given to the Auditor General of Canada in section 13 of the *Auditor General Act*, S.C. 1976-77, c. 34, takes precedence over or must defer to the convention of confidence of the Queen's Privy Council for Canada.

Hugessen J. in the Federal Court of Appeal saw another issue underlying the question stated by the trial judge, and which required to be answered first, namely (at p. 427):

It is to know the nature and extent of the responsibilities of the Auditor General. More particularly, it is to know whether the Auditor General's duty to make examinations and inquiries and to report to the House of Commons includes the responsibility to follow the use which has been made of public funds beyond their immediate or first recipient through to their ultimate beneficiary in order to determine whether the Canadian people have had value for their money.

Petro-Canada est une société d'État constituée en vertu de la *Loi sur la Société Petro-Canada*, S.C. 1974-75-76, chap. 61, et mandataire de Sa Majesté. Ses comptes sont régulièrement vérifiés, non par l'appelant, mais par un vérificateur externe, le cabinet Peat Marwick Mitchell, nommé en vertu de cette loi. Les comptes de Petro-Canada ne sont pas consolidés avec les comptes du Canada. L'article 17 de la *Loi sur la Société Petro-Canada* prévoit expressément que ses cadres, mandataires et employés sont censés ne pas être employés dans la fonction publique du Canada.

Pendant plusieurs années, l'appelant a tenté, en vain, d'obtenir l'accès à des documents de Petro-Canada et du Cabinet se rapportant à l'achat en 1981 d'actions et de biens de Petrofina Canada Inc. par Petro-Canada. Après avoir échoué par la voie politique, l'appelant a décidé de recourir aux pouvoirs des tribunaux et d'obtenir les documents grâce au processus judiciaire. Il a eu gain de cause devant la Section de première instance de la Cour fédérale, [1985] 1 C.F. 719, mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel fédérale, [1987] 1 C.F. 406, d'où le pourvoi interjeté sur autorisation devant cette Cour.

Le juge en chef adjoint Jerome, de la Section de première instance, a formulé la question en litige de la façon suivante (à la p. 724):

Résumée en très peu de mots, la question litigieuse qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le droit à l'accès à des documents, qui est conféré au vérificateur général du Canada par l'article 13 de la *Loi sur le vérificateur général*, S.C. 1976-77, chap. 34, a préséance ou non sur la convention sur le secret du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

En Cour d'appel fédérale, le juge Hugessen a estimé nécessaire de trancher au préalable une question sous-jacente à celle que posait le juge de première instance (à la p. 427):

... à savoir quelle est la nature et l'étendue des obligations dévolues au vérificateur général. De façon plus précise, il s'agit de savoir si l'obligation faite au vérificateur général d'effectuer des examens et des enquêtes et de faire rapport à la Chambre des communes implique que celui-ci doive suivre l'utilisation des fonds publics depuis leur allocation première ou immédiate jusqu'à leur ultime bénéficiaire afin de déterminer s'il y a eu un emploi rentable des deniers publics.

Before broaching that subject, an even more fundamental question must be answered, namely, whether the issue raised by the Auditor General is, in fact, justiciable. What is really at issue in this case is the appropriateness of the Court assuming the role of arbiter in resolving a dispute between Parliament and a parliamentary servant, albeit of high rank. Can, or should, the courts give the Auditor General access to (and therefore disclosure of) documents, including Cabinet documents, which the Governor in Council has denied him? Are the Auditor General's demands ones which ought properly to be determined by the courts or by the House of Commons? In other words, are the claims which the Auditor General seeks to invoke legally enforceable?

Only after those questions have been answered does one reach the issue as to the nature of the Auditor General's role in the Parliamentary system of checks and balances and, more precisely, the extent to which an Auditor General may evaluate the pre-legislative decision-making process to see if value for money for post-appropriation expenditures has been obtained. The Auditor General here is claiming access, *inter alia*, to Cabinet documents which were generated prior to Parliament's appropriation of the funds for the Petrofina acquisition. He claims that this information is relevant to an evaluation of the transactions between the two oil companies (i.e., one step beyond the two transactions between the Minister of Energy, Mines and Resources and Petro-Canada) which is a legitimate part of auditing the Canadian Ownership Account. The respondents claim that the Auditor General's claim is really a thinly-veiled assertion that he may "audit" whether Cabinet decisions and Parliament's own appropriation were fiscally wise, a position incompatible with his role as a servant of Parliament, not its overseer; the Auditor General's claim also amounts to a claim that an auditor general may audit the accounts of a Crown corporation, even though that corporation already has its own auditor.

Avant toutefois d'aborder ce sujet, il nous faut répondre à la question encore plus fondamentale de savoir si, en fait, la question soulevée par le vérificateur général peut être soumise aux tribunaux. Il faut en réalité se demander s'il est opportun que la Cour assume le rôle d'arbitre en tranchant un litige entre le Parlement et un préposé du Parlement, fût-il de haut rang. Les tribunaux peuvent-ils ou devraient-ils permettre au vérificateur général d'avoir accès à des documents (et partant, autoriser la divulgation de ceux-ci), y compris des documents du Cabinet, lorsque le gouverneur en conseil le lui a refusé? Qui, des tribunaux ou de la Chambre des communes, peut être valablement saisi des demandes du vérificateur général? En d'autres termes, est-il possible de faire valoir ces demandes en justice?

Ce n'est qu'après avoir répondu à cela que se posera la question de la nature du rôle que joue le vérificateur général dans le système parlementaire des poids et des contrepoids et, plus précisément, de la mesure dans laquelle il peut évaluer le processus décisionnel prélegislatif aux fins de déterminer s'il y a eu optimisation des dépenses postérieures à l'affectation des crédits. En l'espèce, le vérificateur général demande à consulter notamment des documents du Cabinet antérieurs à l'affectation, par le Parlement, des fonds destinés à l'acquisition de Petrofina. Il soutient que ces informations sont utiles à l'évaluation des opérations intervenues entre les deux sociétés pétrolières (à une étape postérieure aux deux opérations auxquelles le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources et Petro-Canada étaient parties) et que cette évaluation fait légitimement partie de la vérification du Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne. Les intimés soutiennent pour leur part que, de façon à peine voilée, le vérificateur général revendique en réalité le droit de «vérifier» la sagesse financière des décisions du Cabinet et des affectations de crédits du Parlement lui-même, que cette position est incompatible avec son rôle de préposé et non de surveillant du Parlement et, en outre, que le vérificateur général prétend ainsi avoir le droit de vérifier les comptes d'une société d'État, bien que cette société possède déjà son propre vérificateur.

Let me make it clear at the outset that this is not a *Charter* case. Although I will have a word or two to say later about *Charter* adjudication, no issue affecting the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* arises.

### I. Statutory Provisions

*Auditor General Act*, S.C. 1976-77, c. 34

#### AUDITOR GENERAL OF CANADA

3. (1) The Governor in Council shall, by commission under the Great Seal, appoint a qualified auditor to be the officer called the Auditor General of Canada to hold office during good behaviour for a term of ten years, but the Auditor General may be removed by the Governor in Council on address of the Senate and House of Commons.

#### DUTIES

5. The Auditor General is the auditor of the accounts of Canada, including those relating to the Consolidated Revenue Fund and as such shall make such examinations and inquiries as he considers necessary to enable him to report as required by this Act.

6. The Auditor General shall examine the several financial statements required by section 55 of the *Financial Administration Act* to be included in the Public Accounts, and any other statement that the President of the Treasury Board or the Minister of Finance may present for audit and shall express his opinion as to whether they present fairly information in accordance with stated accounting policies of the federal government and on a basis consistent with that of the preceding year together with any reservations he may have.

7. (1) The Auditor General shall report annually to the House of Commons

(a) on the work of his office; and

(b) on whether, in carrying on the work of his office, he received all the information and explanations he required.

(2) Each report of the Auditor General under subsection (1) shall call attention to anything that he considers to be of significance and of a nature that should be brought to the attention of the House of Commons, including any cases in which he has observed that

Précisons dès maintenant que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'entre pas en jeu en l'espèce. Je dirai quelques mots sur des décisions rendues en vertu de la *Charte* mais aucune question relative à son application n'est soulevée dans le présent pourvoi.

### I. Dispositions législatives

*Loi sur le vérificateur général*, S.C. 1976-77, chap. 34

#### LE VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA

3. (1) Le gouverneur en conseil, par commission sous le grand sceau, nomme un vérificateur compétent appelé le vérificateur général du Canada à titre inamovible pour un mandat de dix ans, sous réserve de révocation par le gouverneur en conseil sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

#### FONCTIONS

5. Le vérificateur général est le vérificateur des comptes du Canada, y compris ceux qui ont trait au Fonds du revenu consolidé et, à ce titre, il effectue les examens et enquêtes qu'il juge nécessaires pour lui permettre de faire rapport comme l'exige la présente loi.

6. Le vérificateur général examine les différents états financiers qui doivent figurer dans les comptes publics en vertu de l'article 55 de la *Loi sur l'administration financière* et tous autres états que lui soumet le ministre des Finances pour vérification; il indique si les états sont présentés fidèlement et conformément aux conventions comptables énoncées pour l'administration fédérale et selon une méthode compatible avec celle de l'année précédente; il fait éventuellement des réserves.

7. (1) Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel

a) il fournit des renseignements sur les activités de son bureau; et

b) il indique s'il a reçu, dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés.

(2) Dans le rapport mentionné au paragraphe (1), le vérificateur général signale tout sujet qui, à son avis, est important et doit être porté à l'attention de la Chambre des communes, notamment les cas où il a constaté que

(a) accounts have not been faithfully and properly maintained or public money has not been fully accounted for or paid, where so required by law, into the Consolidated Revenue Fund;

(b) essential records have not been maintained or the rules and procedures applied have been insufficient to safeguard and control public property, to secure an effective check on the assessment, collection and proper allocation of the revenue and to ensure that expenditures have been made only as authorized;

(c) money has been expended other than for purposes for which it was appropriated by Parliament;

(d) money has been expended without due regard to economy or efficiency; or

(e) satisfactory procedures have not been established to measure and report the effectiveness of programs, where such procedures could appropriately and reasonably be implemented.

(3) Each annual report by the Auditor General to the House of Commons shall be submitted to the Speaker of the House of Commons on or before the 31st day of December in the year to which the report relates and the Speaker of the House of Commons shall lay each such report before the House of Commons forthwith after receipt thereof by him or, if that House is not then sitting, on the first day next thereafter that the House of Commons is sitting.

8. (1) The Auditor General may make a special report to the House of Commons on any matter of pressing importance or urgency that, in his opinion, should not be deferred until the presentation of his annual report.

(2) Each special report of the Auditor General to the House of Commons made under subsection (1) or 20(2) shall be submitted to the Speaker of the House of Commons and shall be laid before the House of Commons by the Speaker of the House of Commons forthwith after receipt thereof by him, or if that House is not then sitting, on the first day next thereafter that the House of Commons is sitting.

#### ACCESS TO INFORMATION

13. (1) Except as provided by any other Act of Parliament that expressly refers to this subsection, the Auditor General is entitled to free access at all convenient times to information that relates to the fulfilment of his responsibilities and he is also entitled to require and receive from members of the public service of Canada

a) les comptes n'ont pas été tenus d'une manière fidèle et régulière ou des deniers publics n'ont pas fait l'objet d'un compte rendu complet ou n'ont plus été versés, lorsque cela est légalement requis au Fonds du revenu consolidé;

b) les registres essentiels n'ont pas été tenus ou les règles et procédures utilisées ont été insuffisantes pour sauvegarder et contrôler les biens publics, assurer un contrôle efficace des cotisations, du recouvrement et de la répartition régulière du revenu et assurer que les dépenses effectuées ont été autorisées;

c) des sommes d'argent ont été dépensées à d'autres fins que celles auxquelles le Parlement les avait affectées;

d) des sommes d'argent ont été dépensées sans égard à l'économie ou à l'efficacité; ou

e) des procédures satisfaisantes n'ont pas été établies pour mesurer et faire rapport sur l'efficacité des programmes dans les cas où elles peuvent convenablement et raisonnablement être mises en œuvre.

(3) Le rapport annuel du vérificateur général à la Chambre des communes est soumis à l'Orateur de la Chambre des communes au plus tard le 31 décembre de l'année à laquelle il se rapporte, ce dernier doit le déposer devant la Chambre des communes immédiatement ou, si la Chambre ne siège pas, le premier jour de séance suivante.

8. (1) Le vérificateur général peut adresser un rapport spécial à la Chambre des communes sur toute affaire d'une importance ou d'une urgence telles qu'elle ne saurait, à son avis, attendre la présentation du rapport annuel.

(2) Les rapports spéciaux du vérificateur général, visés aux paragraphes (1) et 20(2) sont soumis à l'Orateur de la Chambre des communes qui les dépose devant la Chambre des communes immédiatement ou, si la Chambre ne siège pas, le premier jour de séance suivante.

#### ACCÈS À L'INFORMATION

13. (1) Sous réserve des dispositions d'une autre loi du Parlement qui se réfèrent expressément au présent paragraphe, le vérificateur général a le droit, à tout moment convenable, de prendre connaissance librement de tout renseignement se rapportant à l'exercice de ses fonctions; à cette fin, il peut exiger que les fonctionnaires

such information, reports and explanations as he deems necessary for that purpose.

(2) In order to carry out his duties more effectively, the Auditor General may station in any department any person employed in his office, and the department shall provide the necessary office accommodation for any person so stationed.

(3) The Auditor General shall require every person employed in his office who is to examine the accounts of a department or of a Crown corporation pursuant to this Act to comply with any security requirements applicable to, and to take any oath of secrecy required to be taken by, persons employed in that department or Crown corporation.

(4) The Auditor General may examine any person on oath on any matter pertaining to any account subject to audit by him and for the purposes of any such examination the Auditor General may exercise all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.

14. (1) Notwithstanding subsections (2) and (3), in order to fulfil his responsibilities as the auditor of the accounts of Canada, the Auditor General may rely on the report of the duly appointed auditor of a Crown corporation or of any subsidiary of a Crown corporation.

(2) The Auditor General may request a Crown corporation to obtain and furnish to him such information and explanations from its present or former directors, officers, employees, agents and auditors or those of any of its subsidiaries as are, in his opinion, necessary to enable him to fulfil his responsibilities as the auditor of the accounts of Canada.

(3) If, in the opinion of the Auditor General, a Crown corporation, in response to a request made under subsection (2), fails to provide any or sufficient information or explanations, he may so advise the Governor in Council, who may thereupon direct the officers of the corporation to furnish the Auditor General with such information and explanations and to give him access to those records, documents, books, accounts and vouchers of the corporation or any of its subsidiaries access to which is, in the opinion of the Auditor General, necessary for him to fulfil his responsibilities as the auditor of the accounts of Canada.

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4 (Schedule III))

36.3 (1) Where a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to

res fédéraux lui fournissent tous renseignements, rapports et explications dont il a besoin.

(2) Le vérificateur général peut, pour remplir plus efficacement ses fonctions, détacher des employés de son bureau auprès de tout ministère. Celui-ci doit leur fournir les locaux et l'équipement nécessaires.

(3) Le vérificateur général doit exiger de tout employé de son bureau chargé, en vertu de la présente loi, d'examiner les comptes d'un ministère ou d'une corporation de la Couronne, qu'il observe les normes de sécurité applicables aux employés du ministère ou de la corporation et qu'il prête le serment de respecter le secret professionnel, auquel ceux-ci sont astreints.

(4) Le vérificateur général peut interroger sous serment, toute personne au sujet d'un compte soumis à sa vérification; à cette fin, il peut exercer les pouvoirs conférés aux commissaires par la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

14. (1) Par dérogation aux paragraphes (2) et (3), le vérificateur général, dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada, peut se fier au rapport du vérificateur, régulièrement nommé, d'une corporation de la Couronne ou d'une de ses filiales.

(2) Le vérificateur général peut demander à toute corporation de la Couronne d'obtenir de ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires et vérificateurs anciens ou actuels ou de ceux de ses filiales, les renseignements et éclaircissements dont il estime avoir besoin dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada et de les lui fournir.

(3) Le vérificateur général, au cas où il estime qu'une corporation de la Couronne n'a pas donné des renseignements et éclaircissements satisfaisants à la suite d'une demande visée au paragraphe (2), peut en faire part au gouverneur en conseil; celui-ci peut alors ordonner aux dirigeants de cette corporation de fournir les renseignements et éclaircissements réclamés par le vérificateur général et de lui permettre de consulter les registres, documents, livres, comptes et pièces justificatives de la corporation et de ses filiales, dont il estime avoir besoin dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada.

*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10 (modifiée par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4 (annexe III))

36.3 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre de la Cou-

compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b) (i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

*Petro-Canada Act*, S.C. 1974-75-76, c. 61

14. (1) The Corporation is, for all purposes of this

ronne ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenu d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), «un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

*Loi sur la Société Petro-Canada*, S.C. 1974-75-76, chap. 61

14. (1) La Corporation est, à toutes les fins de la présente loi, mandataire de Sa Majesté. Les pouvoirs

Act, an agent of Her Majesty, and its powers under this Act may be exercised only as an agent of Her Majesty.

(Later repealed and substituted by S.C. 1984, c. 31, s. 14 (Schedule II, Item 40(9)):

14. (1) The Corporation is, for all purposes of this Act, an agent of Her Majesty in right of Canada.)

26. (1) Subject to subsection (2), the accounts of the Corporation shall be audited each year by an auditor appointed by the Governor in Council.

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10

28. . . .

(6) Notwithstanding subsection (1), no proceeding shall be taken thereunder in respect of a decision or order of the Governor in Council, the Treasury Board, a superior court or the Pension Appeals Board or in respect of a proceeding for a service offence under the *National Defence Act*.

## II. The Facts

From February 2, 1981, to May 12, 1981, Petro-Canada acquired ownership of Petrofina Canada Inc. through a series of transactions which are set out in some detail in the judgment at trial of Jerome A.C.J., *supra*, at pp. 726-32, and succinctly summarized in the dissenting judgment on appeal of Hugessen J., *supra*, at pp. 427-29. The share capital of Petro-Canada is held in trust for the Crown by the Minister of Energy, Mines and Resources. Petro-Canada's capital budget must be approved by the Governor in Council.

Negotiations with Petrofina S.A., the Belgian parent company of Petrofina Canada Inc., began in August 1980, and culminated in Petrofina S.A.'s agreeing on February 2, 1981, to sell Petrofina Canada Inc. to Petro-Canada. On that same day, the Governor in Council approved a supplementary capital budget "permitting Petro-Canada to undertake or commit to share purchase investments to an amount of \$1,500,000,000 including the undertaking of external financing commitments for that amount as required"

que lui attribue la présente loi ne peuvent être exercés qu'à ce titre.

(Abrogé et remplacé par S.C. 1984, chap. 31, art. 14 (annexe II, n° 40(9)):

14. (1) La Corporation est pour l'application de la présente loi mandataire de Sa Majesté du chef du Canada.)

26. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les comptes de la Corporation sont vérifiés chaque année par un vérificateur nommé par le gouverneur en conseil.

*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10

28. . . .

(6) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux décisions ou ordonnances du gouverneur en conseil, du Conseil du Trésor, d'une cour supérieure ou de la Commission d'appel des pensions ni aux procédures intentées pour une infraction d'ordre militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale*.

## II. Les faits

Entre le 2 février 1981 et le 12 mai 1981, Petro-Canada est devenue propriétaire de Petrofina Canada Inc. grâce à une série d'opérations dont le juge en chef adjoint Jerome rend compte de façon détaillée dans son jugement précité, aux pp. 726 à 732, et que résume succinctement le juge Hugessen, dissident, dans le jugement d'appel précité, aux pp. 427 à 429. Le capital-actions de Petro-Canada est détenu en fiducie pour le compte de la Couronne par le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources. Son budget des investissements doit recevoir l'approbation du gouverneur en conseil.

Commencées au mois d'août 1980, les négociations avec Petrofina s.a., société mère belge de Petrofina Canada Inc., ont pris fin lorsque Petrofina s.a. a convenu le 2 février 1981 de vendre Petrofina Canada Inc. à Petro-Canada. Le même jour, le gouverneur en conseil approuvait un budget supplémentaire des investissements «permettant à Petro-Canada d'engager pour achat d'actions des investissements allant jusqu'à \$ 1 500 000 000, incluant l'engagement de financement externe pour ce montant tel que requis»

(Order-in-Council P.C. 1981-259). This agreement was announced publicly on the following day, February 3, 1981. The ultimate funding for the takeover came from Parliament some six weeks later, on March 21, 1981, in the form of Vote 5c, Schedule to *Appropriation Act No. 4, 1980-81*, S.C. 1980-81-82-83, c. 51:

5c Energy — Operating expenditures including payments, in the current and subsequent fiscal years, in accordance with such terms and conditions as may be prescribed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the Minister of Finance, of such amounts as are from time to time required for investment in shares, debentures, bonds or other evidences of indebtedness of Petro-Canada in order to increase Canadian public ownership of the oil and gas industry in Canada through the share purchase of and property acquisition from Petrofina Canada Inc., by Petro-Canada, (not to exceed 1.7 billion dollars which includes the interim financing costs) for which purpose there shall be established in the Accounts of Canada a non-budgetary trust account to be known as the Canadian Ownership Account:

- a) to which shall be credited all amounts received as a consequence of a Canadian Ownership special charge for the purpose of increasing the Canadian Public Ownership of the oil and gas industry in Canada; and
- b) to which shall be charged any investment made hereunder for the share purchase of and property acquisition from Petrofina Canada Inc.

and to further provide that no investment shall be made pursuant hereto in excess of the amount of the balance to the credit of the account, and to provide a further amount of \$ 5,382,000.

Vote 5c clearly stipulated that the funds voted were for investment in shares, debentures, bonds, and other evidences of indebtedness of Petro-Canada, although it was contemplated that the funding provided to Petro-Canada would be used solely for the purchase of Petrofina Canada Inc. The earlier capital budget approval in Order-in-Council P.C. 1981-259 made no mention either of a specific target company or of the source from which Petro-Canada would acquire its authorized increased capital. Following Vote 5c, Petro-Canada, through a subsidiary (Petro-Canada

(Décret C.P. 1981-259). L'entente a été rendue publique le lendemain, le 3 février 1981. Le financement définitif est venu du Parlement environ six semaines plus tard, soit le 21 mars 1981, sous la forme du crédit 5c de l'annexe de la *Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 51:

5c Énergie — Dépenses de fonctionnement, y compris des versements au cours de la présente année financière et des années financières subséquentes conformément aux conditions que peut prescrire le gouverneur en conseil, sur recommandation du Ministre et du ministre des Finances, des sommes nécessaires en certaines occasions en vue d'effectuer des placements sous formes d'actions, de titres, d'obligations ou d'autres titres de créance de Petro-Canada en vue d'accroître le taux de propriété canadienne au sein de l'industrie gazière et pétrolière au Canada au moyen de l'achat d'actions et de biens de Petrofina Canada Inc. par Petro-Canada (pour un montant ne devant pas dépasser 1,7 milliard de dollars, montant qui comprend les frais de financement provisoire), et à cette fin sera créé le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne, un compte non budgétaire de fiducie, qui figurera parmi les comptes du Canada:

- a) au crédit duquel on portera toutes les sommes perçues dans le cadre d'une taxe spéciale relative à l'accroissement du taux de propriété canadienne au sein de l'industrie gazière et pétrolière au Canada; et
- b) auquel seront imputés tous les investissements faits en vertu du présent crédit, pour l'achat d'actions et de biens de Petrofina Canada Inc.

et pour prévoir des dispositions afin d'interdire tout investissement en vertu du présent crédit dont le montant excède le solde du crédit du compte, et pour prévoir un montant supplémentaire de 5 382 000 \$.

Il était clairement stipulé au crédit 5c que les fonds étaient votés en vue d'effectuer des placements sous forme d'actions, de titres, d'obligations ou d'autres titres de créance de Petro-Canada, bien que les fonds ainsi octroyés à Petro-Canada ne fussent servir qu'à l'achat de Petrofina Canada Inc. Dans le décret C.P. 1981-259 approuvant le précédent budget des investissements, il n'était fait mention d'aucune société cible et on ne précisait pas de quelle source proviendrait l'augmentation du capital autorisé de Petro-Canada. À la suite du vote du crédit 5c, Petro-Canada, par l'entremise



Exploration Inc.), made an offer on April 18, 1981, of \$120 per share to Petrofina Canada Inc. shareholders; the terms and amount of this offer had been previously settled by the agreement between Petro-Canada and Petrofina S.A., which had preceded Parliament's Vote 5c. On May 11, 1981, Petrofina Canada Inc. shareholders accepted the Petro-Canada offer.

Vote 5c created a non-budgetary trust account known as the Canadian Ownership Account (COA) from which payments would be made to Petro-Canada for the acquisition of Petrofina Canada Inc. The proceeds from a special charge on Canadian petroleum consumption were paid into the COA to cover the cost of the takeover. It is the COA, as an account of Canada within the meaning of s. 5 of the *Auditor General Act*, that the Auditor General of Canada began to audit in the summer of 1981.

As part of that audit of the COA, the Auditor General sought to determine whether "value for money" had been achieved in the flow of purchase funds from Petro-Canada to the shareholders of Petrofina Canada Inc. He sought to ascertain whether due regard to economy had been demonstrated and value for money achieved in the \$1.7 billion acquisition of Petrofina Canada Inc. This kind of audit was perceived by him to be part of the Auditor General's duty to determine under s. 7(2)(d) of the *Auditor General Act* whether "money had been expended without due regard to economy or efficiency". In the *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*, Fiscal Year Ended 31 March 1982, para. 15.2, at pp. 516-17, the Auditor General reported:

#### Other Audit Observations

Canadian Ownership Account Transactions. We audited transactions in the Canadian Ownership Account (COA), which forms part of the Public Accounts of Canada. The following table summarizes the financial transactions in the COA for the period 1 July 1981 to 31 March 1982:

d'une filiale (Petro-Canada Exploration Inc.), a offert, le 18 avril 1981, 120 \$ l'action aux actionnaires de Petrofina Canada Inc.; les modalités et le montant de cette offre avaient déjà été prévus dans l'entente intervenue entre Petro-Canada et Petrofina s.a. avant que le Parlement ne vote le crédit 5c. Les actionnaires de Petrofina Canada Inc. ont accepté l'offre de Petro-Canada le 11 mai 1981.

b Le crédit 5c a créé un compte non budgétaire de fiducie, appelé Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne (CATPC), auquel devaient être imputés les versements faits à Petro-Canada en vue de l'acquisition de Petrofina Canada Inc.  
c Le produit d'une taxe spéciale sur la consommation canadienne de pétrole a été versé au CATPC pour financer le coût de l'acquisition. C'est le CATPC, en tant que compte du Canada au sens de l'art. 5 de la *Loi sur le vérificateur général*, que le vérificateur général du Canada a entrepris de vérifier pendant l'été 1981.

Dans le cadre de cette vérification du CATPC, le vérificateur général a cherché à déterminer si l'on avait atteint l'«optimisation des ressources» dans le transfert des fonds d'achat de Petro-Canada aux actionnaires de Petrofina Canada Inc. Il voulait s'assurer que les principes de l'économie avaient été dûment respectés et qu'il y avait eu optimisation à l'égard de l'acquisition de Petrofina Canada Inc. au coût de \$1,7 milliard. Selon lui, cette vérification faisait partie intégrante de la responsabilité qui lui incombait, aux termes de l'al. 7(2)(d) de la *Loi sur le vérificateur général*, de déterminer si «des sommes d'argent ont été dépensées sans égard à l'économie ou à l'efficacité». Dans le *Rapport du vérificateur général à la Chambre des communes*, exercice financier terminé le 31 mars 1982, le vérificateur général fait les remarques suivantes, au par. 15.2, aux pp. 556 et 557:

#### Autres observations de vérification

Opérations du Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne. Nous avons vérifié les opérations du Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne (CATPC), qui fait partie des Comptes publics du Canada. Le tableau suivant résume les opérations financières du CATPC pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 1981 au 31 mars 1982:

Receipts

Petroleum and Petroleum Products	\$ 567.7 million
Gas and Gas Liquids	<u>218.7</u>
	786.4

Payments

To Petro-Canada regarding Petrofina Canada Inc. acquisition	<u>710.9</u>
	\$ 75.5 million

Weakness in Managing Public Funds. We would have expected that the parties processing and authorizing such an expenditure would have available an evaluation of the entity to be purchased, including:

- its value in relation to price;
- alternate strategies considered in acquiring the entity;
- the implications of such a purchase to the effective purchaser (the Government of Canada); and
- the means of financing the purchase.

Also, one would expect a formal plan for, or a report on, a post-evaluation of the assets acquired to ascertain that value for money was received.

To fulfil our responsibility as auditor of the accounts of Canada, we requested from the Department of Energy, Mines and Resources and responsible central agencies documentation demonstrating that due regard was given to economy in the acquisition process and that reasonable value was in fact received for money expended. As well, we sought explanations of the events leading up to the loan transactions, including an examination of the role of the Department of Energy, Mines and Resources, Petro-Canada and others.

Senior management in the Department of Energy, Mines and Resources informed us that, because Petro-Canada was the vehicle used to identify, evaluate, negotiate and recommend the acquisition of Petrofina Canada Inc., the Department was not responsible to ensure that value for money was or had been achieved. It had not carried out any such analysis and had no documentation available for audit. In their view, Petro-Canada had made the acquisition and was thus responsible for doing any necessary analysis and evaluation. Departmental management viewed any review by the Department as inappropriate second-guessing of a Crown corporation decision. The role of departmental managers consisted only of providing advice to the Min-

Rentrées

Pétrole et produits dérivés du pétrole	\$ 567,7 millions
Gaz et produits liquides dérivés du gaz	<u>218,7</u>
	786,4

Versements

À Petro-Canada en vue de l'acquisition de Petrofina Canada Inc.	<u>710,9</u>
	\$ 75,5 millions

Faiblesses dans la gestion des fonds publics. Il serait souhaitable que les personnes qui autorisent une telle dépense aient en main une évaluation de l'entité à acheter et qu'elles connaissent:

- la valeur de l'entité par rapport au prix demandé;
- les autres possibilités d'acquisition;
- les répercussions de cette acquisition sur l'acheteur réel (le gouvernement du Canada);
- le mode de financement.

En outre, il devrait y avoir un plan officiel d'évaluation après l'acquisition des biens, afin de s'assurer qu'on a atteint une optimisation des ressources, ou un rapport à ce sujet.

Afin de nous acquitter de notre responsabilité de vérificateur des comptes du Canada, nous avons demandé au ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources et aux organismes centraux intéressés de nous procurer les documents qui démontreraient que l'on avait vraiment tenu compte de l'économie lors de l'acquisition et que l'on avait atteint une optimisation raisonnable des ressources. Nous nous sommes également renseignés sur les événements qui ont entraîné les prêts et avons examiné les rôles distincts du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, de Petro-Canada et des autres entités.

La haute direction du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources nous a informés que puisque le gouvernement avait eu recours à Petro-Canada pour évaluer, négocier et favoriser l'acquisition de Petrofina Canada Inc., il n'incombait pas au ministère de s'assurer si on avait ou pas atteint l'optimisation des ressources. Il n'a effectué aucune analyse à cette fin et n'avait donc aucune preuve écrite à nous offrir. Selon la haute direction, Petro-Canada s'était occupé de l'achat, il lui incombait donc d'effectuer lui-même les analyses et les évaluations nécessaires. La gestion du ministère soutenait qu'un examen de sa part serait superflu puisque la décision avait déjà été prise par la société de la Couronne. La participation des gestionnaires du ministère se

ister on the consistency of the proposal with the Canadianization policy. They explained that this was due to the fact that the agent for this transaction was Petro-Canada and, in keeping with their view of the arm's length nature of relations between departments and Crown corporations, departmental management was not asked to advise on the substance of Petro-Canada's analysis.

Although Petro-Canada's available expertise would be valuable in an analysis of this kind of acquisition, exclusive reliance on the corporation could effectively remove any overall accountability for such expenditures of public funds.

Although certain documentation has been provided to us by the Department, we have not received supporting evidence relating to the advice given to ministers on such considerations as the value of the assets acquired in relation to price or alternative acquisition and financing mechanisms.

In the absence of such information, we are unable to ascertain that due regard to economy has been demonstrated or achieved in respect of a transaction that has advanced \$711 million out of an eventual \$1.7 billion to a Crown corporation.

In the subsequent year of 1983, the Auditor General again reported that certain documentation had been sought and denied, this time from senior officials of Petro-Canada; *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Fiscal Year Ended 31 March 1983*, para. 9.196, at p. 329. Consequently, the Auditor General reported to the House of Commons that, as in 1982, this lack of information again precluded a s. 7(2)(d) evaluation:

**9.196** During the past year, we communicated with senior officials of Petro-Canada, requesting evidence that due regard to economy had been exercised in using \$1.7 billion of public funds to acquire Petrofina Canada Inc. We also asked whether any post-evaluation of the acquired assets had been undertaken to determine what value had been received. The preparation of pre and post-acquisition evaluations is an accepted practice of prudent decision makers in the private sector. Although we have been informed by a senior official of Petro-Canada that a pre-acquisition commercial evaluation was undertaken, this has not as yet been made available to us. However, there is no indication that the evaluation considered the possible effects on the Government of Canada that would result from the acquisition. Effects on such matters as the balance of payments, foreign

limitait à conseiller le ministre sur le contenu de la proposition à l'égard de la politique de canadianisation. Cette situation s'explique puisque Petro-Canada était l'agent de l'opération et que, selon la politique du ministère préconisant l'indépendance des relations entre les ministères et les sociétés de la Couronne, on n'avait pas demandé l'avis de la direction sur le contenu de l'analyse effectuée par Petro-Canada.

Bien qu'il soit avantageux de pouvoir bénéficier de l'aide spécialisée de Petro-Canada dans l'analyse d'une telle acquisition, il serait dangereux de se fier uniquement à cette société car ceci éliminerait l'obligation de rendre compte de telles dépenses des fonds publics.

Bien que le ministère nous ait remis certains documents nous n'avons aucune preuve écrite des conseils prodigués aux ministres et portant sur la valeur de l'entité par rapport au prix ainsi que sur les autres possibilités d'acquisition et modes de financement.

Sans ces renseignements nous ne pouvons garantir que cette opération qui pourrait englober \$ 1,7 milliard dont \$ 711 millions ont déjà été versés à une société de la Couronne, a suffisamment respecté les principes de l'économie.

En 1983, le vérificateur général a de nouveau indiqué dans son rapport qu'il n'avait pas pu obtenir certains documents demandés cette fois à des cadres supérieurs de Petro-Canada: *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*, exercice financier terminé le 31 mars 1983, par. 9.196, à la p. 349. Il y déclarait que, tout comme en 1982, ce manque d'information l'empêchait de procéder à l'évaluation prévue à l'al. 7(2)d):

**9.196** Au cours de l'année dernière, nous avons communiqué avec les cadres supérieurs de Petro-Canada leur demandant de démontrer que les principes d'économie avaient été respectés dans l'utilisation de \$ 1,7 milliard de fonds publics pour l'acquisition de Petrofina Canada Inc. Nous leur avons également demandé si une évaluation postérieure de l'actif acquis avait été entreprise pour déterminer quelle valeur avait été reçue. La préparation d'évaluations préalable et postérieure à l'acquisition est une pratique acceptée chez les décideurs prudents du secteur privé. Bien que nous ayons été informés par un cadre supérieur de Petro-Canada qu'une évaluation commerciale avait été effectuée avant l'acquisition, nous n'avons pas encore reçu le rapport de cette évaluation. En outre, rien n'indique que l'on ait tenu compte dans cette évaluation de l'incidence éventuelle que cette

exchange, tax revenues and possible future capital requirements, in our view, merited pre-acquisition evaluation. Further, we were informed that a contract was awarded to independent appraisers in the spring of 1983 to conduct an evaluation of assets acquired, including oil and gas properties.

**9.197** We have requested of Petro-Canada these evaluations but, as of 15 September 1983, we had not received them. Consequently, we have been unable to ascertain whether due regard to economy has been demonstrated and value for money achieved in the \$1.7 billion acquisition of Petrofina Canada Inc.

These statements were made in both the 1982 and 1983 Reports notwithstanding the fact that on the introductory page of each report (p. 1 of each), the Auditor General states: "My staff was provided with all the information and explanations required."

From the written and oral pleadings before this Court, it is evident that the Auditor General took the view that he was entitled to request and receive the information in issue by virtue of s. 13(1) of the *Auditor General Act*. Having failed to obtain the desired documentation by this means, the Auditor General turned to s. 14 which deals with methods the Auditor General may use to try to obtain information from Crown corporations. Pursuant to s. 14(1), he sought the missing information from Peat Marwick Mitchell, the auditors of Petro-Canada appointed pursuant to s. 26 of the *Petro-Canada Act*. (I would note that the auditors of Petro-Canada are now appointed pursuant to s. 134(1) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.)

In a letter of August 4, 1983, Peat Marwick Mitchell replied that such information was not available given that its auditing mandate did not extend as far as the "value for money" audits envisaged by s. 7(2)(d) of the *Auditor General Act*. The Auditor General next turned to s. 14(2) and on March 9, 1984, wrote to Petro-Canada requesting the information and explanations he had deemed necessary to fulfill his responsibilities

acquisition aurait sur le gouvernement du Canada. L'incidence sur des aspects tels que la balance des paiements, le taux de change, les recettes fiscales et les besoins futurs possibles en capital méritaient, à notre avis, que l'on fasse une évaluation de l'entreprise avant son acquisition. Nous avons également été informés qu'au printemps de 1983 on avait adjugé à des appréciateurs indépendants un contrat d'évaluation de l'actif acquis, y compris des gisements de pétrole et de gaz.

**9.197** Nous avons demandé à Petro-Canada de nous faire parvenir les rapports de ces évaluations mais, en date du 15 septembre 1983, nous n'avions encore rien reçu. En conséquence, nous n'avons pas été en mesure de vérifier si les pratiques d'économie avaient été dûment respectées à l'égard de l'acquisition de Petrofina Canada Inc. au coût de \$ 1,7 milliard et s'il y avait eu optimisation des ressources.

Le vérificateur a fait ces déclarations dans les rapports de 1982 et de 1983 en dépit du fait que, dans l'introduction de ces deux rapports (p. 1), il affirme: «Mon personnel a obtenu tous les renseignements et toutes les explications nécessaires.»

Il ressort des plaidoiries écrites et orales devant cette Cour que le vérificateur général estimait être en droit d'exiger ces renseignements en vertu du par. 13(1) de la *Loi sur le vérificateur général*. N'ayant pu les obtenir en vertu de cette disposition, il a invoqué l'art. 14 qui prescrit divers moyens pouvant lui permettre d'obtenir des renseignements des sociétés d'État. Ainsi, en vertu du par. 14(1), il a demandé les renseignements manquants au cabinet Peat Marwick Mitchell, vérificateur de Petro-Canada nommé en application de l'art. 26 de la *Loi sur la Société Petro-Canada*. (Je note que les vérificateurs de Petro-Canada sont maintenant nommés aux termes du par. 134(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11.)

Dans une lettre datée du 4 août 1983, Peat Marwick Mitchell a répondu que ces renseignements n'étaient pas disponibles étant donné que leur mandat ne s'étendait pas à la vérification d'«optimisation» visée par l'al. 7(2)d) de la *Loi sur le vérificateur général*. Se fondant ensuite sur le par. 14(2), le vérificateur général a écrit à Petro-Canada le 9 mars 1984 pour demander les renseignements et les éclaircissements dont il estimait

as auditor of the accounts of Canada. When, on April 10, 1984, Petro-Canada refused the request, the Auditor General had recourse to s. 14(3), which contemplates that a Crown corporation may refuse to yield to a s. 14(2) request and permits the Governor in Council to order such Crown corporation to provide the information wanted by the Auditor General. On April 16, 1984, the Auditor General asked for the Governor in Council's assistance pursuant to s. 14(3). By Order-in-Council P.C. 1984-2243 of June 26, 1984, the Governor in Council declined to exercise its s. 14(3) power to assist the Auditor General. The Order-in-Council reads:

WHEREAS Petro-Canada publicly announced on February 3, 1981, the offer made for the acquisition of Petrofina Canada Inc.;

WHEREAS Parliament enacted on March 31, 1981, Appropriation Act No. 4, 1980-81, S.C. 1980-81, c. 51, which authorized under Vote 5c (Energy, Mines and Resources), "payments, in the current and subsequent fiscal years, in accordance with such terms and conditions as may be prescribed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the Minister of Finance, of such amounts as are from time to time required for investment in shares, debentures, bonds or other evidences of indebtedness of Petro-Canada in order to increase Canadian public ownership of the oil and gas industry in Canada through the share purchase of and property acquisition from Petrofina Canada Inc., by Petro-Canada, (not to exceed 1.7 billion dollars which includes the interim financing costs) for which purpose there shall be established in the Accounts of Canada a non-budgetary trust account to be known as the Canadian Ownership Account . . .";

WHEREAS the price to be paid by Petro-Canada for each share of Petrofina Canada Inc., was discussed in Parliament prior to the enactment of Appropriation Act No. 4, 1980-81, S.C. 1980-81, c. 51, by Parliament;

WHEREAS the Auditor General has not alleged that the accounts of the moneys expended for the said purchase and acquisition, as appropriated by Parliament, has not been faithfully and properly maintained, that the moneys have not been fully accounted for or that the moneys were expended other than for the purpose for which they were appropriated by Parliament;

avoir besoin dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada. Petro-Canada ayant refusé le 10 avril 1984, il a eu recours au par. 14(3) qui prévoit qu'au cas où une société d'État refuse de se rendre à une demande présentée en vertu du par. 14(2), le gouverneur en conseil peut ordonner à cette société de fournir les renseignements demandés par le vérificateur général. Le 16 avril 1984, ce dernier a ainsi demandé l'assistance du gouverneur en conseil, conformément au par. 14(3). Par le décret C.P. 1984-2243 du 26 juin 1984, le gouverneur en conseil a refusé d'exercer son pouvoir d'agir en vertu de ce paragraphe. Le décret est ainsi libellé:

Vu que Petro-Canada a publiquement annoncé le 3 février 1981, l'offre faite pour l'acquisition de Petrofina Canada Inc.;

Vu que le Parlement adoptait le 31 mars 1981, la Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits, S.C. 1980-81, c. 51, qui autorise en vertu du vote 5c (Énergie, Mines et Ressources), «des versements au cours de la présente année financière et des années financières subséquentes conformément aux conditions que peut prescrire le Gouverneur en conseil, sur recommandation du ministre ou du ministre des Finances, des sommes nécessaires en certaines occasions en vue d'effectuer des placements sous forme d'actions, de titres, d'obligations ou d'autres titres de créance de Petro-Canada en vue d'accroître le taux de propriété canadienne au sein de l'industrie gazière et pétrolière au Canada au moyen de l'achat d'actions et de biens de Petrofina Canada Inc. par Petro-Canada (pour un montant ne devant pas dépasser 1,7 milliard de dollars, montant qui comprend les frais de financement provisoire), et à cette fin sera créé le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne, un compte non budgétaire de fiducie, qui figurera parmi les comptes du Canada . . .»;

Vu que le prix à être payé par Petro-Canada pour chacune des actions de Petrofina Canada Inc., fut discuté par le Parlement avant l'adoption, par le Parlement, de la Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits, S.C. 1980-81, c. 51;

Vu que le vérificateur général n'allègue pas que les comptes, portant sur les sommes d'argent dépensées pour ledit achat d'actions et de biens telles qu'affectées par le Parlement, n'ont pas été tenus d'une manière fidèle et régulière, que lesdites sommes d'argent n'ont pas fait l'objet d'un compte rendu complet ou que lesdites sommes d'argent ont été dépensées à d'autres fins que celles auxquelles le Parlement les avait affectées;

WHEREAS the Auditor General has, pursuant to subsection 14(3) of the Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, advised the Governor General in Council on April 16, 1984 that Petro-Canada had failed to provide him with information, in particular evaluations of the said purchase and acquisition, requested by the Auditor General under subsection 14(2) of the said Act;

AND WHEREAS the Governor General in Council has, in the context of the request to Petro-Canada by the Auditor General, had regard to the scope and nature of the authority conferred upon the Auditor General by the Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, as auditor of the accounts of Canada, and in particular whether the Auditor General has the authority to audit whether Parliament in authorizing the expenditure of moneys, or Petro-Canada in making the said purchase and acquisition, exercised due regard to economy or efficiency.

THEREFORE, HER EXCELLENCY THE GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL, on the recommendation of the Minister of Energy, Mines and Resources, hereby declines to direct the officers of Petro-Canada in respect of the matters referred to in subsection 14(3) of the Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34.

Only the day before this Order-in-Council was passed, on June 25, 1984, the Auditor General had written to the Prime Minister of the day, the Right Hon. Pierre Trudeau. It is perhaps helpful to reproduce that letter in order to highlight the Auditor General's view of the issues at stage:

Dear Prime Minister:

With great regret I must bring to your immediate attention the failure of the Ministers and Deputy Ministers of Finance and Energy, Mines and Resources and of the Chairman of the Board and Chief Executive Officer of Petro-Canada to provide me with free access to information pursuant to Section 13(1) of the Auditor General Act.

In my 1982 and 1983 Reports to the House of Commons I reported on the lack of evidence that due regard for economy had been exercised in using \$1.7 billion in public funds from the Canadian Ownership Account to acquire Petrofina Canada Inc. My review of the Orders in Council P.C. 1981-259 dated 2 February 1981, P.C. 1981-1235 dated 11 May 1981 and P.C. 1982-971 dated

Vu que le vérificateur général a, en vertu du paragraphe 14(3) de la Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, c. 34, fait part au Gouverneur général en conseil le 16 avril 1984 que Petro-Canada ne lui avait pas fourni certaines informations, en particulier les évaluations dudit achat d'actions et de biens, demandées par le vérificateur général en vertu du paragraphe 14(2) de ladite loi;

Et vu que le Gouverneur général en conseil a, dans le contexte de la demande du vérificateur général à Petro-Canada, tenu compte de l'étendue et de la nature de l'autorité conférée au vérificateur général en vertu de la Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, c. 34, en tant que vérificateur des comptes du Canada, et, en particulier, si le vérificateur général a l'autorité de vérifier si le Parlement en autorisant la dépense desdites sommes d'argent, ou Petro-Canada en faisant ledit achat d'actions et de biens, ont eu égard à l'économie ou à l'efficacité.

À ces causes, sur avis conforme du Premier ministre, Son Excellence le Gouverneur général en conseil refuse d'ordonner aux dirigeants de Petro-Canada eu égard aux sujets mentionnés au paragraphe 14(3) de la Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, c. 34.

La veille même de la prise du décret, soit le 25 juin 1984, le vérificateur général avait écrit au Premier ministre d'alors, le très honorable Pierre Trudeau. Il peut être utile de reproduire le contenu de cette lettre afin de mettre en lumière la façon dont le vérificateur général aborde les questions en litige:

[TRADUCTION] Monsieur le Premier ministre,

C'est à grand regret que je me vois obligé d'appeler votre attention immédiate sur le refus du ministre des Finances, du ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, de leurs sous-ministres respectifs ainsi que du président du conseil d'administration et directeur général de Petro-Canada, de me permettre de prendre librement connaissance de certains renseignements conformément au paragraphe 13(1) de la Loi sur le vérificateur général.

Dans les rapports que j'ai présentés à la Chambre des communes pour les années 1982 et 1983, j'ai signalé que rien n'attestait du respect des principes d'économie dans l'utilisation de 1,7 milliard de fonds publics prélevés sur le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne pour l'acquisition de Petrofina Canada Inc. Mon examen des décrets C.P. 1981-259 du 2 février 1981,

26 March 1982 indicates that the Ministers of Finance and Energy, Mines and Resources recommended to the Governor General in Council the approval of advancement of funds from the Canadian Ownership Account, established in the accounts of Canada under Energy, Mines and Resources Vote 5c, *Appropriation Act No. 4, 1980-81*, to purchase shares and property of Petrofina Canada Inc.

After many discussions between my staff and those of the parties involved over a period of two years my patience and efforts to resolve this matter amicably have been exhausted. I have therefore written to the aforementioned persons [the Ministers and Deputy Ministers of Finance and of Energy, Mines and Resources and to the Chairman of the Board and Chief Executive Officer of Petro-Canada] pursuant to Section 13(1) of the Auditor General Act to obtain free access to the following information:

- Copies of any analysis and/or evaluation reports pertaining to the acquisition of Petrofina Canada Inc.
- Copies of any presentation, documents, memoranda received or prepared or considered by Ministers of Finance and Energy, Mines and Resources, their Deputy Ministers, and the Chairman of the Board and Chief Executive Officer of Petro-Canada relating to the acquisition of Petrofina Canada Inc. using funds from the Canadian Ownership Account.
- Copies of any evaluations of the Petrofina Canada Inc. acquisition and of the assets acquired which were undertaken subsequent to the acquisition.

The above information is required by me in order that I may fulfil my responsibilities as auditor of the accounts of Canada particularly with a view to determining whether expenditures from the Canadian Ownership Account were made with due regard for economy and efficiency.

While the information requested deals with the same transaction the responsibilities of the parties are different, and to avoid misunderstanding you should be aware that I also wrote to the Governor in Council on 16 April 1984, pursuant to Section 14(3) of the Auditor General Act, to obtain information denied to me by Petro-Canada. To date I have not received any response to, or acknowledgement of, this letter. Irrespective of what the Governor in Council may decide with regard to Petro-Canada, I must advise you that pursuant to Section

C.P. 1981-1235 du 11 mai 1981 et C.P. 1982-971 du 26 mars 1982 indique que le ministre des Finances ainsi que le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources ont recommandé au gouverneur en conseil d'approuver les avances de fonds tirés du Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne, établi comme compte du Canada sous le régime du crédit 5c alloué au ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources en vertu de la *Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits*, en vue de l'achat d'actions et de biens de Petrofina Canada Inc.

Après deux ans de discussions entre le personnel de mon bureau et celui des parties en cause, mes efforts pour régler cette question à l'amiable, ainsi que ma patience, ont atteint leur point limite. M'autorisant du paragraphe 13(1) de la Loi sur le vérificateur général, j'ai donc écrit aux personnes susmentionnées [le ministre des Finances, celui de l'Énergie, des Mines et des Ressources, leurs sous-ministres respectifs et le président du conseil d'administration et directeur général de Petro-Canada] pour leur demander de me donner librement accès aux renseignements suivants:

- copies des analyses et/ou rapports d'évaluation relatifs à l'acquisition de Petrofina Canada Inc.
- copies des documents, propositions ou mémoires rédigés par le ministre des Finances, le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, leurs sous-ministres respectifs et le président du conseil d'administration et directeur général de Petro-Canada, concernant l'acquisition de Petrofina Canada Inc. au moyen des fonds prélevés à même le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne.
- copies des évaluations de l'acquisition de Petrofina Canada Inc. et des actifs acquis, faites après cette acquisition.

Je demande les renseignements susmentionnés afin de m'acquitter de mes fonctions de vérificateur des comptes du Canada et plus particulièrement afin de déterminer si les dépenses imputées au Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne ont été faites conformément à l'économie et à l'efficacité.

Bien que les renseignements réclamés se rapportent tous à la même opération, les responsabilités incombant aux parties en cause à cet égard sont distinctes. Pour éviter tout malentendu, sachez que j'ai également écrit au gouverneur en conseil le 16 avril 1984, conformément au paragraphe 14(3) de la Loi sur le vérificateur général, afin d'obtenir les renseignements que m'a refusés Petro-Canada. Je n'ai encore reçu ni réponse à cette lettre ni accusé de réception. Quelle que soit la décision que le gouverneur en conseil prendra à l'égard de Petro-

13(1) of the Auditor General Act, I will still require the above specified information from the identified Ministers, Deputy Ministers, and the Chairman of the Board and Chief Executive Officer of Petro-Canada.

Two years of attempting to obtain the required information have culminated in the extraordinary denial of access to information by the aforementioned persons. The Minister of Finance and the Deputy Minister of Finance have stated that they could not provide free access to the required information as they are "Confidences of the Queen's Privy Council for Canada". I am, therefore, writing to you to inform you of my current difficulties in obtaining free access to information pursuant to Section 13(1) of the Auditor General Act and that I consider this information necessary to enable me to fulfil my responsibilities to Parliament as auditor of the accounts of Canada. I intend to continue to seek the information using the powers accorded to me by Parliament under the Auditor General Act.

The letter in reply by the Prime Minister dated June 29, 1984, is equally instructive in revealing the reasoning of Cabinet in denying the Auditor General access to the information he had been seeking under ss. 13(1) and 14:

Dear Mr. Dye:

I read your letter of June 25, 1984 in which you allege that the Minister of Finance and his Deputy Minister, the Minister of Energy, Mines and Resources and his Deputy Minister and the Chairman of the Board of Petro-Canada have failed to provide you with free access to information pursuant to Section 13(1) of the Auditor General Act.

I have also noted your allegation that you received no acknowledgement of your letter of April 16, 1984 to the Governor in Council. For your information, an officer of the Privy Council Office at my request during the week of June 11, 1984 and again during the week of June 18, 1984, phoned the Deputy Auditor General and the Principal of your Research Branch to advise them that your letter of April 16, 1984 was still under consideration. I am advised that the Clerk of the Privy Council has now personally advised you of the decision of the Governor in Council.

I can see no basis for your allegation that the Deputy Minister of Energy, Mines and Resources failed to provide you with free access to information when you

Canada, je dois vous aviser qu'en vertu du paragraphe 13(1) de la Loi sur le vérificateur général, je demanderai de nouveau les renseignements décrits plus haut aux ministres, aux sous-ministres désignés ainsi qu'au président du conseil d'administration et directeur général de Petro-Canada.

Deux années d'efforts pour obtenir les renseignements requis ont abouti à cet extraordinaire refus de l'accès à l'information par les personnes susmentionnées. Le ministre des Finances ainsi que son sous-ministre ont déclaré qu'ils ne pouvaient me donner librement accès à ces informations puisqu'il s'agissait de «renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada». La présente vise donc à vous informer des difficultés que j'ai eues pour obtenir, en vertu du paragraphe 13(1) de la Loi sur le vérificateur général, les informations dont j'estime avoir besoin pour m'acquitter, devant le Parlement, de mes fonctions de vérificateur des comptes du Canada. J'ai l'intention de continuer à chercher à obtenir ces renseignements en recourant aux pouvoirs que m'a conférés le Parlement dans la Loi sur le vérificateur général.

La réponse qu'a fait tenir le Premier ministre, le 29 juin 1984, nous éclaire également sur les motifs qu'avancait le Cabinet pour refuser au vérificateur général la communication des renseignements demandés en vertu du par. 13(1) et de l'art. 14:

[TRADUCTION] Monsieur Dye,

J'ai pris connaissance de votre lettre du 25 juin 1984 dans laquelle vous alléguiez que le ministre des Finances, le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, leurs sous-ministres respectifs ainsi que le président du conseil d'administration de Petro-Canada, ont refusé de vous donner librement accès à l'information, conformément au paragraphe 13(1) de la Loi sur le vérificateur général.

J'ai également pris note de votre allégation selon laquelle le gouverneur en conseil n'a pas accusé réception de la lettre que vous lui faisiez parvenir le 16 avril 1984. Pour votre information, un fonctionnaire du Bureau du Conseil privé a téléphoné, à ma demande, au sous-vérificateur général de même qu'au directeur principal de votre Direction de la recherche, pendant la semaine du 11 juin 1984, et à nouveau pendant la semaine du 18 juin 1984, pour les aviser que votre lettre du 16 avril 1984 était encore à l'étude. On m'a informé que le greffier du Conseil privé vous a depuis avisé personnellement de la décision du gouverneur en conseil.

Je ne puis voir pourquoi vous affirmez que le sous-ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources a refusé de vous donner librement accès à certaines infor-



received in September 1982 all the information on the subject of interest to you in the records of the Department of Energy, Mines and Resources and to which you are entitled. Furthermore, I understand that you were informed on behalf of the Deputy Minister, by letter dated June 8, 1984, that the Deputy Minister does not have in his possession any additional information.

Again, I can see no basis for your allegation that the Deputy Minister of Finance failed to provide you with free access to information when you were informed on behalf of the Deputy Minister, by letter dated June 5, 1984, that you would be provided with free access to all the information to which you are entitled. Furthermore, I understand that on June 11, 1984, the Deputy Minister provided your representative with free access to all the information in the files of that department except for confidences of the Queen's Privy Council for Canada to which you are not entitled.

Surely you are not claiming a right of free access to confidences of the Queen's Privy Council for Canada. You know that, under our system of government, confidences of the Queen's Privy Council for Canada must, to safeguard the principle of collective responsibility of Ministers, remain confidential. Moreover, given the nature of such confidences, I cannot see how they could have any relevance or utility to the fulfillment of your responsibilities under the Auditor General Act.

Again, I see no basis for your allegation that the Chairman of the Board of Petro-Canada failed to provide you free access to information pursuant to Section 13(1) of the Auditor General Act when Section 14(2) of that Act clearly provides that such a request for information is to be made under that section to the Crown corporation and when the Chairman of the Board of Petro-Canada, who is not a member of the public service of Canada, is clearly not subject to Section 13(1) of the Auditor General Act.

Again, I see no basis for your allegation that the Minister of Finances and the Minister of Energy, Mines and Resources failed to provide you with free access to information when, as head of their department, they referred you to their deputy head whom they instructed to provide you with free access to information to which you are entitled in the records of their department.

mations alors que vous avez reçu, au mois de septembre 1982, tous les renseignements pertinents susceptibles de vous intéresser qui figurent dans les registres de ce ministère et auxquels vous aviez droit. Je crois comprendre, en outre, que vous avez été informé au nom du sous-ministre, par lettre en date du 8 juin 1984, que ce dernier n'a en sa possession aucun autre renseignement.

De même, je ne vois pas en quoi vous pouvez prétendre que le sous-ministre des Finances a refusé de vous donner librement accès à certaines informations alors que vous avez été informé en son nom, par lettre en date du 5 juin 1984, qu'on vous permettrait de consulter librement tous les renseignements auxquels vous aviez droit. En outre, je crois comprendre que le 11 juin 1984, le sous-ministre a donné à votre représentant libre accès à tous les renseignements contenus dans les dossiers de ce ministère, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, auxquels vous n'aviez pas droit.

Vous ne réclamez pas, assurément, le droit de prendre librement connaissance des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Vous n'êtes pas sans savoir qu'en vertu de notre système de gouvernement, les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada doivent, au nom du principe de la responsabilité ministérielle, demeurer confidentiels. Du reste, vu la nature de ces renseignements confidentiels, je ne puis voir en quoi ils pourraient avoir quelque pertinence ou utilité dans l'exercice des fonctions que vous confère la Loi sur le vérificateur général.

De nouveau, je ne puis trouver aucun fondement à votre allégation selon laquelle le président du conseil d'administration de Petro-Canada a refusé de vous donner librement accès à certaines informations conformément au paragraphe 13(1) de la Loi sur le vérificateur général, alors que le paragraphe 14(2) de cette loi édicte clairement qu'une telle demande d'information doit être adressée à la société d'État en vertu de cet article et alors que le président du conseil d'administration de Petro-Canada, qui n'est pas membre de la Fonction publique du Canada, n'est de toute évidence pas assujéti au paragraphe 13(1) de la Loi.

Je ne puis trouver aucun fondement non plus à votre allégation selon laquelle le ministre des Finances, ainsi que le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources ont refusé de vous donner librement accès à certaines informations alors qu'en qualité de chef de leur ministère, ils ont donné à leur sous-chef instruction de vous permettre de consulter les renseignements auxquels vous aviez droit dans les registres de leur ministère.

I am particularly concerned by your allegation that the information you requested concerning the acquisition of Petrofina Canada Inc. by Petro-Canada, is necessary to fulfill your responsibilities as auditor of the accounts of Canada when your responsibilities as auditor of the accounts of Canada are in this case to audit the Canadian Ownership Account and more precisely to verify if payments made to Petro-Canada from the Canadian Ownership Account were made for the purposes and according to the conditions prescribed by Parliament and the Governor in Council under Appropriation Act n° 4 1980-81 and whether the Government of Canada, in return, received from Petro-Canada shares, debentures, bonds or other evidences of indebtedness of Petro-Canada.

In closing, I am of the opinion that the position expressed in your letter of June 25, 1984, goes far beyond the role and functions of the Auditor General under the Auditor General Act.

Thwarted in his pursuit of desired information, the Auditor General, as I have mentioned, commenced proceedings in the Federal Court, Trial Division, for a remedy which would vindicate the claimed s. 13(1) right to the denied information. Initially, the Auditor General proceeded by way of a notice of motion of July 5, 1984, seeking an order of mandamus directing the respondents to give the Auditor General free access to the documentation summarized above in the letter to the Prime Minister, as well as copies of such documentation, and also a permanent injunction which would restrain the respondents from hindering access to the documents which are the subject of the order of mandamus. For various reasons, Jerome A.C.J. at pp. 732-34, *supra*, took the view that orders of the sort sought in the notice of motion were only available after judgment in an action, not by way of motion. It was also the concern of Jerome A.C.J. that the only remedy that could be granted would be a declaration. He cited two reasons for this concern; (i) as any correlative duties to the s. 13(1) right were not stated specifically, mandamus could not lie; and (ii) at p. 733:

[S]ince both *mandamus* and injunctive relief are discretionary in nature, it may be entirely inappropriate to grant either one of them unless the applicant has first

J'estime particulièrement troublante votre allégation selon laquelle les renseignements réclamés concernant l'acquisition de Petrofina Canada Inc. par Petro-Canada sont nécessaires à l'exercice de vos fonctions de vérificateur des comptes du Canada, alors que les fonctions qui vous sont conférées à ce titre consistent, en l'occurrence, à vérifier le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne et, plus précisément, à vérifier si les versements faits à Petro-Canada, à même le Compte, l'ont été pour les fins et aux conditions prescrites par le Parlement et le gouverneur en conseil dans la Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits, et si le Gouvernement du Canada a reçu de Petro-Canada, en retour, des actions, titres, obligations ou autres titres de créances de cette société.

En conclusion, je suis d'avis que la position que vous exprimez dans votre lettre du 25 juin 1984 va bien au-delà du rôle et des fonctions que la Loi sur le vérificateur général confère au vérificateur général.

Contrarié dans ses tentatives de recueillir les renseignements désirés, le vérificateur général, comme je l'ai indiqué, a engagé une action en Cour fédérale, Section de première instance, afin de faire valoir sa prétention au droit d'obtenir ces renseignements en vertu du par. 13(1). Initialement, il a procédé par voie d'avis de requête en date du 5 juillet 1984. Il y sollicitait une ordonnance de *mandamus* enjoignant aux intimés de lui donner librement accès aux documents énumérés brièvement dans la lettre au Premier ministre, précitée, et de lui fournir des copies de ces documents; il demandait également la délivrance d'une injonction permanente interdisant aux intimés d'empêcher l'accès aux documents ainsi visés par l'ordonnance de *mandamus*. Pour divers motifs, le juge en chef adjoint Jerome, aux pp. 732 à 734 de son jugement précité, a estimé que des ordonnances de ce genre ne pouvaient être obtenues qu'après jugement au fond dans une action et non par voie de requête. Il a affirmé également que le seul redressement possible était celui du jugement déclaratoire. Sa préoccupation à cet égard était fondée sur deux motifs: (i) on ne pouvait avoir recours au *mandamus* puisque aucune obligation correspondant au droit conféré par le par. 13(1) n'était spécifiquement prévue, et (ii), à la p. 733:

[L]e *mandamus* et l'injonction étant de nature discrétionnaire, il peut être tout à fait inopportun d'accorder l'une ou l'autre de ces demandes avant que le requérant

exhausted every other convenient remedy at his disposal (see Supreme Court of Canada in *Harelkin*). In summary, it seemed quite clear that if this Court is to be in a position to resolve this dispute, it would have to be by way of declaratory judgment, only available in the Trial Division of the Federal Court of Canada, in an action.

Jerome A.C.J. called opposing counsel together after the notice of motion had been filed and secured their agreement to transform the initial application into an action between the parties. On August 2, 1985, the Auditor General filed his statement of claim, reiterating the earlier application for mandamus and a permanent injunction, but also claiming in the alternative a declaration of the Auditor General's right to access to specified information as well as the right to require and receive such information, reports and explanations as deemed necessary by the Auditor General. The information sought was as follows:

(i) All analysis and/or evaluation reports pertaining to the acquisition of Petrofina Canada Inc. prepared for, or received by or considered by, the Defendants in the exercise of their respective individual or joint statutory responsibilities;

(ii) All presentations, documents or memoranda relating to the use of funds from the accounts of Canada (in particular from the Canadian Ownership Account) for the acquisition of Petrofina Canada Inc. that were prepared for, or received by or considered by, the Defendants in the exercise of their respective joint or individual statutory responsibilities with respect to the acquisition of Petrofina Canada Inc.;

(iii) All evaluations of the Petrofina Canada Inc. acquisition and/or the assets acquired, that were undertaken subsequent to the acquisition, prepared for or received by, or considered by, the Defendants in the exercise of their respective individual or joint statutory responsibilities;

(iv) to provide the Plaintiff with information, and reports and explanation contained in the documents set out in (i), applicable to payments of public monies made from the accounts of Canada, more particularly, payments from the Canadian Ownership Account, Vote 5c, *Appropriation Act No. 4, 1980-81*, to acquire shares and property of Petrofina Canada Inc. and which the Plaintiff deems necessary to fulfill his responsibility under the *Auditor General Act*.

n'ait d'abord épuisé tous les autres recours à sa disposition (voir l'arrêt *Harelkin* de la Cour suprême du Canada). En bref, il semble fort clair que pour que la Cour soit en position de résoudre ce litige, il faut emprunter la voie du jugement déclaratoire. Celui-ci ne s'obtient qu'en Division de première instance de la Cour fédérale du Canada dans le cadre d'une action.

Aussi le juge en chef adjoint Jerome a-t-il convoqué les avocats de toutes les parties après le dépôt de l'avis de requête afin d'obtenir leur consentement à la transformation de la requête initiale en une action entre les parties. Le 2 août 1985, le vérificateur général a produit une déclaration réitérant sa demande antérieure de *mandamus* et d'injonction permanente mais sollicitant subsidiairement un jugement déclaratoire confirmant le droit du vérificateur général de prendre connaissance des renseignements mentionnés ainsi que son droit d'exiger tous les renseignements, rapports et explications qu'il juge nécessaires. Les informations demandées étaient les suivantes:

[TRADUCTION] (i) Les analyses et/ou rapports d'évaluation concernant l'acquisition de Petrofina Canada Inc. préparés pour les défendeurs, ou reçus par eux, ou dont ils ont tenu compte dans l'exercice de leurs responsabilités légales respectives, individuelles ou collectives;

(ii) Les documents, propositions ou mémoires concernant l'emploi de fonds à même les comptes du Canada (notamment le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne) pour l'acquisition de Petrofina Canada Inc., qui ont été rédigés pour les défendeurs, ou reçus par eux, ou dont ils ont tenu compte dans l'exercice de leurs responsabilités légales respectives, collectives ou individuelles, concernant l'acquisition de Petrofina Canada Inc.;

(iii) Toutes les évaluations de l'acquisition de Petrofina Canada Inc. et/ou des actifs acquis, faites ultérieurement à l'acquisition par les défendeurs, rédigés pour eux, ou reçus par eux, ou dont ils ont tenu compte dans l'exercice de leurs responsabilités légales respectives, individuelles ou collectives;

(iv) Afin de fournir au demandeur l'information, les rapports et les explications que comportent les documents énoncés en (i), concernant les paiements de fonds publics prélevés sur les comptes du Canada, plus particulièrement les paiements prélevés sur le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne, crédit 5c, *Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits* pour acquérir les actions et la propriété de Petrofina Canada Inc., que le demandeur estime nécessaires à l'exercice de sa fonction en vertu de la *Loi sur le vérificateur général*.

Between the original notice of motion and the statement of claim, the Clerk of the Privy Council, Gordon F. Osbaldeston, issued a certificate pursuant to s. 36.3 of the *Canada Evidence Act* stating that the documents sought by the Auditor General were confidential documents of the Trudeau Cabinet (on the basis of a claimed convention of Cabinet confidentiality and a claimed convention respecting access to the papers of previous ministries) and could not therefore be disclosed. All of the documents listed in a schedule to the certificate were asserted to relate to policy formulation by Cabinet with respect to the Petrofina acquisition.

### III. Judgments in the Federal Court

#### A. *Federal Court, Trial Division*

Jerome A.C.J. was of the opinion that the case centred on whether the right to access to information given to the Auditor General by s. 13 of the *Auditor General Act*, took precedence over or, rather, had to defer to a convention of confidence of the Queen's Privy Council of Canada. The Act was structured such that the Auditor General's auditing responsibilities with respect to the accounts of Canada were set out in ss. 5 to 7 while the ss. 13 and 14 access to information sections were designed to facilitate the discharge of those duties. Jerome A.C.J. interpreted ss. 5 and 13 together to produce the result that the Auditor General had free access to all information, including Cabinet documents, that related to "the fulfilment of his responsibilities" which was a reference back to the stipulation in s. 5 that the Auditor General "shall make such examinations and inquiries as he considers necessary to enable him to report as required by this Act" (e.g. s. 7(2)(d)). The only exception to the access entitlement was found in s. 13(1) itself, in its first subordinate clause which reads "Except as provided by any other Act of Parliament that expressly refers to this subsection..." Since no relevant Act expressly referred to s. 13(1), s. 13(1) prevailed.

Entre le dépôt de l'avis initial de requête et celui de la déclaration, le greffier du Conseil privé, Gordon F. Osbaldeston, dans une attestation délivrée conformément à l'art. 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* a certifié que les documents demandés étaient des documents confidentiels du Cabinet Trudeau (en raison de l'existence alléguée d'une convention sur le secret des documents du Cabinet et d'une autre concernant l'accès aux dossiers des ministères précédents) et qu'ils ne pouvaient donc pas être divulgués. Il certifiait également que tous les documents énumérés en annexe de l'attestation se rapportaient à l'élaboration de la politique du Cabinet touchant l'acquisition de Petrofina.

### III. Jugements de la Cour fédérale

#### A. *Section de première instance*

Selon le juge en chef adjoint Jerome, la question fondamentale en l'espèce était de savoir si le droit à l'accès à des documents, conféré au vérificateur général par l'art. 13 de la *Loi sur le vérificateur général*, avait préséance sur la convention du secret du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou, au contraire, s'il y était soumis. Cette loi est ainsi conçue que les responsabilités du vérificateur général à l'égard des comptes du Canada sont définies aux art. 5 à 7, tandis que les art. 13 et 14 relatifs à l'accès à l'information visent à lui faciliter l'exercice de ces fonctions. De la lecture combinée des art. 5 et 13, le juge en chef adjoint Jerome a conclu que le vérificateur général avait le droit de prendre librement connaissance de tous les renseignements, y compris les documents du Cabinet, se rapportant à «l'exercice de ses fonctions», un renvoi à l'art. 5 qui édicte que le vérificateur général «effectue les examens et enquêtes qu'il juge nécessaires pour lui permettre de faire rapport comme l'exige la présente loi» (c.-à-d. l'al. 7(2)d)). La seule exception au droit d'accès était prévue au par. 13(1) lui-même qui débute par la proposition subordonnée suivante: «Sous réserve des dispositions d'une autre loi du Parlement qui se réfèrent expressément au présent paragraphe . . . » Puisque aucune loi pertinente ne se référait expressément au par. 13(1), ce dernier prévalait.

Jerome A.C.J. had no difficulty in finding that there exists in Canada a convention whereunder private deliberations between Ministers of the Crown for the purpose of rendering advice to Her Majesty remain confidential. The existence of a convention on Cabinet confidentiality could not, however, displace the interpretation which the trial judge placed on s. 13(1). The failure of Parliament to embody statutorily the convention in the *Auditor General Act* meant that it was not intended that the Auditor General should be restricted by the convention. This was especially the case considering that three federal statutes (the *Canada Evidence Act*, the *Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Schedule I), and the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Schedule II)) as well as the Rules and Procedures of the House of Commons specifically recognized the convention.

Jerome A.C.J. then granted a declaration that the Auditor General was entitled to access to the information contained in the documents set out in the statement of claim. From the moment of his original request as well as for all future requests, he was so entitled because the Act was found to leave to the Auditor General the determination of which examinations were necessary for the fulfilment of his responsibilities. Jerome A.C.J. further advanced the view that the s. 36.3 certificate would have barred any order for production of documents by the court but had no effect on a declaratory judgment such as he was issuing.

Finally, Jerome A.C.J. referred to submissions before him to the effect that the Auditor General's only avenue of redress in a dispute over his entitlement to information under s. 13(1) was to Parliament. This argument, which was again advanced before this Court, was rejected at pp. 749-50, in the following terms:

Were we dealing with discretionary relief of *mandamus*, those arguments would be more pertinent. Here, there is an impasse between two principles, each a part of our law, and the plaintiff asks the Court to resolve the impasse. It is the Court's obligation to do so. Furthermore, there is a very practical limitation upon the possibility of a full resolution within the precincts of the

C'est sans difficulté que le juge en chef adjoint Jerome a constaté qu'il existait au Canada une convention en vertu de laquelle les délibérations privées des ministres de la Couronne au Conseil de Sa Majesté demeurent confidentielles. Mais cela n'a pas changé son interprétation du par. 13(1). À son avis en effet, l'absence de disposition incorporant la convention dans la *Loi sur le vérificateur général* signifie que le Parlement n'entendait pas que le vérificateur général y fût assujéti, d'autant plus que l'existence de la convention était spécifiquement reconnue dans trois lois fédérales (la *Loi sur la preuve au Canada*, la *Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 (annexe I), et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 (annexe II)), ainsi que dans le Règlement de la Chambre des communes.

Le juge en chef adjoint Jerome a donc rendu un jugement déclarant que le vérificateur général avait un droit d'accès aux renseignements contenus dans les documents énumérés dans la déclaration et ce, à partir de sa demande initiale et pour toute demande subséquente. D'après lui, ce droit découlait de ce que la Loi laisse au vérificateur général le soin de juger des examens nécessaires à l'exercice de ses responsabilités. Le juge a ajouté que l'attestation visée à l'art. 36.3 aurait constitué un obstacle absolu à toute ordonnance de la Cour visant la production de documents, mais qu'elle n'avait aucun effet sur un jugement déclaratoire du genre de celui qu'il rendait en l'espèce.

Enfin le juge en chef adjoint a évoqué les arguments présentés devant lui selon lesquels le seul recours du vérificateur général, en cas de litige concernant son droit d'accès à l'information en vertu du par. 13(1), était de s'adresser au Parlement. Voici en quels termes, aux pp. 749 et 750, il a rejeté cette prétention qu'on a également fait valoir devant cette Cour:

Ces arguments seraient plus pertinents si l'on demandait en l'espèce à la Cour d'exercer sa discrétion en délivrant un bref de *mandamus*. Or nous sommes en présence d'une impasse entre deux principes, chacun d'eux faisant partie de notre droit, et le demandeur demande à la Cour de mettre fin à l'impasse. Nous sommes tenus de le faire. En outre, la possibilité de résoudre totalement le

House of Commons. The grievance is the denial of access to information in the hands of Cabinet. Cabinet occupies the executive position because of the Government majority in the House of Commons. The ultimate disposition of any grievance would, I assume, result from a motion to compel production of the documents and whether in the standing committees or on the floor of the House of Commons, the resulting vote is predictably governed by the very same majority.

### B. *Federal Court of Appeal*

The judgment of Jerome A.C.J. was appealed and reversed. All three judges in the Federal Court of Appeal gave reasons for judgment. Heald and Pratte J.J. formed a majority in favour of allowing the appeal while Hugessen J. dissented, although he would still have varied the scope of the declaration granted by Jerome A.C.J. Because each majority opinion to some extent responds to the dissenting first reasons penned by Hugessen J., I shall commence my review of the Court of Appeal judgments with his opinion.

#### 1. Dissenting Opinion of Hugessen J.

Hugessen J. began by stating that prior to determining whether any convention of Cabinet confidentiality took precedence over the s. 13(1) access to information entitlement (which Jerome A.C.J. viewed as the main issue), there was a prior issue of determining the nature and extent of the responsibilities of the Auditor General, and whether he had a duty to follow the use made of public funds in order to determine whether the Canadian people had had value for their money; for convenience sake, this may be referred to as the "tracing" issue. In approaching the interpretive task, Hugessen J. stated that an evolutive interpretation of the Act was necessary as the Auditor General's actual role has always tended to run somewhat beyond the strict legal framework (at p. 433):

Since that role has continued to evolve and since, as will be seen, nothing in the language of the 1977 statute requires it to be given a narrow reading, care must be taken to avoid freezing the function as though it had not continued to develop.

problème au sein de la Chambre des communes connaît des limites d'ordre pratique. Le grief en cause est le refus de communiquer des documents qui sont entre les mains du Cabinet. Ce dernier possède le pouvoir exécutif étant donné la majorité du gouvernement à la Chambre des communes. Je présume que l'issue finale d'un grief ferait suite à une motion portant production de documents, et, que ce soit au sein des comités permanents ou à la Chambre des communes, le vote qui en résulterait dépendrait à coup sûr de la même majorité.

### B. *Cour d'appel fédérale*

Le jugement du juge en chef adjoint Jerome a été infirmé en appel. Les trois juges de la Cour d'appel fédérale ont chacun rédigé des motifs. Les juges Heald et Pratte, formant la majorité, étaient d'avis d'accueillir l'appel; le juge Hugessen, quoique dissident, aurait néanmoins modifié la portée du jugement déclaratoire prononcé par le juge de première instance. Comme les juges de la majorité répondent dans une certaine mesure aux motifs dissidents du juge Hugessen, c'est par son opinion que je commencerai mon examen.

#### 1. Opinion dissidente du juge Hugessen

Le juge Hugessen a affirmé d'emblée qu'avant de décider si une quelconque convention sur le secret du Cabinet avait préséance sur le droit à l'accès à des documents conféré par le par. 13(1)—la principale question litigieuse selon le juge en chef adjoint Jerome—il convenait de trancher au préalable la question de la nature et de l'étendue des obligations dévolues au vérificateur général et celle de savoir si celui-ci était tenu de suivre l'utilisation des fonds publics afin de déterminer s'il y avait eu emploi rentable des deniers publics (on pourrait, plus simplement, parler de la question du «suivi»). Abordant ensuite l'interprétation de la Loi, le juge Hugessen a souligné qu'il importait d'adopter un point de vue évolutif parce que le rôle véritable du vérificateur général a toujours eu tendance à déborder le cadre des dispositions strictement légales (à la p. 433):

Ce rôle ayant continué de se transformer et, ainsi que nous le verrons, la Loi de 1977 ne contenant aucune disposition qui exige qu'elle doive être interprétée de façon stricte, nous devons prendre garde de ne pas attribuer à la fonction du vérificateur général un caractère figé plutôt qu'évolutif.

Hugessen J. interpreted s. 5 to be a general statement of the Auditor General's duties. Section 5 linked the Auditor General's "examinations and inquiries" to his "report", the scope of which was determined by s. 7. Section 7(2)(d) and (e) were found to give specific authority to inquire into economy, efficiency and effectiveness, "the classic vocabulary of comprehensive auditing or value for money" (p. 437). Hugessen J. relied quite heavily on the wording of Vote 5c in dealing with the tracing question. Because Vote 5c clearly directed that the appropriated funds were not merely for an investment in Petro-Canada but also for the use by Petro-Canada to acquire Petrofina, the Auditor General could trace the flow of the appropriated funds in order to determine both whether the money was spent on the appropriated purpose (s. 7(2)(c)) and whether value for money had been achieved (s. 7(2)(d) and (e)). In carrying out such an audit, the Auditor General would not be questioning the wisdom of the political decision to promote the policy of the National Energy Programme via the Petrofina acquisition but, rather, would be conveying to Parliament an evaluation of the economic cost of the political decision. Furnished with such information, others, M.P.'s and voters, could make their own political judgments on the wisdom of the venture.

Having determined that the Auditor General's duties extended to evaluating the flow of funds from Petro-Canada to Petrofina, Hugessen J. moved on to consider the information to which the Auditor General had access as of right. Section 13(1) paralleled the previous ss. 5 and 7 which covered the Auditor General's duties. The section was divided into two distinct rights, one exercisable against civil servants and the other against persons other than civil servants. The right to information in either case was governed by the test of whether the information related to the fulfilment of the Auditor General's responsibilities. Because the Auditor General had a duty to make the inquiries into the Petrofina acquisition, s. 13(1) entitled him to access to the relevant information.

Le juge Hugessen a interprété l'art. 5 comme un exposé général des fonctions du vérificateur général dont les «examens et enquêtes» se rattachent au «rapport» qu'il doit présenter dans le cadre fixé à l'art. 7. Il a estimé que les al. 7(2)d) et e) autorisaient expressément le vérificateur général à enquêter sur l'économie, l'efficacité et l'efficacités, «terminologie classique propre à la vérification intégrée ou la vérification rendement-coût» (p. 437). Examinant la question du suivi, le juge Hugessen a accordé une grande importance au texte du crédit 5c. Étant donné qu'il y était clairement prescrit que les fonds affectés ne devaient pas servir simplement à un placement dans Petro-Canada mais qu'ils devaient également être utilisés par Petro-Canada pour acquérir Petrofina, le vérificateur général pouvait suivre ces fonds pour déterminer s'ils avaient été dépensés aux fins auxquelles ils avaient été affectés (al. 7(2)c) et s'il y avait eu optimisation des ressources (al. 7(2)d) et e)). En procédant à une telle vérification, le vérificateur général ne mettrait pas en cause la sagesse de la décision politique de promouvoir le Programme énergétique national au moyen de l'acquisition de Petrofina, mais fournirait plutôt au Parlement une évaluation du coût économique de cette décision politique. En possession d'une telle information, d'autres—députés et électeurs—seraient ainsi en mesure de porter leur propre jugement politique sur la sagesse de cette opération.

Ayant conclu que les fonctions du vérificateur général comprenaient l'évaluation du transfert des fonds de Petro-Canada à Petrofina, le juge Hugessen a poursuivi en prenant en considération les renseignements auxquels celui-ci avait accès de plein droit. C'est en parallèle avec les art. 5 et 7 visant les fonctions du vérificateur général que le par. 13(1) a été rédigé. Il a été divisé en deux droits distincts, l'un pouvant être exercé contre les fonctionnaires et l'autre, contre les personnes qui ne sont pas des fonctionnaires. Dans chaque cas, le critère applicable pour savoir s'il y a droit à l'information consiste à déterminer si les renseignements recherchés se rapportent à l'exercice des fonctions du vérificateur général. Ce dernier ayant l'obligation de faire enquête sur l'acquisition de Petrofina, le par. 13(1) lui conférait le droit de prendre connaissance des renseignements pertinents.

Hugessen J. went on to find that neither the s. 36.3 certificate nor any constitutional convention of confidentiality could prevail over the s. 13(1) entitlement. The primacy clause with which s. 13(1) began was so unambiguous and strongly worded as to override any privilege whether common law or statutory. Only a statute specifically referring to s. 13(1) could oust a s. 13(1) entitlement.

Like Jerome A.C.J., Hugessen J. rejected two arguments on the nature of the available remedies. He first stated his view that if the only means by which the Auditor General could enforce his s. 13(1) rights were via his s. 13(4) powers of subpoena as a commissioner under the *Inquiries Act*, then Hugessen J. would read the s. 13(1) primacy (as against a s. 36.3 certificate) into s. 13(4). He went on (at pp. 441-42), however, to find that the s. 13(1) right independently entailed the availability of judicial remedies:

For my part, however, I can see no basis in principle upon which the Auditor General's right of access under subsection 13(1) should be limited by the procedural remedy of subsection 13(4). The scope of the first so vastly exceeds that of the second that any such limitation would, in truth, amount to a denial of the right itself.

By the same token, I am unable to accept the appellants' subsidiary argument that, in the event of denial of access, the Auditor General's only remedy is to make an unfavourable report to Parliament under paragraph 7(1)(b). The statute speaks in terms of entitlement, a legal term peculiarly apt to describe a legal right for which there must be a legal remedy. A declaration of the kind sought here is singularly appropriate as a remedy. If I had any doubt on the matter (and I have not), I would apply to the *Auditor General Act* the same sort of broad and purposive interpretation as was given by the Supreme Court to the *Ombudsman Act* (R.S.B.C. 1979, c. 306) in *British Columbia Development Corporation et al. v. Friedmann, Ombudsman et al.*, [1984] 2 S.C.R. 447.

Le juge Hugessen a de plus estimé que ni une attestation en vertu de l'art. 36.3 ni une convention constitutionnelle sur la confidentialité ne pouvait prévaloir sur le droit conféré au par. 13(1). La disposition attributive de prépondérance introduisant ce paragraphe est rédigée en termes si forts et si dépourvus d'ambiguïté qu'elle l'emporte sur tout privilège, fût-il fondé sur la *common law* ou sur la loi. Seule une disposition se référant spécifiquement au par. 13(1) pourrait faire échec au droit visé à ce même paragraphe.

À l'instar du juge en chef adjoint Jerome, le juge Hugessen a rejeté deux arguments portant sur la nature des recours disponibles. Il a d'abord déclaré que, si le seul moyen dont disposait le vérificateur général pour faire respecter ses droits en vertu du par. 13(1) consistait à décerner un *subpœna* dans l'exercice de ses pouvoirs de commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, la prépondérance reconnue au par. 13(1) (à l'égard d'une attestation visée à l'art. 36.3) passerait alors au par. 13(4). Il a ajouté cependant, aux pp. 441 et 442, que le droit garanti par le par. 13(1) donnait, en soi, ouverture à des recours de nature judiciaire:

Pour ma part, cependant, je ne peux voir aucun principe qui nous oblige de limiter par la procédure édictée au paragraphe 13(4) le droit d'accès à l'information garanti au vérificateur général par le paragraphe 13(1). Celui-ci a une portée tellement plus vaste que celui-là que toute restriction de ce genre équivaldrait, en vérité, au refus de reconnaître le droit lui-même.

De même, je ne puis accepter l'argument des appelants lorsqu'ils font valoir, à titre subsidiaire, que le seul recours du vérificateur général contre le refus de communication est un rapport défavorable au Parlement conformément à l'alinéa 7(1)b). La Loi parle de droit, terme juridique tout à fait apte pour décrire une garantie juridique à l'appui de laquelle il doit exister un recours judiciaire. Un jugement déclaratoire du genre de celui qu'on tente d'obtenir en l'espèce constitue un redressement particulièrement approprié. Si j'avais quelque doute sur la question (mais ce n'est pas le cas), j'appliquerais à la *Loi sur le vérificateur général* le genre d'interprétation large et téléologique que la Cour suprême a donné à l'*Ombudsman Act* (R.S.B.C. 1979, chap. 306) dans l'arrêt *British Columbia Development Corporation et autre c. Friedmann, Ombudsman et autres*, [1984] 2 R.C.S. 447.



Hugessen J. thus would have dismissed the appeal, subject to one proviso. The first paragraph of Jerome A.C.J.'s formal order, at p. 752, declared that the Auditor General had a right of access under s. 13(1) to all information deemed necessary by the Auditor General himself. In Hugessen J.'s view, this went beyond what had been requested (at p. 444):

In my view, this declaration is far in excess of what was asked for and should not, in any event, be granted. It, in effect, gives the Auditor General *carte blanche*, with the authority of a binding declaration from the Court, to have access to all and every document as he alone deems necessary. While it is, of course, true that, in the first instance, it will always be the Auditor General who must decide what is or is not necessary for him to carry out his functions under the law, it is equally true that, in any case where his judgment on the point is questioned, the matter will have to be determined by a court of law. That is precisely what has happened in the present case and if, in some future case, some problem arises as to what is properly within the Auditor General's scope of inquiry, it will have to be resolved in the same way.

Hugessen J., in the course of his reasons, stated that the appeal did not require any definitive pronouncement on the questions of Crown privilege and the constitutional conventions of Cabinet confidentiality.

## 2. The Majority Opinion of Heald J.

Heald J. began by endorsing Hugessen J.'s characterization of the issues. He agreed with Hugessen J. as well that s. 13(1) was paramount over other statutory and common law rules. However, in this case s. 13(1)'s paramountcy did not give the Auditor General access to the claimed Cabinet documents or Petro-Canada records because they did not relate to the "fulfilment of his responsibilities".

In order to determine what those responsibilities were, Heald J. had regard both to ss. 5 and 7 and to ss. 13 and 14, but primarily to the latter sections. Unlike Hugessen J., he did not appear to see "responsibilities" in s. 13(1) as being coextensive

Le juge Hugessen était donc d'avis de rejeter l'appel, sous réserve toutefois d'un point. Dans le premier paragraphe de son ordonnance formelle, à la p. 752, le juge en chef adjoint Jerome déclarait que le vérificateur général avait le droit, en vertu du par. 13(1), de prendre connaissance de tous les renseignements qu'il estimait lui-même nécessaires. Selon le juge Hugessen, cette partie de l'ordonnance excédait la demande (à la p. 444):

À mon avis, cette déclaration va bien au-delà de ce qui était demandé et elle devrait, de toute façon, être rejetée. En effet, avec tout le poids que lui confère l'autorité d'un jugement déclaratoire de la Cour, elle donne au vérificateur général blanc-seing pour consulter tout document que lui seul considère comme nécessaire. Bien qu'en premier lieu, il appartienne naturellement toujours au vérificateur général de déterminer ce dont il a besoin ou non pour exercer ses fonctions, il est également vrai que, chaque fois que son jugement est mis en doute sur ce point, la question doit être tranchée par une cour de justice. C'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce et si quelque problème devait se poser à l'avenir au sujet des limites régulières de l'enquête du vérificateur général, il faudra le résoudre de la même façon.

Enfin, le juge Hugessen a déclaré dans ses motifs qu'il n'était pas nécessaire, pour les fins de l'appel, de se prononcer de façon définitive sur les questions du privilège de la Couronne et des conventions constitutionnelles sur le secret des documents du Cabinet.

## 2. L'opinion majoritaire du juge Heald

Le juge Heald a d'abord souscrit à la façon dont le juge Hugessen avait posé les questions à résoudre. Tout comme lui également, il a estimé que le par. 13(1) avait prépondérance sur les autres lois et sur les règles de *common law*. En l'espèce toutefois, cette prépondérance ne donnait pas au vérificateur général accès aux documents du Cabinet ou aux dossiers de Petro-Canada réclamés parce que l'information qui y était contenue ne se rapportait pas à «l'exercice de ses fonctions».

Afin de déterminer quelles étaient ces fonctions, le juge Heald a pris en compte tant les art. 5 et 7 que les art. 13 et 14, mais surtout les derniers. Contrairement au juge Hugessen, il ne paraît pas avoir accordé aux fonctions («responsibilities»)

with the “duties” in ss. 5 and 7; as a result, he did not determine those responsibilities by looking solely at ss. 5 and 7 as an initial stage of analysis. Rather, all of the sections were read together in such a way that auditing duties merged with sources of information. Heald J.’s approach tended to suggest that when information was sought by the Auditor General from a source, that source was being audited as part of auditing the accounts of Canada.

Heald J. first asked whether the Auditor General’s auditing responsibilities extended to Cabinet documents. First, Cabinet Ministers and the Privy Council did not fall within the definition of “public service” in s. 13(1). Secondly, they did not fall within the residual area of s. 13(1) (non-public service) as they were not mentioned by the facilitating s. 13(2) and (3). Because Crown corporations were mentioned in s. 13(3), they fell within s. 13(1) as did departments, which were mentioned both in s. 13(2) and s. 13(1) itself. Thirdly, Heald J. reasoned that since the Auditor General could only audit expenditures “downstream” of appropriation (e.g. Vote 5c), his “responsibilities” could not include reporting on “decisions reached by the Governor in Council which led to the Parliamentary appropriation” (p. 418). On this third point, Heald J., after quoting the opening words of the *Auditor General Act*, “The Auditor General is the auditor of the accounts of Canada”, stated (at pp. 417-18):

The expression “accounts of Canada” is not defined in the *Auditor General Act*. However, it is referred to in the *Financial Administration Act*. Section 54 of that Act provides:

54. (1) Subject to regulations of the Treasury Board, the Receiver General shall cause accounts to be kept in such manner as to show

- (a) the expenditures made under each appropriation;
- (b) the revenues of Canada; and

visées par le par. 13(1) la même portée qu’à celles («*duties*») définies aux art. 5 et 7; aussi, n’a-t-il pas, comme point de départ de son analyse, identifié ces fonctions en examinant uniquement les art. 5 et 7. Considérant plutôt l’ensemble des dispositions, il a estimé que les fonctions de vérification étaient inséparables des sources de renseignements. Ce point de vue du juge Heald tend à suggérer que, dans le cas où le vérificateur cherche à obtenir des renseignements d’une source, cette source fait l’objet d’une vérification dans le cadre de la vérification des comptes du Canada.

Le juge Heald s’est d’abord demandé si les fonctions de vérification du vérificateur général s’étendaient aux documents du Cabinet. En premier lieu, les ministres du Cabinet ainsi que les membres du Conseil privé de la Reine ne sont pas des «fonctionnaires» au sens du par. 13(1). En second lieu, ils ne sont pas non plus visés par le reste du paragraphe (personnes autres que des fonctionnaires) puisque les par. 13(2) et (3) destinés à faciliter la tâche du vérificateur général n’en font pas mention. Les sociétés d’État étant mentionnées au par. 13(3), elles sont visées au par. 13(1), tout comme les ministères, dont il est question tant au par. 13(2) qu’au par. 13(1) lui-même. En dernier lieu, le juge Heald a conclu qu’étant donné que le vérificateur général ne pouvait vérifier que les dépenses effectuées «en aval» de l’affectation des crédits (en l’occurrence le crédit 5c), ses «fonctions» ne pouvaient s’étendre «aux décisions prises par le gouverneur en conseil qui ont donné lieu à une affectation de crédit» (p. 418). Sur ce troisième point, après avoir cité les premiers mots de la *Loi sur le vérificateur général* — «[l]e vérificateur général est le vérificateur des comptes du Canada» — le juge Heald a déclaré (aux pp. 417 et 418):

La *Loi sur le vérificateur général* ne définit pas l’expression «comptes du Canada», mais la *Loi sur l’administration financière* en fait mention. L’article 54 de cette Loi est rédigé comme suit:

54. (1) Sous réserve des règlements du conseil du Trésor, le receveur général doit faire tenir des comptes de manière qu’ils indiquent

- a) les dépenses effectuées en vertu de chaque crédit budgétaire;
- b) les revenus du Canada; et

(c) the other payments into and out of the Consolidated Revenue Fund.

(2) The Receiver General

(a) shall cause accounts to be kept to show such of the assets and direct and contingent liabilities of Canada, and

(b) shall establish such reserves with respect to the assets and liabilities,

as, in the opinion of the Minister, are required to give a true and fair view of the financial position of Canada.

(3) The accounts of Canada shall be kept in the currency of Canada.

This is consistent with section 19 of the same Act which provides:

19. Subject to the *British North America Acts, 1867 to 1965*, no payments shall be made out of the Consolidated Revenue Fund without the authority of Parliament.

Thus, pursuant to subsection 54(1)(a), *supra*, the Receiver General is required to keep accounts showing "the expenditures made under each appropriation". These accounts form a part of the "accounts of Canada". They are a part of the accounts which the Auditor General is charged with reporting on to the House of Commons. However, his responsibility commences after the appropriations have been passed by Parliament. Therefore, I agree with counsel for the appellants that the "responsibilities of the Auditor General" are "downstream" of the Appropriation Act or other authorizing statute, and that the work of the Office of the Auditor General in respect of which he must report to the Commons annually pursuant to section 7 would not include decisions reached by the Governor in Council which led to the Parliamentary appropriation (Vote 5c of *Appropriation Act No. 4, 1980-81*).

Heald J. added (at pp. 418-19):

I also agree with counsel for the appellants that the Auditor General's responsibilities are related to the implementation of legislative enactments passed by Parliament and cannot be extended to permitting the Auditor General to challenge the wisdom of those enactments. In this case, the effect of the Trial Division judgment would be to allow the Auditor General to audit the political process prior to March 31, 1981, the date of enactment of *Appropriation Act No. 4*, which Act contains the parliamentary spending authority for the Petrofina acquisition. I am unable to interpret the

c) les autres versements au Fonds du revenu consolidé et sur ledit Fonds.

(2) Le receveur général

a) doit faire tenir des comptes ayant pour objet d'indiquer tels éléments de l'actif et du passif direct et éventuel du Canada, et

b) doit établir, à l'égard de l'actif et du passif, telles réserves

qui, de l'avis du Ministre, sont nécessaires pour donner un aperçu juste et fidèle de la situation financière du Canada.

(3) Les comptes du Canada doivent être tenus en la monnaie du Canada.

Cela est conforme à l'article 19 de la même Loi, qui dit:

19. Sous réserve des *Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1965*, aucun paiement ne doit être fait à même le Fonds du revenu consolidé sans l'autorisation du Parlement.

Ainsi, conformément à l'alinéa 54(1)a), précité, le vérificateur général doit tenir des comptes qui indiquent «les dépenses effectuées en vertu de chaque crédit budgétaire». Ces comptes font partie des «comptes du Canada». Ils font partie des comptes sur lesquels le vérificateur général doit faire un rapport à la Chambre des communes. Toutefois, sa responsabilité prend naissance après que les crédits ont été votés par le Parlement. Par conséquent, je suis d'accord avec les avocats des appelants pour dire que «les responsabilités du vérificateur général» se situent [TRADUCTION] «en aval» de l'application de la Loi portant affectation de crédits ou autre loi habilitante, et que les activités du bureau du vérificateur général, sur lesquelles celui-ci doit préparer à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel conformément à l'article 7, ne s'étendent pas aux décisions prises par le gouverneur en conseil qui ont donné lieu à une affectation de crédit (le crédit 5c de la *Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits*).

Le juge Heald a ajouté (aux pp. 418 et 419):

Je suis également d'accord avec les avocats des appelants lorsqu'ils soutiennent que les fonctions du vérificateur général sont liées à la mise en vigueur des textes législatifs adoptés par le Parlement, et qu'elles ne peuvent aller jusqu'à lui permettre de contester la sagesse de ces textes. En l'espèce, le jugement de première instance aurait pour effet de permettre au vérificateur général d'examiner le processus politique antérieur au 31 mars 1981, la date de l'adoption de la *Loi n° 4 portant affectation de crédits*, laquelle autorise les crédits budgétaires nécessaires à l'acquisition de Petrofina.

authority conferred upon the Auditor General pursuant to subsection 13(1) in such an all-embracing fashion.

Heald J., later in his judgment, was also impressed by the fact that an awkward situation would evolve when the Auditor General applied to a court under s. 13(1) for access to documents which were attested to be confidential by a s. 36.3(1) certificate. Because such a certificate would prevent the Court itself from having access to the information, the Court would be unable to determine whether the information related to the Auditor General's responsibilities by perusing the documents prior to ordering access. This "lack of a viable remedy" suggested that Privy Council confidences were not meant to be included in s. 13(1) at all.

Heald J. further addressed the scope of s. 13(1) responsibilities with regard to records of Petro-Canada in light of the provisions of s. 14. He held that s. 14 specifically addressed the Auditor General's access rights *vis-à-vis* Crown corporations and therefore restricted any general right of access which initially appeared to exist under s. 13. Thus, the Auditor General was not entitled to access to Petro-Canada records by way of s. 13(1) as "the access sought by the respondent [Auditor General] falls outside the purview of his responsibilities" (p. 421).

It may be useful to cover in some detail Heald J.'s view of the relationship between the various remedies in the *Auditor General Act*. Although Heald J. did not classify a s. 14(3) request of assistance to the Governor in Council as a remedy, his language is apposite to the question of available remedies (at p. 422):

In addition to rendering redundant the enabling provisions of section 14 of the Act, the interpretation of subsection 13(1) advocated by the respondent would render nugatory the provisions of subsection (3) of section 14. As noted earlier herein, the Governor in Council refused, pursuant to subsection 14(3) to direct Petro-Canada to deliver the information sought by the Auditor General with respect to Petro-Canada's acquisi-

Je suis incapable de voir dans l'autorité conférée au vérificateur général en vertu du paragraphe 13(1) une portée aussi large.

Plus loin dans son jugement, le juge Heald souligne la situation embarrassante qui se présenterait si le vérificateur général s'adressait à un tribunal pour obtenir, en vertu du par. 13(1), accès à des documents dont le caractère confidentiel aurait par ailleurs été attesté sous le régime du par. 36.3(1). Comme une telle attestation empêcherait le tribunal de prendre connaissance des renseignements, il ne pourrait les examiner pour déterminer s'ils se rapportent aux fonctions du vérificateur général, avant de permettre l'accès. Ainsi, cette «absence d'un redressement effectif» tendait à démontrer que le par. 13(1) ne visait pas les renseignements confidentiels du Conseil privé.

Le juge Heald a examiné en outre l'étendue des fonctions visées au par. 13(1) en ce qui concerne les dossiers de Petro-Canada, eu égard aux dispositions de l'art. 14. Il a conclu que l'art. 14 traitait spécifiquement des droits d'accès du vérificateur général en ce qui concerne les sociétés d'État et qu'il limitait en conséquence tout droit général d'accès qui paraissait de prime abord découler de l'art. 13. Donc, le vérificateur général n'a pas le droit de consulter les registres de Petro-Canada en invoquant le par. 13(1) parce que «les renseignements que l'intimé [le vérificateur général] tente d'obtenir ne relèvent pas du champ d'application de ses fonctions» (p. 421).

Il peut être utile d'examiner plus en détail l'opinion du juge Heald quant aux rapports existant entre les divers recours prévus par la *Loi sur le vérificateur général*. Bien qu'il ne compte pas au nombre des recours la demande d'assistance au gouverneur en conseil visée au par. 14(3), les propos qu'il tient à la p. 422 s'appliquent à cette question des recours offerts:

En plus de rendre superflues les dispositions habilitantes de l'article 14 de la Loi, l'interprétation du paragraphe 13(1) que propose l'intimé rendrait nulles les dispositions du paragraphe (3) de l'article 14. Ainsi qu'il a été noté précédemment, le gouverneur en conseil a refusé d'ordonner à Petro-Canada en vertu du paragraphe 14(3) de fournir les renseignements que sollicitait le vérificateur général sur l'acquisition par cette société de

tion of Petrofina. By demanding the same information directly from the appellants as directors of Petro-Canada pursuant to subsection 13(1), the respondent seeks to effectively reverse the decision of the Governor in Council, a result which he could not achieve by recourse to the courts since, pursuant to subsection 28(6) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], this Court has no jurisdiction to review any decision or order of the Governor in Council. In my view such an interpretation of the words used in subsection 13(1) would be quite improper since the consequence thereof would be to achieve a result by indirect means which was impermissible through direct action.

He then went on to address specifically the remedies question in the following terms at p. 423:

THE REMEDIES AVAILABLE TO THE AUDITOR GENERAL

Before concluding, I would like to express some views as to the remedies which are open to the Auditor General in the discharge of his responsibilities. In my view the Auditor General has a hierarchy of remedies available to him under the *Auditor General Act*. The first remedy which is, in my view, a primary remedy, is founded in paragraph 7(1)(b) of the *Auditor General Act*. Subsection 7(1) reads:

7. (1) The Auditor General shall report annually to the House of Commons

(a) on the work of his office; and

(b) on whether, in carrying on the work of his office, he received all the information and explanations he required.

The next remedy is nourished by the provisions of subsection 13(4) of the *Auditor General Act*. That subsection reads:

13. ...

(4) The Auditor General may examine any person on oath on any matter pertaining to any account subject to audit by him and for the purposes of any such examination the Auditor General may exercise all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.

The third remedy is the remedy provided pursuant to subsection 13(1) which, as noted *supra*, is the most comprehensive remedy because of the paramountcy clause expressed at the outset of the subsection.

la société Petrofina. En exigeant que ces mêmes renseignements lui soient fournis directement par les appelants en leur qualité d'administrateurs de Petro-Canada conformément au paragraphe 13(1), l'intimé recherche en fait le renversement de la décision du gouverneur en conseil, un résultat qu'il ne pourrait obtenir par voie judiciaire puisque le paragraphe 28(6) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] dispose que cette Cour n'est pas compétente à examiner une décision ou une ordonnance du gouverneur en conseil. À mon avis, une telle interprétation des termes utilisés au paragraphe 13(1) serait nettement inexacte puisqu'elle aurait pour conséquence de permettre à l'intimé d'obtenir indirectement ce qu'il ne peut avoir directement.

Il traite plus particulièrement de la question des recours à la p. 423:

LES REDRESSEMENTS OFFERTS AU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL

Avant de conclure, j'aimerais exprimer certaines opinions sur les redressements qui s'offrent au vérificateur général dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. À mon avis, la *Loi sur le vérificateur général* prévoit à cet égard un ensemble de redressements d'importance croissante. Le premier redressement qui, selon moi, est un redressement primaire, procède de l'alinéa 7(1)b) de la *Loi sur le vérificateur général*. Le paragraphe 7(1) est ainsi libellé:

7. (1) Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel

a) il fournit des renseignements sur les activités de son bureau; et

b) il indique s'il a reçu, dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés.

Le redressement suivant est prévu au paragraphe 13(4) de la *Loi sur le vérificateur général*, dont voici le libellé:

13. ...

(4) Le vérificateur général peut interroger sous serment, toute personne au sujet d'un compte soumis à sa vérification; à cette fin, il peut exercer les pouvoirs conférés aux commissaires par la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

Le troisième de ces redressements, fondé sur le paragraphe 13(1) est, ainsi qu'il a déjà été noté, celui de ces redressements dont la portée est la plus grande en raison de la disposition attributive de prépondérance figurant au commencement de ce paragraphe.

I conclude that the subsection 13(4) remedy is a less powerful one than the remedy under subsection 13(1) because of the absence of the paramountcy clause in subsection 13(4).

It should be recalled that Heald J.'s earlier analysis had already excluded the use of s. 13(1) as a remedy for failure to secure access to Cabinet and Crown corporation documents.

### 3. Majority Opinion of Pratte J.

Pratte J. also agreed with Hugessen J. that the first and essential question to be determined was the nature and extent of the Auditor General's responsibilities under the *Auditor General Act*. However, he disagreed that the documents, dealing with "the evaluation of the shares of Petrofina Canada Inc. prior to their acquisition by Petro-Canada", related to those responsibilities. Unlike Heald J., he based his analysis entirely on ss. 5 and 7, without having recourse to ss. 13 and 14.

Pratte J. stated that ss. 13 and 14 rights may only be invoked in the course of the audit of an "account of Canada", as referred to in s. 5. He observed that the Auditor General is not the auditor of the accounts of Crown corporations like Petro-Canada. He then took the view that the responsibility in s. 7(2)(d) being relied upon by the Auditor General, of reporting whether "money has been expended without due regard to economy or efficiency", must refer to auditing an expenditure that has been authorized by Parliament, as all government expenditures must be authorized by Parliament. Because the Minister of Energy, Mines and Resources was given "very little discretion" (later, "no discretion") by Vote 5c, "he could not have regard to economy and efficiency" (p. 413) in spending the appropriated money to buy shares in Petro-Canada. To audit the subsequent purchase of Petrofina would amount to a s. 7(2)(d) audit of the accounts of Petro-Canada, not the accounts of Canada.

Je déduis de l'absence d'une disposition attributive de prépondérance au paragraphe 13(4) que le redressement prévu à ce paragraphe est plus faible que celui qui découle du paragraphe 13(1).

<sup>a</sup> Rappelons qu'en vertu de son analyse antérieure, le juge Heald avait déjà exclu l'utilisation du par. 13(1) comme recours contre le refus de communication de documents émanant du Cabinet et de sociétés d'État.

### 3. Opinion majoritaire du juge Pratte

Le juge Pratte souscrit lui aussi à l'avis du juge Hugessen selon lequel la première et principale question à résoudre est celle de la nature et de l'étendue des fonctions conférées au vérificateur général par la *Loi sur le vérificateur général*. Il n'est pas d'accord cependant pour considérer que les documents relatifs à «l'évaluation des actions de Petrofina Canada Inc. avant leur acquisition par Petro-Canada» se rapportent à l'exercice de ces fonctions. À la différence du juge Heald, il fonde entièrement son analyse sur les art. 5 et 7, sans recourir aux art. 13 et 14.

Le juge Pratte déclare que les droits conférés par les art. 13 et 14 ne peuvent être invoqués que dans le cadre de la vérification d'un «compte du Canada» visé à l'art. 5. Il souligne que le vérificateur général n'est pas le vérificateur des comptes des sociétés d'État telles que Petro-Canada. À son avis, la fonction invoquée par le vérificateur général, celle de mentionner dans son rapport si, aux termes de l'al. 7(2)d, «des sommes d'argent ont été dépensées sans égard à l'économie ou à l'efficacité», doit viser la vérification d'une dépense qui a été autorisée par le Parlement, puisque toutes les dépenses du gouvernement doivent être ainsi autorisées. Comme le crédit 5c ne laissait que «très peu de latitude» (plus loin, le juge dit «aucune discrétion») au ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, le vérificateur «ne pouvait se préoccuper de l'économie et de l'efficacité» (p. 413) dans la dépense des crédits affectés à l'achat d'actions de Petro-Canada. Or, la vérification de l'achat subséquent de Petrofina serait la vérification, selon l'al. 7(2)d, des comptes de Petro-Canada, et non de ceux du Canada.

Pratte J. expressed the view that for the Auditor General to succeed in his claim, s. 7(2)(d) would have to be interpreted so broadly as to include a "duty of determining whether the authorization to spend contained in the Appropriation Act itself was given with due regard to economy and efficiency" (p. 413). The Auditor General was in effect claiming a duty to evaluate a decision of Parliament on how to spend money about which the spending Minister had no discretion. Such an interpretation would, in Pratte J.'s opinion, not only enlarge the Auditor General's duties but also radically change their very nature. Absent clearer language, s. 7(2)(d) could not permit the Auditor General to evaluate whether the legislation, or the government decisions leading to the legislation, accorded with economy and efficiency.

Speaking of the modification of the *Auditor General Act* in 1977, Pratte J. said (at p. 412):

All government expenditures must be authorized by Parliament. Paragraph 7(2)(d), therefore, must refer to money that has been expended pursuant to the authorization of Parliament. It is on that basis that the meaning of paragraph 7(2)(d) must be determined.

He went on to say that the new responsibilities were merely an extension of the responsibility that the Auditor General already had of verifying that the government had complied with the wishes of Parliament by making no expenditures except those authorized by appropriation acts.

#### IV. Analysis

There is an issue which arises prior to those identified in the courts below, namely, whether the Auditor General's remedies for the claimed s. 13(1) entitlement are limited to those explicitly contained in the *Auditor General Act*. That is to say, does the Auditor General have recourse to the courts, as an alternative remedy, in the event of the denial by Parliament, responsible Ministers, and the Governor in Council to make available to him all of the documentation he may seek in what he regards as the discharge of his responsibilities in auditing the accounts of Canada?

Selon le juge Pratte, pour que le vérificateur général ait gain de cause, l'al. 7(2)d) devrait être interprété très largement de façon à viser également «l'obligation d'établir si l'autorisation de dépenser contenue dans la loi d'affectation de crédits elle-même a été donnée avec un souci suffisant de l'économie et de l'efficience» (p. 413). Le vérificateur prétendait en fait, avoir l'obligation d'évaluer une décision du Parlement quant à des dépenses alors que le ministre autorisé à engager ces dépenses n'avait lui-même aucune latitude. Selon le juge Pratte, une telle interprétation n'aurait pas seulement pour effet d'élargir les fonctions du vérificateur général, mais également d'en modifier radicalement la nature même. Faute d'une formulation plus claire, l'al. 7(2)d) ne pourrait pas ainsi permettre au vérificateur général de juger si des mesures législatives ou les décisions gouvernementales ayant conduit à l'adoption de ces mesures ont respecté l'économie et l'efficience.

Voici ce que dit le juge Pratte à propos de la modification apportée en 1977 à la *Loi sur le vérificateur général* (à la p. 412):

Le Parlement doit autoriser toutes les dépenses du gouvernement. Par conséquent, l'alinéa 7(2)d) doit viser les sommes d'argent dépensées en vertu de l'autorisation du Parlement. C'est suivant cette prémisse que doit être déterminé le sens de l'alinéa 7(2)d).

Il a ajouté que les nouvelles fonctions du vérificateur général n'étaient que l'extension de l'obligation qui lui était déjà faite de vérifier si le gouvernement s'était conformé à la volonté du Parlement en ne faisant aucune dépense qui n'ait été autorisée par une loi d'affectation de crédits.

#### IV. Analyse

Préalablement aux points litigieux identifiés devant les instances inférieures se pose la question de savoir si les recours que peut exercer le vérificateur général pour faire valoir un droit revendiqué en vertu du par. 13(1) se limitent à ceux qui sont explicitement prévus par la *Loi sur le vérificateur général*. En d'autres termes, ce dernier peut-il s'adresser subsidiairement aux tribunaux dans le cas où le Parlement, les ministres responsables et le gouverneur en conseil refusent de lui communiquer toute la documentation voulue dans ce qu'il considère comme l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada?

The respondents argue that, in the event the Auditor General is denied access to information he feels entitled to by s. 13(1), his remedies are circumscribed by the terms of his constitutive statute. Specifically, his final recourse must be to what is referred to as the reporting remedy in s. 7(1)(b) which I shall reproduce again for ease of reference:

The Auditor General shall report annually to the House of Commons . . . on whether, in carrying on the work of his office, he received all the information and explanations he required.

The French version reads:

Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel [. . .] il indique s'il a reçu, dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés.

As outlined in the review of the facts, the Auditor General indicated in his 1982 and 1983 Annual Reports, op. cit., that he had been denied access to information and had thereby been precluded from making a s. 7(2)(d) evaluation of the Petrofina acquisition. Such specific attestations to the denial of relevant information implicitly qualified the Auditor General's earlier certification on the first page of each of the 1982 and 1983 Annual Reports, op. cit., that "[m]y staff was provided with all the information and explanations required", the language of which clearly follows that of s. 7(1)(b). The respondents claim that a s. 7(1)(b) report exhausts the Auditor General's remedies, it being for the House of Commons to decide whether action is required to remedy the reported denial of information. If, as in the case here, Parliament, or, more accurately, the House of Commons, sees fit not to act, the courts should not intervene to grant remedies in a matter argued to be particularly within Parliament's sphere of responsibility. Section 7(1)(b) is taken to reflect Parliament's intent to have the last word in any dispute involving its own political servant, the Auditor General, and to limit thereby the role of judicial review of the federal auditing process.

In reply, the Auditor General argued that the language of the *Auditor General Act* does not oust

Les intimés soutiennent que les recours du vérificateur qui se voit refuser les renseignements auxquels il estime avoir droit en vertu du par. 13(1) sont circonscrits par les termes de sa loi constitutive. Plus précisément, son recours ultime doit consister en la présentation du rapport visé à l'al. 7(1)(b), que je cite de nouveau pour faciliter l'analyse:

Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel [. . .] il indique s'il a reçu, dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés.

La version anglaise dit:

The Auditor General shall report annually to the House of Commons . . . on whether, in carrying on the work of his office, he received all the information and explanations he required.

Comme nous l'avons souligné dans l'examen des faits, le vérificateur général a indiqué dans ses Rapports annuels, précités, pour les années 1982 et 1983, qu'on lui avait refusé l'accès à certains documents et qu'il n'avait pu, en conséquence, procéder à une évaluation de l'acquisition de Petrofina selon l'al. 7(2)d). Ces mentions spécifiques des refus viennent atténuer implicitement la portée de la déclaration figurant à la première page de chacun des rapports, selon laquelle son «personnel a obtenu tous les renseignements et toutes les explications nécessaires», formule s'inspirant manifestement du texte de l'al. 7(1)(b). Selon les intimés, la présentation du rapport visé à cet alinéa épuise les recours du vérificateur général puisque c'est à la Chambre des communes qu'il appartient de décider des mesures à prendre pour remédier au refus signalé. Si, comme en l'espèce, le Parlement ou, plus exactement, la Chambre des communes ne juge pas à propos d'agir, les tribunaux ne devraient pas intervenir dans un domaine qui, prétend-on, relève précisément de la sphère de responsabilité du Parlement. L'alinéa 7(1)(b) traduirait ainsi l'intention du Parlement d'avoir le dernier mot dans tout différend mettant en cause son préposé politique, le vérificateur général, et de limiter en conséquence le rôle du contrôle judiciaire dans le mécanisme fédéral de vérification.

En réponse, le vérificateur général soutient que le texte de la *Loi sur le vérificateur général* n'em-



the courts as the appropriate dispute resolution forum. He emphasized that s. 13(1) speaks in terms of an entitlement (“... the Auditor General is entitled . . .”) which connotes a justiciable right, that is, a legal right for which there must be a remedy in the courts in order to vindicate that right. It is contended that for every legal right, there must be a legal remedy, a requirement which is not satisfied by any political remedy that may be implicitly claimed by way of s. 7(1)(b) report to the House of Commons.

The respondents rely upon three cases. In *Temple v. Bulmer*, [1943] S.C.R. 265, s. 34 of *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1937, c. 12, provided that where a seat in the legislature of Ontario had been vacant for three months and no election writ yet issued, the legislative clerk would immediately issue a writ. A voter sought an order of mandamus directing the clerk to issue the writ. In a very brief judgment, this Court affirmed the view of the Ontario Court of Appeal that the issue of mandamus would constitute an intrusion into the functions and privileges of the legislature itself. Chief Justice Duff, for the Court, went on to state (at p. 267):

We cannot agree with the contention . . . that section 34 of *The Legislative Assembly Act* confers jurisdiction upon the Courts in relation to Parliamentary elections. Any duty imposed by that section upon the Clerk of the Crown in Chancery is imposed upon him in his character of an officer under the control of the Legislative Assembly and answerable to the Legislative Assembly.

Quite obviously, the fact situation in *Temple v. Bulmer* is not directly analogous to that in the case at bar, as no citizen is seeking to compel the Auditor General to carry out a statutory duty; rather, it is the Auditor General who is seeking to compel members and officers of the executive to carry out a duty which is allegedly implicitly correlative to his own statutory entitlement in s. 13(1). However, *Temple v. Bulmer* is put forward by the respondents as authority for the view that a statute may employ wording capable of creating rights or obligations without that right or obliga-

pêche pas les tribunaux de constituer la tribune appropriée pour la résolution des différends. Il souligne que le par. 13(1) parle de droit (« . . . le vérificateur général a le droit . . . »), au sens de droit justiciable, c'est-à-dire une garantie juridique que l'on peut faire valoir et pour laquelle il doit exister un recours en justice. À chaque droit reconnu par la loi, selon lui, doit correspondre un recours judiciaire, exigence qui n'est pas remplie par quelque recours politique que pourrait appeler implicitement la présentation à la Chambre des communes d'un rapport visé à l'al. 7(1)(b).

Les intimés invoquent trois arrêts. Dans l'affaire *Temple v. Bulmer*, [1943] R.C.S. 265, l'art. 34 de *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1937, chap. 12, prévoyait qu'en cas de vacance d'un siège de la législature de l'Ontario pendant trois mois, le greffier de l'Assemblée devait immédiatement convoquer des élections par décret, si cela n'avait pas encore été fait. Un électeur sollicita une ordonnance de *mandamus* enjoignant au greffier de déposer le décret. Dans un jugement très bref, cette Cour a confirmé l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel la délivrance d'un *mandamus* constituerait une ingérence dans les fonctions et les privilèges de la législature elle-même. Le juge en chef Duff dit ensuite ceci au nom de la Cour (à la p. 267):

[TRADUCTION] Nous ne pouvons accepter la prétention [...] selon laquelle l'art. 34 de la *Legislative Assembly Act* confère aux tribunaux compétence à l'égard des élections législatives. Toute obligation imposée au greffier de la Couronne en chancellerie par cet article l'est en sa qualité de fonctionnaire assujéti au contrôle de l'Assemblée législative et responsable devant cette Assemblée.

De toute évidence, les faits de l'affaire *Temple v. Bulmer* ne présentent pas d'analogie directe avec ceux de l'espèce où aucun citoyen ne cherche à contraindre le vérificateur général à exercer une fonction qui lui est imposée par la loi. Au contraire, c'est le vérificateur général qui veut forcer des membres et des fonctionnaires de l'exécutif à remplir une obligation qui découlerait implicitement du droit que lui confère en propre le par. 13(1). Selon les intimés toutefois, il ressort de l'arrêt *Temple v. Bulmer* qu'une loi peut être rédigée de façon à créer des droits ou des obliga-

tion being enforceable in a court of law, especially where the subject matter of the right or obligation deals with functions which are the preserve of the legislative branch, such as the issuing of election writs. Notwithstanding the mandatory language of the provision in *Temple v. Bulmer* (“... the Clerk ... shall issue the writ forthwith ...”), the courts were found not to be the appropriate forum to enforce the obligation of the legislative servant. Similarly, the respondents contend, the language of entitlement in s. 13(1) of the *Auditor General Act*, when read in light of s. 7(1)(b), should not be read to confer a judicial remedy to enforce the right of a legislative servant in an area peculiarly the responsibility of the House of Commons—overseeing expenditures by the executive.

The English case of *British Railways Board v. Pickin*, [1974] A.C. 765 (H.L.), was also cited on the question of the proper remedial forum. One submission of the respondent Pickin in that case was that a statutory provision in a private Act of Parliament had been obtained as a result of fraudulent representations to Parliament. As a result, the respondent contended that either the courts should actually disregard the fraudulently obtained section, and refuse to apply it in favour of the appellants, or that the courts could find that the benefit conferred on the appellants by the impugned section was held in trust for the respondent. Before the House of Lords, the respondent sought to make a distinction between public and private Acts of Parliament, contending that the latter could be declared invalid or ineffective on account of fraud or irregularities in Parliamentary procedure while the courts have to give full binding effectiveness to the provisions of the former, however obtained.

The House of Lords found that the relevant paragraphs to the claim should be struck out for want of reasonable cause of action. Rejecting the distinction between public and private Acts, their Lordships relied on the notion of Parliamentary sovereignty or supremacy and the constitutional

tions sans que ces droits ou obligations soient susceptibles d'être sanctionnés en justice, surtout lorsqu'ils visent des fonctions appartenant au domaine réservé du pouvoir législatif, telle la convocation d'élections par décret. Nonobstant le langage impératif de la disposition en cause dans *Temple v. Bulmer* ([TRADUCTION] «... le greffier [...] doit déposer le décret immédiatement...»), on a décidé que les tribunaux n'étaient pas la tribune appropriée pour faire respecter l'obligation incombant à un préposé de la législature. De la même manière, selon les intimés, le par. 13(1) de la *Loi sur le vérificateur général* conférant le droit en cause ne saurait, eu égard à l'al. 7(1)(b), être interprété comme le fondement d'un recours judiciaire visant à assurer l'application du droit d'un préposé de la législature dans un domaine—la surveillance des dépenses de l'exécutif—relevant de la responsabilité particulière de la Chambre des communes.

On a également cité l'arrêt anglais *British Railways Board v. Pickin*, [1974] A.C. 765 (H.L.), en ce qui touche la question de la tribune appropriée pour exercer un recours. Dans cette affaire, l'intimé Pickin prétendait notamment qu'une disposition contenue dans une loi d'intérêt privé du Parlement avait été obtenue par suite d'assertions frauduleuses. Il soutenait qu'en conséquence les tribunaux devaient soit ignorer à toutes fins l'article obtenu frauduleusement et refuser de l'appliquer en faveur des appelants, soit décider que l'avantage ainsi conféré aux appelants était détenu en fiducie pour l'intimé. Devant la Chambre des lords, l'intimé a cherché à établir une distinction entre lois publiques et privées, alléguant que les tribunaux pouvaient déclarer ces dernières invalides ou inopérantes pour cause de fraude ou d'irrégularités dans la procédure parlementaire, alors qu'ils devaient reconnaître le plein effet obligatoire des premières, indépendamment des circonstances de leur adoption.

La Chambre des lords a décidé que les paragraphes pertinents de la demande devaient être radiés pour absence de cause raisonnable d'action. Rejetant la distinction entre lois publiques et privées, leurs Seigneuries se sont fondées sur la notion de souveraineté ou suprématie du Parlement et sur le

role of the courts to consider, construe and apply a statute, once enacted, but not to inquire into the circumstances leading to its enactment in order to impugn its validity. Lord Simon, in one of the five judgments, pinpointed three elements of Parliamentary sovereignty at pp. 798-800:

[Firstly, this] involves that, contrary to what was sometimes asserted before the 18th century, and in contradistinction to some other democratic systems, the courts in this country have no power to declare enacted law to be invalid. It was conceded before your Lordships (contrary to what seems to have been accepted in the Court of Appeal) that the courts cannot directly declare enacted law to be invalid. That being so, it would be odd if the same thing could be done indirectly, through frustration of the enacted law by the application of some alleged doctrine of equity.

A second concomitant of the sovereignty of Parliament is that the Houses of Parliament enjoy certain privileges. These are vouchsafed so that Parliament can fulfil its key function in our system of democratic government . . . .

. . . Among the privileges of the Houses of Parliament is the exclusive right to determine the regularity of their own internal proceedings . . . .

It is well known that in the past there have been dangerous strains between the law courts and Parliament—dangerous because each institution has its own particular role to play in our constitution, and because collision between the two institutions is likely to impair their power to vouchsafe those constitutional rights for which citizens depend on them. So for many years Parliament and the courts have each been astute to respect the sphere of action and the privileges of the other—Parliament, for example, by its *sub judice* rule, the courts by taking care to exclude evidence which might amount to infringement of parliamentary privilege . . . .

. . . [T]he considerations of parliamentary privilege to which I have referred would undoubtedly seem to extend to private Bill procedure; . . .

[Thirdly, a] further practical consideration is that if there is evidence that Parliament may have been misled into an enactment, Parliament might well—indeed, would be likely to—wish to conduct its own inquiry. It would be unthinkable that two inquiries—one parliamentary and the other forensic—should proceed concurrently, conceivably arriving at different conclusions; and a parliamentary examination of parliamentary

rôle constitutionnel des tribunaux, chargés d'examiner, d'interpréter et d'appliquer les lois adoptées, sans s'enquérir des circonstances ayant conduit à leur adoption en vue d'attaquer leur validité. Rédigeant l'une des cinq opinions, lord Simon a mis en relief trois éléments constitutifs de la souveraineté parlementaire, aux pp. 798 à 800:

[TRADUCTION] [En premier lieu, cela] signifie que, contrairement à ce qu'on affirmait parfois avant le XVIII<sup>e</sup> siècle et par opposition à d'autres régimes démocratiques, les tribunaux de ce pays n'ont pas le pouvoir de déclarer une loi invalide. On a admis devant vos Seigneuries (au contraire de ce qui semble avoir été accepté en Cour d'appel) que les tribunaux étaient impuissants à invalider directement une loi adoptée. Cela étant, il serait étrange de pouvoir parvenir indirectement au même résultat en contrecarrant la loi édictée par l'application de quelque doctrine d'*equity*.

Un second élément de la souveraineté du Parlement réside dans les privilèges dont jouissent ses Chambres. Ces privilèges leur sont conférés afin que le Parlement puisse s'acquitter de la fonction clé qui lui incombe dans notre régime de gouvernement démocratique . . . .

. . . Au nombre des privilèges des Chambres du Parlement figure le droit exclusif de juger de la régularité de leurs propres procédures internes . . . .

On sait que sont apparues dans le passé de dangereuses tensions entre les tribunaux et le Parlement—dangereuses parce que chacune de ces institutions a un rôle précis à jouer dans notre constitution et qu'un conflit entre elles est susceptible d'affaiblir leur pouvoir de garantir aux citoyens les droits constitutionnels dont ils sont les protecteurs. Aussi pendant longtemps le Parlement et les tribunaux se sont chacun ingéniés à respecter la sphère d'action et les privilèges de l'autre—le Parlement, par exemple, se pliant à la règle du *sub judice* et les tribunaux prenant soin d'exclure les éléments de preuve pouvant constituer une atteinte à un privilège parlementaire . . . .

. . . [L]es considérations que j'ai évoquées relativement au privilège parlementaire s'appliquent incontestablement à la procédure d'adoption des lois d'intérêt privé; . . .

[En troisième lieu, une] autre considération d'ordre pratique s'impose: en présence de preuve indiquant que le Parlement a été induit en erreur, il est possible—et même probable—que ce dernier veuille mener sa propre enquête. Il serait impensable de tenir concurremment deux enquêtes—l'une parlementaire et l'autre judiciaire—susceptibles d'arriver à des conclusions différentes. Un examen par le Parlement des procédures

procedures and of the actions and understandings of officers of Parliament would seem to be clearly more satisfactory than one conducted in a court of law — quite apart from considerations of Parliamentary privilege.

While no issue of the courts passing on the validity of a statute arises in the case at bar, the respondents submit that the question of a “sphere of action”, in the words of Lord Simon, properly left to the discretion of the legislature and one into which the courts should be slow to enter is very much at stake. For this Court to order access to information for the Auditor General would be, in effect, to overrule a decision of the House of Commons not to act in this matter and to disturb the balance of constitutional powers between the executive and legislative branches of government. The Auditor General is the political servant of Parliament who carries out Parliament’s function on its behalf. In the respondents’ view, to provide a judicial remedy for s. 13(1) rights of the Auditor General would amount to substituting the Court’s view for that of the House of Commons on the extent of Parliament’s own rights, albeit statutory, *vis-à-vis* the executive.

The final case cited by the respondents on the s. 7(1)(b) reporting remedy is *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94. The respondents rely on this case for the proposition that where a statute provides for remedies, then those remedies not only must be pursued but also exhaust the avenues of recourse. In that case, the Olympic Village in Montréal was expropriated. The expropriation Act created an arbitration committee to determine the compensation to which the appellants were entitled. The appellants applied to the Quebec Superior Court, prior to the creation of that committee, for a declaratory judgment on, *inter alia*, the compensation issue. Chouinard J., for this Court, held that because the legislature intended to make the arbitration committee responsible for determining compensation, that issue had been given over to that committee with the result that no remedy before the courts existed. Chouinard J., at p. 107, endorsed the view expressed in de Smith, *Judicial*

parlementaires et des faits et gestes des fonctionnaires du Parlement semble manifestement plus satisfaisant qu’un examen mené par un tribunal — indépendamment de toute question de privilège parlementaire.

<sup>a</sup> Bien que le litige ne porte pas en l’espèce sur l’examen de la validité d’une loi par les tribunaux, les intimés soutiennent qu’une des questions centrales est, pour reprendre l’expression de lord Simon, celle de la «sphère d’action» qu’il convient de laisser à la discrétion de la législature et dans laquelle les tribunaux ne devraient pas se hâter d’intervenir. Ainsi, ordonner que le vérificateur général ait accès aux renseignements équivaldrait pour la Cour à infirmer la décision de la Chambre des communes de ne pas intervenir dans cette affaire, et à perturber l’équilibre constitutionnel entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Le <sup>b</sup> vérificateur général est le préposé politique du Parlement et c’est en son nom qu’il exerce une fonction parlementaire. Selon les intimés, sanctionner par un recours judiciaire les droits conférés au vérificateur général par le par. 13(1) équivaldrait à substituer l’opinion de la Cour à celle de la Chambre des communes sur l’étendue des droits du Parlement, même s’ils sont prévus dans la loi, *vis-à-vis* de l’exécutif.

<sup>f</sup> *Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94, est le dernier arrêt invoqué par les intimés quant au recours au rapport visé à l’al. 7(1)(b). Les intimés s’appuient sur cet arrêt pour soutenir que lorsqu’une loi prévoit des recours, non seulement doivent-ils être exercés mais encore épuisent-ils toutes les voies de recours. Il s’agissait, dans cette affaire, de l’expropriation du Village olympique à Montréal. <sup>g</sup> La loi visant l’expropriation établissait un conseil d’arbitrage dont le mandat était de déterminer l’indemnité à laquelle les appelants avaient droit. Avant la constitution de ce conseil, les appelants s’étaient adressés à la Cour supérieure du Québec <sup>i</sup> pour obtenir un jugement déclaratoire sur, entre autres, la question de l’indemnisation. Au nom de cette Cour, le juge Chouinard a conclu qu’étant donné que le législateur avait voulu confier à ce conseil d’arbitrage la responsabilité de déterminer l’indemnité, il appartenait à ce dernier de se prononcer sur cette question, de sorte qu’aucun <sup>j</sup>

*Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 513, that “the broadest judicial discretion may be exercised in determining whether a case is one in which declaratory relief ought to be awarded . . .” Declaratory relief should not be granted when the legislature has seen fit to create a lower tribunal with jurisdiction to dispose of the matter for which declaratory relief is sought. Chouinard J. clearly saw this rule as an aspect of the principle that a remedy may be denied if “another convenient and equally effective remedy is available”: p. 106, *supra*, quoting Mignault J. in *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] S.C.R. 652, at p. 663. It is the respondents’ contention that, while not creating a lower tribunal to provide the necessary remedy as in *Terrasses Zarolega*, s. 7(1)(b) evinces Parliament’s intention to appoint itself as the forum with final responsibility for determining the extent of the Auditor General’s rights of access to information.

The above cases are illustrative of two strands in the case law on the question of whether the courts should grant a remedy in given circumstances—the concept of justiciability and the doctrine of alternative remedies. *Temple v. Bulmer*, *supra*, and *Pickin*, *supra*, deal, in an inchoate way, with the question of justiciability. As I noted in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 459, justiciability is a “doctrine . . . founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes”, endorsing for the majority the discussion of Wilson J. beginning at p. 460. Wilson J. took the view that an issue is non-justiciable if it involves “moral and political considerations which it is not within the province of the courts to assess” (p. 465). An inquiry into justiciability is, first and foremost, a normative inquiry into the appropriateness as a matter of constitutional judicial policy of the courts deciding

recours ne pouvait être exercé devant les tribunaux. À la page 107, le juge Chouinard a repris à son compte l’opinion qu’exprimait de Smith dans *Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd. 1980), à la p. 513, selon laquelle [TRADUCTION] «les tribunaux ont la plus grande discrétion pour décider s’il s’agit d’une affaire où le jugement déclaratoire demandé devrait être accordé . . .» Ainsi, on ne devrait pas accorder de jugement déclaratoire lorsque le législateur a jugé bon de créer un tribunal inférieur compétent pour trancher la question à l’égard de laquelle on demande un jugement déclaratoire. Citant les propos du juge Mignault dans *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] R.C.S. 652, à la p. 663, le juge Chouinard, à la p. 106, a clairement interprété cette règle comme un aspect du principe portant qu’un recours peut être refusé s’il existe [TRADUCTION] «d’autres recours convenables et efficaces». Les intimés prétendent que même s’il ne vise pas la création d’un tribunal inférieur ayant compétence pour accorder la réparation nécessaire comme dans *Terrasses Zarolega*, l’al. 7(1)(b) témoigne de l’intention du Parlement de se constituer lui-même comme tribune chargée de décider en dernier ressort de l’étendue des droits du vérificateur général en matière d’accès à l’information.

Les arrêts susmentionnés sont l’illustration des deux courants de pensée en jurisprudence sur la question de savoir si les tribunaux doivent accorder réparation dans des circonstances données, savoir la notion de justiciabilité et la doctrine des recours subsidiaires. La question de la justiciabilité est traitée, quoique de façon incomplète, dans les arrêts *Temple v. Bulmer* et *Pickin*, précités. Comme je l’ai souligné dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 459, en reprenant au nom de la majorité de cette Cour l’analyse du juge Wilson commençant à la p. 460, la justiciabilité est une «doctrine [. . .] fondée sur une préoccupation à l’égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends». Selon le juge Wilson, une question est non justiciable des tribunaux si elle met en cause «des considérations morales et politiques qu’il n’est pas du ressort des tribunaux d’évaluer» (p. 465). L’examen de la justiciabilité con-

a given issue or, instead, deferring to other decision-making institutions of the polity.

The most basic notion of justiciability in the Canadian legal process is that referred to in *Pickin, supra*, and inherited from the English Westminster and unitary form of government, namely, that it is not the place of the courts to pass judgment on the validity of statutes. Of course, in the Canadian context, the constitutional role of the judiciary with regard to the validity of laws has been much modified by the federal division of powers as well as the entrenchment of substantive protection of certain constitutional values in the various *Constitution Acts*, most notably that of 1982. There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

In the realm of *Charter* adjudication, s. 1 is “the uniquely Canadian mechanism through which the courts are to determine the justiciability of particular issues that come before it” (Wilson J. in *Operation Dismantle, supra*, at p. 491). Ultimately, the courts are constitutionally charged with drawing the boundaries of justiciability, except as qualified by s. 33. By way of contrast, in the residual area reserved for the principle of Parliamentary sovereignty in Canadian constitutional law, it is Parliament and the legislatures, not the courts, that have ultimate constitutional authority to draw the boundaries. It is the prerogative of a sovereign Parliament to make its intention known as to the role the courts are to play in interpreting, applying and enforcing its statutes. While the courts must determine the meaning of statutory provisions, they do so in the name of seeking out the intention or sovereign will of Parliament, however purposively, contextually or policy-oriented may be the interpretative methods used to attrib-

siste, d’abord et avant tout, en un examen normatif de l’opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de déférer à d’autres instances décisionnelles de l’administration politique.

La notion de justiciabilité la plus fondamentale dans le système juridique canadien est celle, évoquée dans l’arrêt *Pickin*, précité, qui nous vient du gouvernement unitaire de Westminster, savoir qu’il n’appartient pas aux tribunaux de juger de la validité des lois. Bien sûr, dans le contexte canadien, le rôle constitutionnel du judiciaire relativement à la validité des lois a été grandement modifié par le régime fédéral de partage des compétences, de même que par la consécration de la protection fondamentale accordée à certaines valeurs constitutionnelles dans les différentes *Lois constitutionnelles*, notamment celle de 1982. Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l’exercice d’un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l’appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

Dans le domaine de la *Charte*, l’article premier «constitue le mécanisme purement canadien par l’intermédiaire duquel les tribunaux ont à décider de la justiciabilité de questions litigieuses particulières dont ils sont saisis» (le juge Wilson, dans *Operation Dismantle*, précité, à la p. 491). Ainsi, en dernier ressort, c’est aux tribunaux qu’il incombe, constitutionnellement, de tracer les limites de cette justiciabilité, sous réserve de l’art. 33. À l’opposé, dans le domaine résiduel où s’applique, en droit constitutionnel canadien, le principe de la souveraineté parlementaire, la délimitation de cette frontière relève du Parlement et des législatures, non des tribunaux. Il est de la prerogative d’un Parlement souverain de faire connaître son intention quant au rôle que joueront les tribunaux dans l’interprétation, l’application et l’exécution de ses lois. Même si les tribunaux doivent décider du sens à donner aux dispositions législatives, ils le font au nom de la recherche de l’intention ou de la volonté souveraine du Parlement, que les méthodes d’inter-

ute such meaning. If, then, the courts interpret a particular provision as having the effect of ousting judicial remedies for entitlements contained in that statute, they are, in principle, giving effect to Parliament's view of the justiciability of those rights. The rights are non-justiciable not because of the independent evaluation by the court of the appropriateness of its intervention, but because Parliament is taken to have expressed its intention that they be nonjusticiable.

The just-stated view sits comfortably with the occasions on which the courts give effect to so-called privative clauses that explicitly oust judicial review. As a constitutional matter, it is not appropriate for the court to intervene by virtue of the simple fact that Parliament has directed that they must not.

But, what of the situation where a statute provides that a non-judicial body shall have power to grant a remedy but does not expressly prohibit the courts from also granting a remedy? It is at this point that *Terrasses Zarolega* becomes relevant. That case, as was seen, was decided on the basis of what may be referred to as an alternative remedies doctrine. *Terrasses Zarolega* dealt with declaratory relief, while the prerogative remedies of *certiorari* and *mandamus* were at issue in another case before this Court, *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561. While *Harelkin* dealt with the pursuit of remedies for the denial of natural justice in the administrative law context, its principles are equally applicable to a case such as at bar where declaratory relief is sought in order to vindicate a statutory right; indeed, *Terrasses Zarolega* was such an instance as well. With respect, it is, in my view, not desirable to make a distinction between the effect of alternative remedies on declaratory relief and on prerogative remedies, as Jerome A.C.J. did, *supra*. Further, while both of these cases dealt with discretionary bars to relief in suits brought by ordinary citizens, it is clear that declarations and the prerogative remedies are equally discretionary

prétation utilisées à cette fin tiennent compte de l'objet de la disposition, du contexte où elle se trouve ou encore des principes qui la sous-tendent. Donc si les tribunaux interprètent une disposition particulière comme ayant l'effet d'écartier les recours judiciaires à l'égard des droits conférés par cette loi, ils donnent, en principe, effet à l'opinion que se fait le Parlement de la justiciabilité de ces droits. Ces droits ne sont pas justiciables des tribunaux, non pas en raison d'une appréciation que porte indépendamment le tribunal sur l'opportunité de son intervention, mais plutôt parce que le Parlement est censé avoir exprimé son intention de ne pas rendre ces droits justiciables.

Ce point de vue se concilie d'ailleurs fort bien avec les cas où les tribunaux donnent effet aux clauses dites «privatives» faisant expressément échec au contrôle judiciaire. D'un point de vue constitutionnel, il n'est pas approprié que le tribunal intervienne, dès lors que le Parlement le lui interdit.

Mais qu'en est-il lorsqu'une loi confère à un organisme non judiciaire le pouvoir d'accorder réparation, sans toutefois interdire expressément aux tribunaux de faire de même? C'est ici que l'arrêt *Terrasses Zarolega* devient pertinent. On l'a vu, la décision dans cette affaire était fondée sur ce que nous pourrions appeler la doctrine des recours subsidiaires. Dans *Terrasses Zarolega*, il était question de jugement déclaratoire, tandis que dans un autre arrêt de cette Cour, *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, il s'agissait de brefs de prérogative, un *certiorari* et un *mandamus*. Bien que cette dernière affaire traite des recours applicables en cas de déni de justice naturelle dans un contexte de droit administratif, les principes qui y sont énoncés s'appliquent également dans un cas où, comme en l'espèce, on cherche à obtenir un jugement déclaratoire afin de faire valoir un droit résultant de la loi; en fait, c'était aussi le cas dans *Terrasses Zarolega*. Avec égards, il n'est pas, à mon avis, souhaitable d'établir une distinction entre l'effet de l'existence d'autres recours sur le jugement déclaratoire et sur les brefs de prérogative, comme l'a fait le juge en chef adjoint Jerome, dans son jugement précité. En outre, même si ces deux

when sought by the Crown. In *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739, at p. 749, Laskin C.J. held that discretion should be exercised to refuse relief to the Attorney General, acting for the Crown, (albeit for reasons of delay, not alternative remedies):

[T]he Attorney General should be in no different position from any other applicant who seeks to quash an adjudication or a decision . . . .

[Further, in] my opinion, discretionary bars are as applicable to the Attorney General on motions to quash as they admittedly are on motions by him for prohibition or in actions for declaratory orders.

In *Harelkin*, a university student was required by the University of Regina to discontinue his studies. He appealed to a university committee which was obligated by *The University of Regina Act, 1974*, S.S. 1973-74, c. 119, to "hear and decide" the appeal. The committee heard the university's side and, without then hearing the student, decided in the university's favour. After the student's request for a rehearing was refused, he launched *certiorari* and *mandamus* proceedings without making a final appeal to another committee, that of the university senate, which was also charged by the Act to "hear and decide" any appeal.

Writing for the majority, Beetz J. found that *certiorari* and *mandamus* are discretionary remedies, even in cases involving lack of jurisdiction and, *a fortiori*, in cases of excess or abuse of jurisdiction, into which category breaches of natural justice were found to fall. One ground for discretionary refusal to issue these prerogative writs was the presence of an adequate alternative remedy. Adequacy was to be determined after a

arrêts traitent du pouvoir discrétionnaire de refuser un redressement dans des actions intentées par des citoyens ordinaires, il est manifeste que les jugements déclaratoires et les recours de prérogative sont tout aussi discrétionnaires lorsqu'ils sont recherchés par la Couronne. Dans *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739, à la p. 749, le juge en chef Laskin a statué qu'il convenait d'exercer le pouvoir discrétionnaire de refuser le redressement demandé par le procureur général agissant au nom du ministère public (quoique pour des motifs de retard et non en raison de l'existence d'autres recours):

[L]e procureur général doit être traité comme toute autre personne qui demande l'annulation d'une adjudication ou d'une décision . . . .

[De plus à] mon avis, les requêtes en annulation déposées par le procureur général sont sujettes au pouvoir discrétionnaire des tribunaux tout autant que le sont sans conteste ses requêtes pour l'obtention d'un bref de prohibition ou ses demandes de jugement déclaratoire.

Dans l'affaire *Harelkin*, l'Université de Regina avait enjoint à un étudiant d'abandonner ses études. Il a interjeté appel à un comité de l'université tenu, conformément à *The University of Regina Act, 1974*, S.S. 1973-74, chap. 119, [TRANSDUCTION] «d'entendre et de trancher» l'appel. Le comité a entendu les autorités de l'université et, sans ensuite entendre l'étudiant, rendu une décision favorable à l'université. Après s'être vu refuser la tenue d'une nouvelle audience, l'étudiant a institué des procédures en *certiorari* et en *mandamus* sans interjeter un ultime appel à un autre comité, celui du sénat de l'université, également tenu par la loi «d'entendre et de trancher» les appels.

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Beetz a conclu que les recours en *certiorari* et en *mandamus* étaient de nature discrétionnaire, même dans les cas d'absence de compétence, et *a fortiori* dans les cas d'excès ou d'abus de compétence, catégorie dans laquelle il a rangé les manquements à la justice naturelle. La présence d'un autre recours approprié militait en faveur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la délivrance de ces brefs de prérogative. Le caractère approprié du recours devait être évalué par



judicial weighing of factors, some of which were outlined by Beetz J. at p. 588:

In order to evaluate whether appellant's right of appeal to the senate committee constituted an adequate alternative remedy and even a better remedy than a recourse to the courts by way of prerogative writs, several factors should have been taken into consideration among which the procedure on the appeal, the composition of the senate committee, its powers and the manner in which they were probably to be exercised by a body which was not a professional court of appeal and was not bound to act exactly as one nor likely to do so. Other relevant factors include the burden of a previous finding, expeditiousness and costs.

Beetz J. then reached the conclusion that Harelkin's right of appeal to the university senate committee was an adequate alternative remedy and that the lower court should therefore have exercised its discretion not to grant a remedy. From the perspective of the case at bar, the most important elements of Beetz J.'s reasoning followed upon this conclusion and revealed the interplay between judicial and legislative determinations of justiciability. After commenting on Harelkin's "preference for external forums" (p. 592), Beetz J. reflected on the nature of the institution governed by the Act in question (at pp. 594-96):

The Act incorporates a university and does not alter the traditional nature of such an institution as a community of scholars and students enjoying substantial internal autonomy . . . [I]ts governing bodies function as domestic tribunals when they act in a quasi-judicial capacity. The Act countenances the domestic autonomy of the university by making provision for the solution of conflicts within the university . . .

Sections 78(1)(c) and 33(1)(e) are in my view inspired by the general intent of the Legislature that intestine grievances preferably be resolved internally by the means provided in the Act, the university thus being given the chance to correct its own errors, consonantly with the traditional autonomy of universities as well as with expeditiousness and low cost for the public and the members of the university. While of course not amounting to privative clauses, provisions like ss. 55, 66, 33(1)(e) and 78(1)(c) are a clear signal to the courts that they should use restraint and be slow to intervene in university affairs by means of discretionary writs whenever it is still possible for the university to correct its errors with its own institutional means. In using

l'appréciation judiciaire de divers facteurs dont certains sont évoqués par le juge Beetz, à la p. 588:

Pour évaluer si le droit d'appel de l'appelant au comité du sénat constituait un autre recours approprié et même un meilleur recours que de s'adresser aux cours par voie de brefs de prérogative, il aurait fallu tenir compte de plusieurs facteurs dont la procédure d'appel, la composition du comité du sénat, ses pouvoirs et la façon dont ils seraient probablement exercés par un organisme qui ne constitue pas une véritable cour d'appel et qui n'est pas tenu d'agir comme s'il en était une, ni n'est susceptible de le faire. D'autres facteurs comprennent le fardeau d'une conclusion antérieure, la célérité et les frais.

Le juge Beetz a alors conclu que le droit d'appel de Harelkin au comité du sénat de l'université était un recours approprié et que l'instance inférieure aurait donc dû exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder réparation. Pour les fins de l'espèce, les éléments les plus importants du raisonnement du juge Beetz suivent cette conclusion et révèlent l'interaction entre le judiciaire et le législatif en ce qui touche la justiciabilité. Après avoir fait certaines remarques sur la «préférence pour les tribunes externes» (p. 592) qu'avait manifestée Harelkin, le juge Beetz fait les observations suivantes sur la nature de l'institution régie par la loi en cause aux pp. 594 à 596:

La Loi constitue une université et ne modifie pas la nature traditionnelle de cette institution, soit un groupement de professeurs et d'étudiants jouissant d'une autonomie interne appréciable [. . .] [S]es organes directeurs fonctionnent à titre de tribunaux internes lorsqu'ils agissent en leur capacité quasi-judiciaire. La Loi sanctionne l'autonomie interne de l'université en prévoyant le règlement des conflits à l'intérieur même de l'université . . .

Les alinéas 78(1)(c) et 33(1)(e) sont à mon avis dictés par l'intention générale de la législature qui préfère que les plaintes internes soient jugées à l'intérieur même de l'université par les moyens prévus à la Loi, laissant ainsi à l'université la chance de corriger ses propres erreurs, conformément à l'autonomie traditionnelle des universités, avec célérité et moyennant des frais peu élevés pour le public et les membres de l'université. Bien qu'elles n'équivalent pas à des clauses privatives, des dispositions comme les art. 55, 66, 33(1)(e) et 78(1)(c) préviennent clairement les cours de faire preuve de réserve et de ne pas se hâter à intervenir dans les affaires de l'université en émettant des brefs discrétionnaires chaque fois que l'université peut encore corriger ses erreurs par ses

restraint, the courts do not refuse to enforce statutory duties imposed upon the governing bodies of the university. They simply exercise their discretion in such a way as to implement the general intent of the Legislature. I believe this intent to be a most important element to take into consideration in resolving the case, and indeed to be a conclusive one, when taken in conjunction with the others.

In the above passage, Beetz J. contrasts privative clauses to clauses which, while not privative, nonetheless send a "clear signal" to the courts that they are not an appropriate forum for resolution of a particular kind of dispute. This may also be referred to as the distinction between express ouster (or exclusion) and implied ouster of remedies. It would, I think, be an overstatement to suggest that the courts are simply implementing Parliament's own decision on justiciability when they determine that remedies are implicitly ousted by means of the presence of adequate alternative remedies, whether found in the statute creating the legal right at issue, or not. Albeit with the assistance of the wording and scheme of the Act in which the alternative remedy is found, both the fact that ouster needs to be implied and the fact that an evaluation of adequacy is called for suggest that the alternative remedies bar to discretionary judicial relief entails, in reality, a decision by the courts on the appropriateness of their intervention, and less a clear statement of intention by Parliament. By not unambiguously highlighting the exclusivity of the statutory remedy, Parliament leaves it to the judiciary to define its role in relation to that remedy. I agree with the following conclusion of Peter Cane in *An Introduction to Administrative Law* (1986), at p. 190, as regards what he calls the constitutional function of administrative law rules on ouster of remedies:

The rules about implied exclusion of review tend to raise . . . questions about the suitability of the judicial process as opposed to the other avenues open for the control of administrative misconduct. In other words, these rules tend to rest on ideas of justiciability and the proper scope of judicial review.

propres moyens. En faisant preuve de réserve, les cours ne refusent pas d'assurer l'application des obligations statutaires imposées aux organes directeurs de l'université. Elles exercent simplement leur pouvoir discrétionnaire de façon à réaliser l'intention générale de la législature. Pour résoudre cette affaire, j'estime qu'il faut considérer cette intention comme un élément des plus importants, en fait comme l'élément déterminant lorsqu'on l'examine de concert avec les autres.

Dans ce passage, le juge Beetz oppose les clauses privatives aux clauses qui, bien que non privatives, n'en préviennent pas moins «clairement» les tribunaux qu'ils ne constituent pas la tribune appropriée pour la résolution d'un type particulier de différend. On pourrait également parler ici d'une distinction entre exclusion expresse et exclusion tacite des recours. À mon sens, il serait exagéré d'affirmer que les tribunaux ne font que mettre en œuvre la propre décision du Parlement à l'égard de la justiciabilité, lorsqu'ils statuent qu'il y a exclusion tacite de certains recours en raison de la coexistence d'autres recours appropriés, que ceux-ci découlent ou non de la loi conférant la garantie juridique en cause. Bien que l'on s'inspire du texte et de l'économie de la loi dont résulte le recours subsidiaire, le fait qu'on doive en évaluer le caractère approprié et que l'exclusion soit nécessairement tacite tend à indiquer que l'irrecevabilité des redressements judiciaires discrétionnaires en raison de l'existence d'autres recours dans ce cas est, dans les faits, davantage le fruit du jugement des tribunaux quant à l'opportunité de leur intervention qu'une déclaration d'intention claire et nette de la part du Parlement. En s'abstenant de mettre clairement en évidence l'exclusivité du recours prévu par la loi, le Parlement laisse au judiciaire la faculté de définir son rôle par rapport à ce recours. Je souscris à la conclusion suivante de Peter Cane dans *An Introduction to Administrative Law* (1986), à la p. 190, sur ce qu'il appelle la fonction constitutionnelle des règles de droit administratif touchant l'exclusion des recours:

[TRADUCTION] Les règles visant l'exclusion tacite du contrôle tendent à soulever [...] des questions concernant l'efficacité du processus judiciaire par opposition aux autres voies de contrôle de l'inconduite administrative. En d'autres termes, ces règles semblent reposer sur des notions de justiciabilité et sur la légitimité du contrôle judiciaire.

As mentioned above, the respondents cited *Terrasses Zarolega, supra*, as authority for a putative rule that if the statute which creates the right which an applicant seeks to enforce also provides a remedy for its enforcement, then the remedy is the only one available to the applicant: see Cane, *op. cit.*, at p. 189, for the view that such a rule exists in England. I do not, however, read *Terrasses Zarolega, supra*, as laying down a completely non-discretionary rule of this sort. It still falls to the courts to determine the adequacy of the statutory remedy. Even in England, the principle only applies if the judicial review remedy sought by the applicant performs the same function as the statutory remedy; such a proviso must surely be seen as one measure of adequacy. It may well be that once the alternative remedy is found to be adequate discretionary relief is barred, but this is nothing but a reflection of a judicial concern to exercise discretion in a consistent and principled manner. Inquiring into the adequacy of the alternative remedy is at one and the same time an inquiry into whether discretion to grant the judicial review remedy should be exercised. It is for the courts to isolate and balance the factors which are relevant to the inquiry into adequacy. That said, the degree to which a statutory remedy is clearly linked to a right in the same Act will be relevant by virtue of indicating the view of Parliament as to an appropriate way to vindicate the right. Further, the extent to which the remedy can be said to form part of a comprehensive remedial scheme or code will also be a relevant indication that Parliament directed its attention to appropriate remedies. However, when Parliament fails to state explicitly that a statutory remedy is the sole or exclusive remedy, it will always be the case that exclusivity cannot be automatically assumed. The starting-point for the courts' determination of their constitutional role in such matters is that the courts should not bow before inadequate relief for citizens' statutory and common law rights. What is and is not adequate will often involve the normative inquiry into justiciability discussed above in the context of *Temple v. Bulmer*; *British Railways Board v. Pickin*, and *Operation Dismantle, supra*. Beetz J. would seem to have engaged in such an inquiry in *Harelkin, supra*, in his discussion of the

Comme je l'ai indiqué auparavant, les intimés se sont fondés sur *Terrasses Zarolega*, précité, pour invoquer la règle supposée selon laquelle, si la loi créant le droit qu'un requérant cherche à faire valoir prévoit également un recours pour en assurer l'application, c'est alors le seul recours dont le requérant puisse se prévaloir: voir Cane, *op. cit.*, à la p. 189, où il conclut à l'existence d'une telle règle en Angleterre. À mon avis cependant, *Terrasses Zarolega*, précité, n'établit pas une règle excluant ainsi toute discrétion. C'est toujours aux tribunaux qu'il incombe de décider si le recours prévu par la loi est approprié. Même en Angleterre, le principe ne s'applique que si l'examen judiciaire dont le requérant veut se prévaloir joue le même rôle que le recours fondé sur la loi; cette réserve doit assurément être interprétée comme un élément de mesure de l'adéquation. Il est fort possible que, si l'autre recours est jugé approprié, le redressement discrétionnaire devienne irrecevable, mais cela ne fait que refléter la préoccupation du judiciaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon qui soit uniforme et fondée sur des principes. Se demander si l'autre recours disponible est approprié équivaut à examiner l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder le contrôle judiciaire recherché. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'identifier et de mettre en équilibre les facteurs applicables à l'examen du caractère approprié du recours. Cela dit, le degré auquel un recours résultant de la loi est manifestement rattaché à un droit visé par cette même loi est pertinent car il indique ce qui est, au yeux du Parlement, un moyen approprié d'assurer l'application de ce droit. En outre, la mesure dans laquelle le recours fait partie d'un ensemble ou code global de mesures réparatrices est également une indication pertinente de l'attention que le Parlement a portée à cette question des recours appropriés. Cependant, dans les cas où le Parlement n'a pas édicté explicitement que le recours prévu dans la loi est l'unique ou l'exclusif recours pouvant être exercé, l'exclusivité ne pourra jamais être automatiquement présumée. Pour déterminer le rôle constitutionnel des tribunaux dans de tels cas, il faut partir du principe que ces derniers ne devraient pas s'incliner devant des voies de redressement inadéquates pour les droits conférés aux citoyens par la

desirability of a sphere of “substantial internal autonomy” for universities.

Does s. 7(1)(b) mean that the Auditor General has no judicial review remedy for any entitlements that he may have under s. 13(1)? Is the reporting remedy contained therein an adequate and, therefore, exclusive remedy? Before interpreting the import of s. 7(1)(b), three preliminary observations are necessary. First, the alternative remedial forum, the House of Commons, is a purely political forum in contrast to the administrative bodies in *Terrasses Zarolega* and *Harelkin*, *supra*. Part of the question of adequacy in those cases resided in the fact that these bodies resembled the judiciary to some extent in terms of their capacities and nature. In the present case, the Court is called upon to decide whether the political remedy in s. 7(1)(b) is an adequate remedy for s. 13(1) entitlements, assuming a s. 13(1) entitlement. An inquiry into adequacy in this context very obviously connotes notions of justiciability. The second and related observation is that the Auditor General has brought suit not *qua* ordinary citizen but in his capacity as the servant of Parliament. While in normal course (that is, in a suit by a citizen) a political remedy would not meet the adequacy test, different considerations are introduced when suit is brought by a political servant, in his or her official capacity. This must particularly be the case when the remedial political forum is also the political master of that political servant. Thirdly, it is significant that the Auditor General seeks a remedy against other political actors, namely Ministers of the Crown and Crown servants (Deputy Ministers). This directly raises issues related to the

loi ou la *common law*. Juger de ce qui est approprié ou ne l'est pas comportera souvent l'examen normatif de la justiciabilité évoqué précédemment dans le contexte des arrêts *Temple v. Bulmer*,<sup>a</sup> *British Railways Board v. Pickin* et *Operation Dismantle*, précités. Le juge Beetz semble s'être engagé dans une appréciation de ce type lorsqu'il a examiné, dans *Harelkin*, précité, l'avantage que présenterait une sphère d'«autonomie interne appréciable» pour les universités.<sup>b</sup>

L'alinéa 7(1)(b) signifie-t-il que le vérificateur général ne peut recourir au contrôle judiciaire pour faire valoir les droits qu'il peut avoir en vertu du par. 13(1)? Le rapport qui y est visé constitue-t-il un recours approprié et, par conséquent, exclusif? Avant d'interpréter l'al. 7(1)(b), trois observations préliminaires s'imposent. En premier lieu, la tribune pouvant être saisie du recours, soit la Chambre des communes, est une tribune purement politique, par opposition aux organismes administratifs en cause dans *Terrasses Zarolega* et *Harelkin*, précités. Un des éléments du caractère approprié du recours dans ces affaires résidait dans le fait que ces organismes, de par leurs pouvoirs et leur nature, ressemblaient dans une certaine mesure au judiciaire. En l'espèce, on demande à la Cour de décider si le recours politique visé à l'al. 7(1)(b) est un recours approprié pour les droits conférés par le par. 13(1), en présumant que de tels droits existent. Dans ce contexte, un examen du caractère approprié du recours renvoie, de façon très évidente, aux notions de justiciabilité. En second lieu et de façon connexe, soulignons que c'est à titre de préposé du Parlement et non en sa qualité de citoyen ordinaire que le vérificateur général a intenté sa poursuite. Alors qu'en temps normal (c'est-à-dire dans une poursuite intentée par un citoyen), un recours politique ne satisferait pas au critère de l'adéquation, des considérations d'un autre ordre entrent en jeu lorsque la poursuite est intentée par un préposé politique, en sa qualité officielle. Ceci est d'autant plus vrai lorsque la tribune politique susceptible d'être saisie du recours est également le maître politique du préposé politique en question. En troisième lieu, il est significatif que le vérificateur général cherche à exercer un recours contre d'autres acteurs politiques, savoir des ministres et des préposés de la

constitutional balance of powers in the Westminster, and our, system of government.

The following analysis proceeds in two stages. I will first seek to discern from the terms of the *Auditor General Act* what Parliament itself may be taken to have intended on the question of whether s. 7(1)(b) is an exclusive remedy. This will be an attempt to determine, as far as possible, the enacting Parliament's view of the justiciability of the s. 13(1) claim. I will then inquire into the adequacy of s. 7(1)(b) as a remedy and, therefore, the appropriateness of finding s. 13(1) to be nonjusticiable.

It was suggested above that the clarity of the linkage between a statutory right and a statutory remedy is relevant to determining Parliament's view of the appropriateness of the remedy. Even more fundamentally, a prior question is whether a provision is in fact a remedy at all, let alone an adequate one. Section 7(1)(b) admittedly is not cast in explicitly remedial terms. For ease of reference, I will again set out the section:

7. (1) The Auditor General shall report annually to the House of Commons

. . . .

(b) on whether, in carrying on the work of his office, he received all the information and explanations he required.

The section refers to a duty to report of the Auditor General, but can, in my view, simultaneously be characterized as a reporting remedy.

The reference to "information and explanations" in s. 7(1)(b) is almost exactly paralleled by s. 13(1) which refers to "information" and then "information, reports and explanations"; further, s. 14(2) and (3) refer again to "information and explanations". Section 13(1) sets out an entitlement of access to information while s. 7(1)(b)

Couronne (les sous-ministres). Ainsi sont directement soulevées des questions reliées à l'équilibre constitutionnel des pouvoirs dans le système gouvernemental de Westminster et, partant, dans le nôtre.

L'analyse qui suit comporte deux étapes. Je chercherai d'abord, à partir du texte de la *Loi sur le vérificateur général*, à découvrir l'intention du Parlement quant à l'exclusivité du recours visé à l'al. 7(1)(b). Il s'agira ainsi de déterminer, dans la mesure possible, sa conception de la justiciabilité des demandes fondées sur le par. 13(1). J'examinerai ensuite la question de savoir si l'al. 7(1)(b) constitue une voie de recours appropriée et s'il convient, le cas échéant, de conclure à la non-justiciabilité des demandes présentées en vertu du par. 13(1).

On a allégué précédemment que l'évidence du lien entre un droit et un recours conférés par la loi était un facteur utile pour discerner l'intention du Parlement quant au caractère approprié de ce recours. Mais plus fondamentalement encore, se pose au préalable la question de savoir si une disposition constitue bel et bien un recours, avant même de parler d'adéquation. Les termes de l'al. 7(1)(b), il est vrai, ne visent pas explicitement un recours. Pour faciliter l'analyse, je cite à nouveau cet alinéa:

7. (1) Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel

g

. . . .

b) il indique s'il a reçu dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés.

Cet alinéa impose au vérificateur général l'obligation de faire un rapport mais on peut simultanément, à mon avis, considérer qu'il lui offre ainsi un recours sous forme de rapport.

La mention de «renseignements et éclaircissements» à l'al. 7(1)(b) fait presque exactement pendant aux termes «renseignement» et, plus loin, «renseignements, rapports et explications» figurant au par. 13(1). Il est également question de «renseignements et éclaircissements» aux par. 14(2) et (3). Le paragraphe 13(1) établit un droit d'accès à

envisages that access might not be given and obligates the Auditor General to report such an eventuality. There must be some purpose for conveying such information to the House of Commons and one must assume that Parliament intended the House of Commons to exercise its judgment as to whether to seek the information its servant had not been able to secure on its behalf.

Support for the view that s. 7(1)(b) embodies a reporting remedy can be found in the French text of s. 7(1)(b). The English text reads "... whether ... he received all the information and explanations he required" (emphasis added); the French version reads "... s'il a reçu [...] tous les renseignements et éclaircissements réclamés" (emphasis added). The French text clearly conveys the idea of the Auditor General having been denied information which he actively claimed or demanded and also serves to suggest that the word "required" in s. 7(1)(b) is not to be understood in the passive sense of "needed" but rather in the active sense in which it is used in s. 13(1) in the phrase "he is also entitled to require and receive...". Thus, there is a linkage between s. 13(1) and s. 7(1)(b). Section 13(1) contains the entitlement while s. 7(1)(b) is the corresponding remedy. I do not think it accurate to conceive of s. 13(1) as itself a remedy, except in the attenuated sense of the statutory authority for the Auditor General's requests for information according to his own view of his entitlements. Once a dispute arises as to these s. 13(1) entitlements, the issue arises as to whether the courts should exercise inherent powers of judicial review to enforce that right or whether they should interpret the s. 7(1)(b) remedy as ousting that review—precisely the issue under discussion.

It is also worthwhile noting that not only s. 7(1)(b) and the paramountcy clause of s. 13(1) but also s. 7(2)(d) was added in 1977 when the Auditor General's rights and duties were consolidated into the *Auditor General Act*, for the first time: see Hugessen J., at pp. 433-37. It is not unreasonable to take this into account as being, at the very least, consistent with Parliament having

l'information tandis que l'al. 7(1)b) prévoit l'éventualité où cet accès serait refusé et oblige le vérificateur général à en faire rapport. La communication de ce refus à la Chambre des communes vise assurément certaines fins et l'on doit présumer que le Parlement entendait que la Chambre des communes exerce son jugement quant à savoir s'il lui fallait solliciter les renseignements que son préposé n'avait pu obtenir en son nom.

La version française de l'al. 7(1)b) renforce l'argument voulant que le rapport qui y est visé constitue un recours. Le texte anglais dit: "... whether ... he received all the information and explanations he required" (je souligne), et la version française: «... s'il a reçu [...] tous les renseignements et éclaircissements réclamés» (je souligne). Le texte français traduit clairement l'idée que le vérificateur général s'est vu refuser des renseignements qu'il a activement demandés ou réclamés; il tend à démontrer également que le mot anglais «required» dans cet alinéa ne doit pas être pris au sens passif de «needed» (nécessaires) mais plutôt au sens actif dans lequel il est utilisé au par. 13(1) dans l'expression «he is also entitled to require and receive...» («il peut exiger»). Il y a donc un lien entre le par. 13(1) et l'al. 7(1)b): le par. 13(1) confère un droit et l'al. 7(1)b) crée le recours correspondant. Je ne crois pas qu'il soit exact de concevoir le par. 13(1) comme un recours en soi, sauf dans le sens atténué du pouvoir que la loi confère au vérificateur général de demander les renseignements auxquels il estime lui-même avoir droit. Lorsqu'un différend survient au sujet d'un droit visé au par. 13(1), il faut se demander si les tribunaux devraient exercer leur pouvoir inhérent de contrôle judiciaire pour faire respecter ce droit ou s'ils devraient interpréter le recours visé à l'al. 7(1)b) comme l'exclusion de ce contrôle—précisément la question soumise à notre examen.

Il convient également de souligner que non seulement l'al. 7(1)b) et la disposition attributive de prépondérance qu'est le par. 13(1), mais également l'al. 7(2)d) ont été ajoutés en 1977 lorsque les droits et les fonctions du vérificateur général ont été réunis, pour la première fois, dans la *Loi sur le vérificateur général*: voir l'opinion du juge Hugessen, aux pp. 433 à 437. Il n'est pas déraison-

designated itself as final arbiter of any disputes over the Auditor General's access to information, especially in view of the potential for both s. 7(2)(d) and the s. 13(1) paramountcy clause to receive expansive interpretations that could lead to *de facto* realignments in the balance of powers between Parliament and the executive.

Apart from the linkage between the asserted right and the statutory remedy, the extent to which the remedy is part of a comprehensive remedial code is also a relevant factor in determining whether the remedy is meant to be exclusive. Section s. 7(1)(b), so far discussed in isolation, is part of a set of interlocking remedies found in ss. 13 and 14, which I again produce for ease of reference:

#### ACCESS TO INFORMATION

13. (1) Except as provided by any other Act of Parliament that expressly refers to this subsection, the Auditor General is entitled to free access at all convenient times to information that relates to the fulfilment of his responsibilities and he is also entitled to require and receive from members of the public service of Canada such information, reports and explanations as he deems necessary for that purpose.

(2) In order to carry out his duties more effectively, the Auditor General may station in any department any person employed in his office, and the department shall provide the necessary office accommodation for any person so stationed.

(3) The Auditor General shall require every person employed in his office who is to examine the accounts of a department or of a Crown corporation pursuant to this Act to comply with any security requirements applicable to, and to take any oath of secrecy required to be taken by, persons employed in that department or Crown corporation.

(4) The Auditor General may examine any person on oath on any matter pertaining to any account subject to audit by him and for the purposes of any such examination the Auditor General may exercise all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.

14. (1) Notwithstanding subsection (2) and (3), in order to fulfil his responsibilities as the auditor of the accounts of Canada, the Auditor General may rely on

nable de considérer que cela est, à tout le moins, compatible avec le rôle que le Parlement se serait attribué à l'égard de tout différend relatif à l'accès du vérificateur général à l'information, particulièrement dans la perspective où l'al. 7(2)d) et la disposition attributive de prépondérance qu'est le par. 13(1) étaient tous deux susceptibles de recevoir une interprétation très large pouvant conduire à un réalignement de fait de l'équilibre des pouvoirs entre le Parlement et l'exécutif.

Mis à part le lien entre le droit allégué et le recours résultant de la loi, la mesure dans laquelle ce recours fait partie d'un code global de dispositions réparatrices est également un facteur pertinent pour décider de son exclusivité. L'alinéa 7(1)b), que nous avons examiné jusqu'ici isolément, fait partie d'une série de recours complémentaires prévus aux art. 13 et 14, que je cite à nouveau pour en faciliter l'analyse:

#### ACCÈS À L'INFORMATION

13. (1) Sous réserve des dispositions d'une autre loi du Parlement qui se réfèrent expressément au présent paragraphe, le vérificateur général a le droit, à tout moment convenable, de prendre connaissance librement de tout renseignement se rapportant à l'exercice de ses fonctions; à cette fin, il peut exiger que les fonctionnaires fédéraux lui fournissent tous renseignements, rapports et explications dont il a besoin.

(2) Le vérificateur général peut, pour remplir plus efficacement ses fonctions, détacher des employés de son bureau auprès de tout ministère. Celui-ci doit leur fournir les locaux et l'équipement nécessaires.

(3) Le vérificateur général doit exiger de tout employé de son bureau chargé, en vertu de la présente loi, d'examiner les comptes d'un ministère ou d'une corporation de la Couronne, qu'il observe les normes de sécurité applicables aux employés du ministère ou de la corporation et qu'il prête le serment de respecter le secret professionnel, auquel ceux-ci sont astreints.

(4) Le vérificateur général peut interroger sous serment, toute personne au sujet d'un compte soumis à sa vérification; à cette fin, il peut exercer les pouvoirs conférés aux commissaires par la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

14. (1) Par dérogation aux paragraphes (2) et (3), le vérificateur général, dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada, peut se fier au

the report of the duly appointed auditor of a Crown corporation or of any subsidiary of a Crown corporation.

(2) The Auditor General may request a Crown corporation to obtain and furnish to him such information and explanations from its present or former directors, officers, employees, agents and auditors or those of any of its subsidiaries as are, in his opinion, necessary to enable him to fulfil his responsibilities as the auditor of the accounts of Canada.

(3) If, in the opinion of the Auditor General, a Crown corporation, in response to a request made under subsection (2), fails to provide any or sufficient information or explanations, he may so advise the Governor in Council, who may thereupon direct the officers of the corporation to furnish the Auditor General with such information and explanations and to give him access to those records, documents, books, accounts and vouchers of the corporation or any of its subsidiaries access to which is, in the opinion of the Auditor General, necessary for him to fulfil his responsibilities as the auditor of the accounts of Canada.

Section 13(4) is the sole provision that gives the Auditor General access to coercive remedial powers, namely the powers of a commissioner under the *Inquiries Act*. He may go to court to enforce a subpoena issued under these powers. While no s. 13(4) issue arises in this case, I think it desirable to note that I cannot accede to the view advanced by Hugessen J., at p. 441, that the paramountcy clause of s. 13(1) should be read into s. 13(4) powers. Whatever that clause's effect *vis-à-vis* a s. 36.3 certificate would be if I were to interpret s. 13(1) as enforceable by the courts, it cannot affect how the courts must give effect to a s. 36.3 certificate under the *Inquiries Act*, which is incorporated by reference into s. 13(4).

The remedial provisions of s. 14 may be described as facilitative means by which the Auditor General may seek information from Crown corporations, such as Petro-Canada. By s. 14(1), the Auditor General may use the report of a Crown corporation's auditors as a source of information. Where, however, he wishes information

rapport du vérificateur, régulièrement nommé, d'une corporation de la Couronne ou d'une de ses filiales.

(2) Le vérificateur général peut demander à toute corporation de la Couronne d'obtenir de ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires et vérificateurs anciens ou actuels ou de ceux de ses filiales, les renseignements et éclaircissements dont il estime avoir besoin dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada et de les lui fournir.

(3) Le vérificateur général, au cas où il estime qu'une corporation de la Couronne n'a pas donné des renseignements et éclaircissements satisfaisants à la suite d'une demande visée au paragraphe (2), peut en faire part au gouverneur en conseil; celui-ci peut alors ordonner aux dirigeants de cette corporation de fournir les renseignements et éclaircissements réclamés par le vérificateur général et de lui permettre de consulter les registres, documents, livres, comptes et pièces justificatives de la corporation et de ses filiales, dont il estime avoir besoin dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada.

Le paragraphe 13(4) est la seule disposition donnant au vérificateur général l'accès à des pouvoirs de redressement coercitifs, soit les pouvoirs conférés à un commissaire par la *Loi sur les enquêtes*. Il peut ainsi s'adresser à un tribunal pour faire respecter un *subpœna* décerné conformément à ces pouvoirs. Bien qu'aucune question résultant du par. 13(4) ne soit en litige en l'espèce, je souhaite souligner que je ne puis souscrire à l'opinion formulée par le juge Hugessen, à la p. 441, selon laquelle la disposition attributive de prépondérance du par. 13(1) devrait conférer la même prépondérance aux pouvoirs visés par le par. 13(4). Quel que soit l'effet de cette disposition en regard d'une attestation délivrée en vertu de l'art. 36.3, dans l'hypothèse où j'interpréteraient le par. 13(1) comme pouvant faire l'objet d'un recours devant les tribunaux, elle ne saurait déterminer la façon dont ceux-ci doivent donner effet à une telle attestation aux termes de la *Loi sur les enquêtes*, incorporée par renvoi au par. 13(4).

On peut définir les dispositions réparatrices de l'art. 14 comme des moyens visant à faciliter la tâche du vérificateur général dans l'obtention de renseignements auprès des sociétés d'État, telle Petro-Canada. En vertu du par. 14(1), le vérificateur général peut se servir du rapport des vérificateurs d'une société d'État comme source d'infor-



beyond the report, he must make a request of the Crown corporation under s. 14(2). Section 14(3) clearly envisages that the Crown corporation may not provide the requested information and, in such a case, the Governor in Council may order the Crown corporation to comply with the Auditor General's request. If the Governor in Council declines to assist the Auditor General, as was the case here, the Auditor General's only recourse is the s. 7(1)(b) reporting remedy; once the s. 14 remedy ladder has been climbed, the only recourse left for the Auditor General is to report to the House of Commons under s. 7(1)(b) and leave the issue to be resolved politically. The Act would not seem to place any limitations upon the timing of a s. 7(1)(b) report in relation to the other remedies, apart from the implication that such reports would constitute a part of the Auditor General's annual report: see also s. 8 which provides for special reports on matters of pressing importance or urgency. The Auditor General can report on difficulties in obtaining information at any stage, including in the course of pursuing other remedies, and the House of Commons can act at any time, but, once ss. 13 and 14 remedies have been exhausted in relation to particular information, it is my view that only the s. 7(1)(b) reporting remedy is left.

I am in agreement with Heald J., at p. 422, to the effect that the presence of s. 14(3) is a persuasive indication that Parliament could not have intended s. 13(1) entitlements to be enforceable in the courts. If the Federal Court were to give access to information denied by Order-in-Council under s. 14(3), they would be doing indirectly what they are prohibited from doing directly by s. 28(6) of the *Federal Court Act*, that is, reversing a decision of the Governor in Council. Similar reasoning would seem to apply to the use of s. 13(4) to obtain information through oral testimony which had been refused by Order-in-Council under s. 14(3). Once the Auditor General chooses to seek recourse under s. 14(3), he is precluded from using the offices of the court to seek information denied

mation. Toutefois, s'il souhaite obtenir de plus amples renseignements, il doit en faire la demande à la société d'État elle-même en vertu du par. 14(2). Le paragraphe 14(3) prévoit quant à lui clairement le cas où la société d'État n'a pas donné les renseignements réclamés: le gouverneur en conseil peut alors ordonner à cette société d'accéder à la demande du vérificateur général. Si le gouverneur en conseil refuse d'aider le vérificateur général, comme c'est le cas en l'espèce, le seul recours qui s'offre à ce dernier est de présenter le rapport visé à l'al. 7(1)b). Ainsi, une fois gravés les échelons de l'art. 14, l'unique voie encore ouverte au vérificateur général est de préparer un rapport à l'intention de la Chambre des communes, conformément à l'al. 7(1)b), pour qu'une solution politique soit trouvée. La Loi ne semble imposer aucune restriction quant au délai de présentation de ce rapport, relativement aux autres recours, si ce n'est que les rapports de ce genre font partie du rapport annuel du vérificateur général: voir également l'art. 8 qui prévoit la présentation de rapports spéciaux sur toute affaire importante ou urgente. Le vérificateur général peut faire rapport sur les difficultés qu'il a à obtenir des renseignements à tout stade, y compris dans la poursuite d'autres recours, et la Chambre des communes peut agir en tout temps. Toutefois, lorsque les recours prévus aux art. 13 et 14 ont été épuisés à l'égard d'un renseignement donné, il ne reste plus comme recours, à mon avis, que le rapport visé à l'al. 7(1)b).

Je conviens avec le juge Heald, à la p. 422, que la présence du par. 14(3) est une indication convaincante de l'intention du Parlement de ne pas confier aux tribunaux la sanction des droits prévus au par. 13(1). Si la Cour fédérale devait permettre la consultation de renseignements refusée par décret pris en application du par. 14(3), elle se trouverait à faire indirectement ce que le par. 28(6) de la *Loi sur la Cour fédérale* lui interdit de faire directement, savoir infirmer une décision du gouverneur en conseil. Le même raisonnement pourrait s'appliquer à l'utilisation du par. 13(4) pour obtenir, par le biais d'un témoignage oral, les renseignements refusés par décret aux termes du par. 14(3). Une fois que le vérificateur général a choisi de recourir au par. 14(3), il perd la faculté

thereunder. Such an interpretation makes practical sense as the examination of persons under oath under s. 13(4) would seem most useful either to learn about the existence of information, that can then be requested with the aid of s. 14, or to question persons about documents already obtained, including by means of s. 14.

In this case, it is reasonable to interpret s. 7(1)(b) as the Auditor General's only remedy for claimed denials of s. 13(1) entitlements not only because the text is conducive to such an interpretation but also because, in the circumstances, a political remedy of this nature is an adequate alternative remedy. The Auditor General is acting on Parliament's behalf carrying out a quintessentially Parliamentary function, namely, oversight of executive spending pursuant to Parliamentary appropriations. Where the exercise of this auditing function involves the Auditor General in a dispute with the Crown, this is in essence a dispute between the legislative and executive branches of the federal government. Section 7(1)(b) would seem to be the means by which Parliament itself retains control over the position it wishes to take in such a dispute.

It is of no avail to point to the fusion of powers which characterizes the Westminster system of government. That the executive through its control of a House of Commons majority may in practice dictate the position the House of Commons takes on the scope of Parliament's auditing function is not, with all respect to the contrary position taken by Jerome A.C.J., constitutionally cognizable by the judiciary. The *grundnorm* with which the courts must work in this context is that of the sovereignty of Parliament. The ministers of the Crown hold office with the grace of the House of Commons and any position taken by the majority must be taken to reflect the sovereign will of Parliament. Where Parliament has indicated in the *Auditor General Act* that it wishes its own servant to report to it on denials of access to information needed to carry out his functions on Parliament's behalf, it would not be appropriate for this Court

de s'adresser au tribunal pour solliciter l'information qu'on lui a refusée en vertu de ce paragraphe. Cette interprétation répond à des considérations d'ordre pratique puisque l'interrogatoire sous serment en vertu du par. 13(4) pourrait être très utile, soit pour apprendre l'existence de renseignements susceptibles alors d'être réclamés conformément à l'art. 14, soit pour interroger certaines personnes au sujet de documents déjà obtenus, y compris au moyen de l'art. 14.

En l'espèce, il est raisonnable d'interpréter l'al. 7(1)b) comme le seul recours du vérificateur général en cas de refus opposé aux droits conférés par le par. 13(1), non seulement parce que le texte s'y prête mais également parce que, dans les circonstances, un recours politique de cette nature constitue un recours approprié. Le vérificateur général agit au nom du Parlement dans l'exercice d'une fonction essentiellement parlementaire, savoir la surveillance des dépenses de l'exécutif conformément aux affectations de crédits votées par le Parlement. Tout différend opposant le vérificateur général à la Couronne au sujet de cette fonction est, fondamentalement, un différend entre les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement fédéral. Il semble que l'al. 7(1)b) soit le moyen qu'ait choisi le Parlement pour conserver la maîtrise de la position qu'il souhaite adopter en pareil cas.

Il ne sert à rien d'insister sur la centralisation des pouvoirs qui caractérise le système de gouvernement hérité de Westminster. Avec égards pour l'opinion contraire du juge en chef adjoint Jerome, la possibilité que, grâce à sa majorité à la Chambre des communes, l'exécutif dicte en pratique à cette dernière la position qu'elle doit prendre quant à l'étendue des attributions du Parlement en matière de vérification, ne relève pas sur le plan constitutionnel de la compétence du judiciaire. La règle fondamentale que les tribunaux doivent appliquer dans ce contexte est celle de la souveraineté du Parlement. Les ministres de la Couronne restent en fonction suivant le bon vouloir de la Chambre des communes et toute position qu'adopte la majorité est censée refléter la volonté souveraine du Parlement. Étant donné que le Parlement a indiqué, dans la *Loi sur le vérificateur général*, qu'il souhaitait que son propre préposé lui

to consider granting remedies for such denials, if they, in fact, exist.

The adequacy of the s. 7(1)(b) remedy must not be underestimated. A report by the Auditor General to the House of Commons that the government of the day has refused to provide information brings the matter to public attention. It is open to the Opposition in Parliament to make the issue part of the public debate. The Auditor General's complaint that the government has not been willing to provide all the information requested may, as a result, affect the public's assessment of the government's performance. Thus, the s. 7(1)(b) remedy has an important role to play in strengthening Parliament's control over the executive with respect to financial matters.

Before concluding, I wish to address the contention of the appellant that the *Auditor General Act* should be given the same liberal and purposive interpretation given to the *Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1979, c. 306, in *British Columbia Development Corp. v. Friedmann, Ombudsman*, [1984] 2 S.C.R. 447. Hugessen J. accepted this contention when he said that had he had any doubt, which he did not have, he would have relied on *Friedmann* to find that s. 7(1)(b) was not the Auditor General's final remedy. In *Friedmann*, B.C.D.C. applied for an injunction against the Ombudsman on the grounds that the Act did not give him jurisdiction to investigate the provincial Crown corporation. The *Ombudsman Act* made clear that the Ombudsman was an "officer of the Legislature" to which he reported annually. The Act gave the Ombudsman wide investigative and remedial powers. Applying a liberal interpretative approach, this Court held that investigation of B.C.D.C. was within the Ombudsman's jurisdiction.

fasse rapport sur les refus d'accès à des renseignements nécessaires à l'exercice de ses fonctions pour le compte du Parlement, il ne serait pas opportun que cette Cour envisage, le cas échéant, d'accorder  
a réparation pour de tels refus.

Le caractère approprié du recours fondé sur l'al. 7(1)(b) ne doit pas être sous-estimé. En révélant dans son rapport à la Chambre des communes que le gouvernement en place a refusé d'accéder à ses demandes de renseignements, le vérificateur général porte l'affaire à l'attention du public. L'Opposition au Parlement est alors libre d'en faire un objet de débat. La plainte que le vérificateur général porte à l'endroit du gouvernement pour n'avoir pas voulu lui fournir tous les renseignements réclamés peut influencer sur l'évaluation que l'opinion  
c publique fait de la performance de ce gouvernement. Le recours fondé sur l'al. 7(1)(b) joue donc un rôle important en renforçant le contrôle du Parlement sur l'exécutif en ce qui touche les questions financières.

Avant de conclure, j'aimerais répondre à la prétention de l'appelant selon laquelle la *Loi sur le vérificateur général* devrait recevoir une interprétation large en fonction de son objet, comme celle qui a été donnée à l'*Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 306, dans l'arrêt *British Columbia Development Corp. c. Friedmann, ombudsman*, [1984] 2 R.C.S. 447. Le juge Hugessen a accepté cette prétention lorsqu'il a déclaré que s'il avait eu quelque doute, ce qui n'était pas le cas, il se serait fondé sur *Friedmann* pour statuer que l'al. 7(1)(b) ne constituait pas le recours ultime du vérificateur général. Dans cette affaire, la société B.C.D.C. demandait une injonction contre l'ombudsman au motif que la Loi ne lui conférait pas compétence pour enquêter sur la société d'État provinciale. Il ressortait clairement de l'*Ombudsman Act* que l'ombudsman était «un officier de l'Assemblée législative» à qui il soumettait un rapport annuel. La Loi lui donnait de larges pouvoirs en matière d'enquête et de redressement. Adoptant une interprétation libérale, cette Cour a jugé que l'enquête menée sur la B.C.D.C. relevait de la compétence de l'ombudsman.

The sections of the *Ombudsman Act* which will assist in understanding the upcoming analysis are as follows:

2. (1) The Lieutenant Governor shall, on the recommendation of the Legislative Assembly, appoint as an officer of the Legislature an Ombudsman to exercise the powers and perform the duties assigned to him under this Act.

11. ...

(3) Where a question arises as to the Ombudsman's jurisdiction to investigate a case or class of cases under this Act, he may apply to the Supreme Court for a declaratory order determining the question.

15. (1) The Ombudsman may receive and obtain information from the persons and in the manner he considers appropriate, and in his discretion may conduct hearings.

(2) Without restricting subsection (1), but subject to this Act, the Ombudsman may

- (a) at any reasonable time enter, remain on and inspect all of the premises occupied by an authority, converse in private with any person there and otherwise investigate matters within his jurisdiction;
- (b) require a person to furnish information or produce a document or thing in his possession or control that relates to an investigation at a time and place he specifies, whether or not that person is a past or present member or employee of an authority and whether or not the document or thing is in the custody or under the control of an authority;
- (c) make copies of information furnished or a document or thing produced under this section;
- (d) summon before him and examine on oath any person who the Ombudsman believes is able to give information relevant to an investigation, whether or not that person is a complainant or a member or employee of an authority, and for that purpose may administer an oath; and
- (e) receive and accept, on oath or otherwise, evidence he considers appropriate, whether or not it would be admissible in a court.

Pour les fins de l'analyse qui suit, il convient de citer les dispositions de l'*Ombudsman Act* que voici:

[TRADUCTION] 2. (1) Le lieutenant-gouverneur, sur recommandation de l'Assemblée législative, nomme un ombudsman pour exercer, à titre d'officier de l'Assemblée législative, les pouvoirs et les fonctions que lui confère la présente loi.

11. ...

(3) L'ombudsman peut demander à la Cour suprême un jugement déclaratoire sur sa compétence, dans le cadre de la présente loi, à l'égard d'un cas ou d'une catégorie de cas.

15. (1) L'ombudsman peut obtenir de quiconque des renseignements, de la manière qu'il juge appropriée, et il peut, à sa discrétion, tenir des audiences.

(2) Sans restreindre la portée du paragraphe (1), mais sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'ombudsman peut

- a) en tout temps raisonnable, pénétrer dans les locaux d'un organisme gouvernemental et y demeurer pour fins d'inspection, s'entretenir en privé avec toute personne qui s'y trouve et y faire enquête sur toute affaire relevant de sa compétence;
- b) exiger d'une personne qu'elle fournisse des renseignements ou qu'elle produise des documents ou objets qu'elle a en sa possession ou sous son contrôle et qui se rapportent à une enquête, au moment et à l'endroit qu'il indique, que cette personne soit ou non un employé ou un membre, ancien ou actuel, d'un organisme gouvernemental et que le document ou l'objet soit ou non en la possession ou sous le contrôle d'un organisme gouvernemental;
- c) faire des copies des renseignements fournis ou des documents ou objets produits en vertu du présent article;
- d) assigner et interroger sous serment toute personne qu'il juge en mesure de fournir des renseignements se rapportant à une enquête, qu'il s'agisse ou non du plaignant ou d'un membre ou employé de l'organisme gouvernemental, et à cette fin, faire prêter serment aux personnes interrogées;
- e) recevoir, sous serment ou autrement, toute preuve qu'il juge appropriée, qu'elle soit ou non admissible devant un tribunal.

(3) Where the Ombudsman obtains a document or thing under subsection (2) and the authority requests its return, the Ombudsman shall within 48 hours after receiving the request return it to the authority, but he may again require its production in accordance with this section.

17. Where the Attorney General certifies that the entry on premises, the giving of information, the answering of a question or the production of a document or thing might

- (a) interfere with or impede the investigation or detection of an offence;
- (b) result in or involve the disclosure of deliberations of the Executive Council; or
- (c) result in or involve the disclosure of proceedings of the Executive Council or a committee of it, relating to matters of a secret or confidential nature and that the disclosure would be contrary or prejudicial to the public interest,

the Ombudsman shall not enter the premises and shall not require the information or answer to be given or the document or thing to be produced, but shall report the making of the certificate to the Legislative Assembly not later than in his next annual report.

18. (1) Subject to section 17, a rule of law that authorizes or requires the withholding of a document or thing, or the refusal to disclose a matter in answer to a question, on the ground that the production or disclosure would be injurious to the public interest does not apply to production of the document or thing or the disclosure of the matter to the Ombudsman.

(2) Subject to section 17 and to subsection (4), a person who is bound by an enactment to maintain confidentiality in relation to or not to disclose any matter shall not be required to supply any information to or answer any question put by the Ombudsman in relation to that matter, or to produce to the Ombudsman any document or thing relating to it, if compliance with that requirement would be in breach of the obligation of confidentiality or nondisclosure.

(3) Subject to section 17 but notwithstanding subsection (2), where a person is bound to maintain confidentiality in respect of a matter only by virtue of an oath under the *Public Service Act* or a rule of law referred to in subsection (1), he shall disclose the information, answer questions and produce documents or things on the request of the Ombudsman.

(4) Subject to section 17, after receiving a complainant's consent in writing, the Ombudsman may require a person described in subsection (2) to, and that person

(3) Dans le cas où l'organisme gouvernemental exige la remise du document ou de l'objet obtenu par l'ombudsman en vertu du paragraphe (2), ce dernier doit le lui remettre dans les 48 heures suivant la réception de la requête, sous réserve de son droit d'en requérir à nouveau la production conformément au présent article.

17. Si le procureur général atteste que l'entrée dans des locaux, la communication de renseignements, la réponse à une question ou la production d'un document ou objet risque

- a) de nuire à l'enquête sur une infraction ou à la découverte d'une infraction;
- b) d'entraîner la divulgation de délibérations du Conseil des ministres;
- c) d'entraîner la divulgation de travaux du Conseil des ministres ou d'un comité du Conseil qui ont trait à des questions confidentielles ou secrètes et de nuire ainsi à l'intérêt public,

d l'ombudsman ne doit pas pénétrer dans les locaux ni exiger les renseignements, la réponse, le document ou l'objet, mais doit faire rapport de cette attestation à l'Assemblée législative, au plus tard dans son prochain rapport annuel.

18. (1) Sous réserve de l'article 17, une règle de droit qui permet ou exige le refus de produire un document ou objet, ou de divulguer une affaire en réponse à une question, au nom de l'intérêt public, ne s'applique pas à la production du document ou de l'objet ou à la divulgation de l'affaire devant l'ombudsman.

(2) Sous réserve de l'article 17 et du paragraphe (4), la personne qui est, de par la loi, tenue à la confidentialité ou de ne pas faire de divulgation sur une question, n'a pas à fournir de renseignements à l'ombudsman, à répondre à ses questions ni à produire de documents ni d'objets pertinents si elle doit, pour ce faire, manquer à son obligation.

(3) Sous réserve de l'article 17 et par dérogation au paragraphe (2), la personne qui n'est tenue à la confidentialité qu'en vertu d'un serment prêté conformément à la *Public Service Act* ou d'une règle de droit visée au paragraphe (1), doit, à la demande de l'ombudsman, fournir les renseignements, répondre aux questions et produire les documents ou objets requis.

(4) Sous réserve de l'article 17 et après avoir obtenu le consentement écrit du plaignant, l'ombudsman peut exiger de la personne visée au paragraphe (2) qu'elle

shall, supply information, answer any question or produce any document or thing required by the Ombudsman that relates only to the complainant.

24. (1) If within a reasonable time after a request by the Ombudsman has been made under section 23 no action is taken that the Ombudsman believes adequate or appropriate, he may, after considering any reasons given by the authority, submit a report of the matter to the Lieutenant Governor in Council and, after that, may make such report to the Legislative Assembly respecting the matter as he considers appropriate.

(2) The Ombudsman shall attach to a report under subsection (1) a copy of his recommendation and any response made to him under section 23, but he shall delete from his recommendation and from the response any material that would unreasonably invade any person's privacy, and may in his discretion delete material revealing the identity of a member, officer or employee of an authority.

30. (1) The Ombudsman shall report annually on the affairs of his office to the Speaker of the Legislative Assembly, who shall cause the report to be laid before the Legislative Assembly as soon as possible.

(2) The Ombudsman, where he considers it to be in the public interest or in the interest of a person or authority, may make a special report to the Legislative Assembly or comment publicly respecting a matter relating generally to the exercise of his duties under this Act or to a particular case investigated by him.

In my view, there is no convincing analogy between *Friedmann* and the case at bar. The result reached in the *Friedmann* case was statute-specific, however liberal the interpretation was. There was no clearly comparable provision to that of s. 7(1)(b), but rather a range of powers that the Ombudsman could use against those resisting investigation, including s. 11(3) which expressly allowed the Ombudsman to apply for a declaratory order where a question as to his or her jurisdiction arose. Only s. 24 bore some similarity, providing that if the Ombudsman remained unsatisfied about implementation of a decision he had taken, he could report the matter to the Lieutenant Governor in Council and then to the Legislative Assembly. If the issue in *Friedmann* had been post-decision compliance and if the Ombudsman

fournisse des renseignements, réponde à des questions ou produise des documents ou objets ayant trait au seul plaignant.

24. (1) L'ombudsman, s'il est d'avis qu'aucune mesure adéquate et appropriée n'a été prise dans un délai suffisant après la présentation d'une demande en vertu de l'article 23, peut, après avoir pris en considération les motifs qu'a fournis l'organisme gouvernemental, soumettre un rapport sur cette question au lieutenant-gouverneur en conseil et, par la suite, faire à l'Assemblée législative le rapport qu'il juge approprié.

(2) L'ombudsman annexe au rapport prévu au paragraphe (1) une copie de sa recommandation et de la réponse qui lui a été faite conformément à l'article 23, mais il en omet tout élément susceptible de porter atteinte, de façon déraisonnable, à la vie privée de quiconque; à sa discrétion, il peut omettre tout élément révélant l'identité d'un membre, fonctionnaire ou employé d'un organisme gouvernemental.

30. (1) L'ombudsman fait rapport annuellement des activités de son bureau au président de l'Assemblée législative, qui fait déposer le rapport devant l'Assemblée législative, dès que possible.

(2) S'il considère qu'il y va de l'intérêt public ou de l'intérêt d'une personne ou d'un organisme gouvernemental, l'ombudsman peut préparer à l'intention de l'Assemblée législative un rapport spécial ou faire publiquement des commentaires à l'égard d'une question se rapportant, de façon générale, à l'exercice des fonctions que la présente loi lui confère ou à un cas particulier sur lequel il a fait enquête.

À mon avis, l'arrêt *Friedmann* ne présente pas d'analogie convaincante avec la présente espèce. La conclusion était fondée sur une loi particulière, toute libérale qu'en ait été l'interprétation. Cette loi ne comportait aucune disposition manifestement comparable à l'al. 7(1)b), mais plutôt un éventail de pouvoirs auxquels l'ombudsman pouvait recourir contre ceux qui s'opposaient à ses enquêtes, notamment le pouvoir exprès, aux termes du par. 11(3), de demander un jugement déclaratoire en cas de litige mettant en cause sa compétence. Seul l'article 24 présentait certaines similitudes en disposant que, dans le cas où l'ombudsman était insatisfait de la mise en œuvre d'une de ses décisions, il pouvait en faire rapport au lieutenant-gouverneur en conseil et, par la suite, à l'Assemblée législative. Si la question en litige

had been the one to seek judicial review, then the Court would have been faced with a similar issue as to whether s. 24 constituted an alternative remedy ousting judicial review.

Secondly, the same background considerations on the role of the Ombudsman are not present here. While acknowledging that the Auditor General fulfills a crucial function in the sphere of public accountability and thereby enhances our democratic system, the Auditor General does not play the same role as does an ombudsperson as protector of citizens against administrative abuse.

Also, there was no linkage in the Act in *Friedmann* comparable to that between s. 13(1) and s. 7(1)(b) for the Ombudsman's power to obtain information generally; rather, s. 15(2) revealed a wide range of powers that the Ombudsman could use. There is one important caveat in s. 17, whereby the Attorney General can produce a certificate to bar access to documents of the Executive Council or relating to investigation of an offence in which case "the Ombudsman shall not enter the premises and shall not require the information or answer to be given or the document or thing to be produced, but shall report the making of the certificate to the Legislative Assembly not later than in his next annual report." It must be recalled that no issue as to access to information arose in *Friedmann* and therefore that the following comments are merely by way of *obiter* comparison. When viewed in light of s. 18 of the *Ombudsman Act*, it is clear that the B.C. Legislature accorded to the Ombudsman wide powers of access to documentation and witnesses. The one place where access to information is linked to a duty to report to the legislature is for certified confidential information, which would suggest that the Ombudsman has no further recourse for this particular category of information. In the *Auditor General Act*, as seen above, s. 7(1)(b) is linked to the general provision concerning access to all information. The scheme

dans l'arrêt *Friedmann* avait porté sur le respect subséquent d'une décision et que l'ombudsman avait été l'initiateur de la demande de contrôle judiciaire, la Cour aurait alors été saisie de la question analogue de savoir si le recours fondé sur l'art. 24 écartait toute possibilité de contrôle judiciaire.

En second lieu, les considérations générales sur le rôle de l'ombudsman n'ont pas leur raison d'être en l'espèce. Même s'il faut reconnaître la fonction cruciale du vérificateur général dans le domaine de la responsabilité publique et, partant, sa contribution au renforcement de notre système démocratique, soulignons qu'il ne joue pas, comme l'ombudsman, le rôle de protecteur du citoyen contre les abus de l'administration.

De même, il n'y a, dans la loi en cause dans *Friedmann*, aucun lien comparable à celui qui existe entre le par. 13(1) et l'al. 7(1)(b) quant au pouvoir général de l'ombudsman d'obtenir des renseignements; le par. 15(2) comporte plutôt une gamme étendue de pouvoirs à la disposition de l'ombudsman. L'article 17 prévoit une réserve importante, en vertu de laquelle le procureur général peut produire une attestation visant à interdire l'accès à des documents du Conseil des ministres ou se rapportant à une enquête sur une infraction. Dans ce cas, «l'ombudsman ne doit pas pénétrer dans les locaux ni exiger les renseignements, la réponse, le document ou l'objet, mais doit faire rapport de cette attestation à l'Assemblée législative, au plus tard dans son prochain rapport annuel.» Rappelons qu'aucune question relative à l'accès à des renseignements n'était en litige dans l'arrêt *Friedmann*: aussi les commentaires qui suivent ne sont-ils faits qu'à titre de comparaison incidente. Compte tenu de l'art. 18 de l'*Ombudsman Act* il est manifeste que la législature de la Colombie-Britannique a accordé à l'ombudsman de larges pouvoirs en matière d'accès aux documents ainsi qu'aux témoins. Le seul cas où l'accès aux renseignements est rattaché à une obligation de faire rapport à la législature est celui où il y a attestation de confidentialité, d'où l'hypothèse que l'ombudsman n'aurait pas d'autres recours en ce qui a trait à cette catégorie particulière de renseignements. Or, dans la *Loi sur le vérificateur géné-*

of the *Ombudsman Act* is thus not the same as that of the *Auditor General Act*.

Finally, there is a much clearer issue of constitutional balance of powers in the case at bar than in *Friedmann* to the extent that the Auditor General's claim does amount to a claim both of the duty to evaluate under s. 7(2)(d) the substance of Cabinet and Parliamentary decisions which lead to Parliament's appropriation of funds and of the right of access to Cabinet documents that Members of Parliament, most notably members of the Opposition, do not currently have under the Rules and Procedures of the House of Commons. Acceptance of the Auditor General's interpretation of his s. 7(2)(d) duty and s. 13(1) right would result in a *de facto* shift in the constitutional balance of powers of the expenditure auditing process. Clearly, such a shift is statutorily contingent, but in the absence of a clearer expression of Parliamentary intention that the courts should decide the merits of the Auditor General's claims for an enhanced role and bolstered powers, I do not think it appropriate for the courts to assume that responsibility. The appropriateness of an enlarged mandate for the Auditor General is for Parliament, not the courts, to decide.

## V. Conclusion

I am not unaware of the "fairly emphatic" statement made by me in *Operation Dismantle*, *supra*, in the context of *Charter* review, in which four other members of the Court joined, "I have no doubt that disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts" (p. 459), but for the above reasons and in the circumstances, I am of the opinion that s. 7(1)(b) of the *Auditor General Act* is the only remedy the Auditor General has with regard to the claimed denial of his s. 13(1) rights of access to

*ral*, ainsi que nous l'avons vu précédemment, l'al. 7(1)b) est rattaché à la disposition générale visant l'accès à tout renseignement. L'économie de l'*Ombudsman Act* diffère donc de celle de la *Loi sur le vérificateur général*.

Enfin, la présente espèce soulève une question d'équilibre constitutionnel des pouvoirs beaucoup plus évidente que dans l'affaire *Friedmann*, dans la mesure où ce que demande le vérificateur général équivaut en réalité à revendiquer à la fois l'obligation d'évaluer, aux termes de l'al. 7(2)d), le fond des décisions du Cabinet et du Parlement ayant conduit à l'affectation des crédits par le Parlement, et le droit de prendre connaissance de documents du Cabinet auxquels les membres du Parlement, et surtout ceux de l'Opposition, n'ont pas présentement accès en vertu du Règlement de la Chambre des communes. Accepter l'interprétation que donne le vérificateur général à l'obligation que lui impose l'al. 7(2)d) et au droit que lui confère le par. 13(1) entraînerait un changement de fait dans l'équilibre constitutionnel des pouvoirs en ce qui concerne le processus de vérification des dépenses. Un changement de cette nature peut, bien entendu, résulter de la loi, mais en l'absence d'indication plus claire de l'intention du Parlement de permettre aux tribunaux de statuer sur le bien-fondé des prétentions du vérificateur général à un rôle et à des pouvoirs accrus, je ne crois pas qu'il convienne que les tribunaux assument cette responsabilité. C'est au Parlement, et non aux tribunaux, qu'il appartient de décider s'il y a lieu d'élargir le mandat du vérificateur général.

## V. Conclusion

Dans l'arrêt *Operation Dismantle*, précité, où était invoquée la *Charte*, j'ai déclaré de façon assez catégorique, avec l'appui de quatre autres membres de la Cour, que «[j]e ne doute pas que les tribunaux soient fondés à connaître de différends d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère» (p. 459). Toutefois, pour les motifs susmentionnés et compte tenu des circonstances, je suis d'avis que l'al. 7(1)b) de la *Loi sur le vérificateur général* constitue le seul recours que puisse faire valoir le vérificateur général contre la négation alléguée de ses droits d'accès à l'information fondés sur le par. 13(1). Je ne saurais trop



information. I cannot over-emphasize that this is not a *Charter* case.

It is not, therefore, necessary for me to deal with the substance of the contending interpretations of the Auditor General's rights and duties as they relate to s. 13(1) access to information. Nothing in the foregoing should be taken as prejudicing the right of the House of Commons to deal with a s. 7(1)(b) report as it sees fit. Further, the holdings in this case should be viewed as limited to the interpretation of a unique statute as informed by the particular role played by the Auditor General. The above analysis shall not be taken to detract from the fundamental principle that the courts should not readily decline to grant remedies for rights recognized by the laws of Canada.

In the result, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the majority in the Federal Court of Appeal setting aside the judgment of the Trial Division and dismissing the action with costs. Costs before this Court are also awarded against the appellant.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondents: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

souligner que la *Charte* n'est pas invoquée en l'espèce.

Il n'est donc pas nécessaire que je me prononce sur le fond des interprétations opposées des droits et obligations du vérificateur général en ce qui concerne l'accès à l'information prévu au par. 13(1). Rien de ce qui précède n'est censé porter préjudice au droit de la Chambre des communes d'agir comme bon lui semble à l'égard d'un rapport présenté en vertu de l'al. 7(1)b). En outre, les conclusions de l'espèce devraient être considérées comme limitées à l'interprétation d'une loi unique, eu égard au rôle particulier du vérificateur général. L'analyse en l'espèce ne doit pas non plus être interprétée comme une atteinte au principe fondamental selon lequel les tribunaux ne doivent pas refuser volontiers d'accorder les recours nécessaires quant à des droits reconnus par les lois du Canada.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale à la majorité infirmant le jugement de la Section de première instance et rejetant l'action avec dépens. Les dépens devant cette Cour sont également adjugés contre l'appelant.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Procureur des intimés: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

**L. E. D. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. D. (L.E.)

File No.: 20702.

1988: December 14; 1989: August 10.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Sexual assault — Accused convicted of sexually assaulting his daughter — Whether evidence of alleged prior acts of sexual misconduct by the accused against his daughter admissible.*

*Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Similar fact evidence admitted at trial — Whether trial judge properly instructed the jury as to the limited purpose for which such evidence could be used — Whether trial judge's charge adequate.*

The appellant was charged with two counts of sexual assault arising out of separate incidents in July 1985. The appellant allegedly fondled the breasts of his daughter, the complainant, while on an excursion and, the same day, molested her in his apartment. Approximately three weeks later, the appellant allegedly fondled the complainant's vagina through her clothing. The appellant and his wife had separated after she discovered him in bed with the complainant on May 30, 1981. No sexual assault occurred on that date. They subsequently divorced and the complainant stayed with her mother but the appellant was allowed ample access. At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of alleged previous acts of sexual misconduct by the appellant against the complainant. The Crown wished to present the complainant's allegations of numerous incidents of sexual fondling and intercourse from December 1978 to May 1981, and further incidents of sexual touching in December 1983 and in the spring of 1985. The appellant had faced several charges, including incest, arising from the incidents alleged prior to May 1981, but the Crown had entered a stay of proceedings in 1982 on all of the charges. Defence counsel did not object to the admission of the allegations of the incidents on May 30, 1981, in December 1983 and in the spring of 1985. The trial judge excluded the evidence of the

**L. E. D. Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. c. D. (L.E.)

N° du greffe: 20702.

1988: 14 décembre; 1989: 10 août.

b

Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

c

*Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Agression sexuelle — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle contre sa fille — La preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle qu'aurait commis l'accusé contre sa fille était-elle admissible?*

*Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Admission au procès de la preuve de faits similaires — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées quant à l'objet limité auquel peut servir cette preuve? — L'exposé du juge du procès était-il adéquat?*

Deux accusations d'agression sexuelle résultant d'incidents séparés survenus en juillet 1985 ont été portées contre l'appellant. L'appellant aurait caressé les seins de sa fille, la plaignante, au cours d'une excursion et, le même jour, il l'aurait agressée sexuellement dans son appartement. Environ trois semaines plus tard, l'appellant aurait caressé le vagin de la plaignante à travers ses vêtements. L'appellant et son épouse s'étaient séparés après que celle-ci l'eut surpris au lit avec la plaignante le 30 mai 1981. Aucune agression sexuelle n'avait eu lieu cette fois-là. Plus tard ils ont divorcé et la plaignante a vécu chez sa mère, mais l'appellant a bénéficié de généreux droits de visite. Au procès, il y a eu un *voir-dire* pour déterminer l'admissibilité de la preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle que l'appellant aurait commis contre la plaignante. Le ministère public voulait produire les allégations de la plaignante concernant de nombreux incidents d'attouchements sexuels et de relations sexuelles datant de décembre 1978 à mai 1981, et d'autres incidents d'attouchements sexuels datant de décembre 1983 et du printemps 1985. L'appellant avait dû répondre à plusieurs accusations, y compris une accusation d'inceste, par suite des incidents qui auraient eu lieu avant mai 1981, mais en 1982, le ministère public avait inscrit un arrêt des procédures à l'égard de chacune de ces accusations. L'avocat de la défense ne

alleged incidents prior to May 30, 1981 due to an insufficient logical connection between this evidence and the July 1985 incidents. Even if it was relevant, the probative value of the similar fact evidence was outweighed by its prejudicial effect to the appellant. He added, however, that the evidence could become relevant as a result of questions asked in cross-examination of Crown witnesses.

During the cross-examination of the complainant's mother by defence counsel, the witness made an unsolicited response in which she mentioned the incest charge against the appellant. In order to minimize the damage, defence counsel cross-examined further on the events surrounding that charge. Following an adjournment, the trial judge dismissed defence counsel's motion for a mistrial. The trial judge found that the cross-examination would leave the jury with the erroneous impression that the incest charge arose out of the events of May 30, 1981 and was stayed because the complainant's allegation against the appellant was false. He then ruled that the allegations of sexual misconduct prior to May 30, 1981 were admissible to correct that erroneous impression. In his charge, the trial judge warned the jury on numerous occasions that the appellant was not on trial for incest, nor was he on trial for events occurring prior to July 1985. The evidence of the alleged incidents prior to July 1985 was simply background. The appellant was subsequently convicted and the Court of Appeal affirmed the conviction.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

*Per* McIntyre, Lamer, Wilson and Sopinka JJ.: The trial judge was correct to exclude the evidence of the sexual incidents alleged to have occurred between December 1978 and May 1981. The evidence from this period showed that the complainant was the object of the appellant's alleged acts and that his misconduct was considerably more serious than the misconduct alleged in the charge. It was logically connected to the present charge against the appellant but its probative force was insufficient to outweigh its prejudicial effect. No evidence other than the complainant's testimony was adduced to prove the offences in the present charge and the similar fact evidence bore nearly the entire burden

s'est pas opposé à l'admission en preuve des allégations concernant des incidents remontant au 30 mai 1981, à décembre 1983 et au printemps 1985. Le juge du procès a exclu la preuve des incidents qui auraient eu lieu avant le 30 mai 1981 pour le motif qu'il n'existait pas de lien logique suffisant entre cette preuve et les incidents de juillet 1985. Même si elle était pertinente, la valeur probante de la preuve de faits similaires était moins grande que son effet préjudiciable sur l'appellant. Il a cependant ajouté que la preuve écartée pourrait devenir pertinente en raison de questions posées au cours du contre-interrogatoire de témoins à charge.

Au cours du contre-interrogatoire de la mère de la plaignante mené par l'avocat de la défense, le témoin a donné une réponse non sollicitée dans laquelle elle a mentionné l'accusation d'inceste portée contre l'appellant. Afin de minimiser les dommages, l'avocat de la défense a poursuivi le contre-interrogatoire sur les événements qui ont donné lieu à cette accusation. Après un ajournement, le juge du procès a rejeté une requête de l'avocat de la défense visant à obtenir l'annulation du procès. Le juge du procès a conclu qu'à cause du contre-interrogatoire le jury aurait l'impression erronée que l'accusation d'inceste résultait des événements survenus le 30 mai 1981 et qu'elle avait été suspendue en raison de la fausseté de l'allégation faite par la plaignante contre l'appellant. Il a alors statué que les allégations d'inconduite sexuelle antérieure au 30 mai 1981 étaient admissibles afin de rectifier cette impression erronée. Dans son exposé, le juge du procès a fait plusieurs mises en garde au jury portant que l'appellant ne se faisait pas juger pour inceste ni pour les événements survenus avant juillet 1985. La preuve des incidents qui seraient survenus avant juillet 1985 constituait simplement la toile de fond. L'appellant a par la suite été reconnu coupable et la Cour d'appel a confirmé sa déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

*Les* juges McIntyre, Lamer, Wilson et Sopinka: Le juge du procès a eu raison d'écartier la preuve des incidents d'ordre sexuel qui seraient survenus entre décembre 1978 et mai 1981. La preuve se rapportant à cette période révélait que la plaignante avait été l'objet des actes imputés à l'appellant et que cette inconduite était nettement plus grave que celle rapportée dans l'accusation. Il existe un lien logique entre cette preuve et l'accusation portée contre l'appellant dans la présente instance, mais sa valeur probante est insuffisante pour l'emporter sur son effet préjudiciable. Aucune preuve autre que le témoignage de la plaignante n'a été produite pour prouver la perpétration des infractions impu-

of proving the Crown's case against the appellant on the acts charged.

The two incidents of alleged misconduct in December 1983 and in the spring of 1985 were properly admitted as similar fact evidence. These incidents were similar to and more proximate in time to those forming the basis of the present charge. The probative value of this evidence was not outweighed by its prejudicial effect.

The trial judge erred, however, in admitting the evidence of the alleged sexual misconduct between 1978 and May 1981 following the cross-examination of the complainant's mother. The evidence had not changed its character and remained evidence of alleged prior sexual misconduct which could only be admitted if it satisfied the similar fact evidence rule. While the evidence had acquired some relevance for correcting the false impression being left in the minds of the jury, this added relevance did not diminish the prejudicial effect of that evidence. Thus, the unfortunate situation created by the cross-examination did not alter the balance sufficiently to render the evidence admissible. If the trial judge was of the view that an immediate caution to the jury to disregard the evidence was insufficient to ensure a fair trial, then his course was to direct a mistrial rather than admit the evidence of similar acts which had previously been excluded. Since the trial judge erred in admitting this evidence, the trial judge's charge need not be considered in relation to that evidence.

The trial judge's charge was inadequate in respect of the evidence of alleged incidents of sexual misconduct in December 1983 and in the spring of 1985. While the trial judge warned the jury on numerous occasions that the appellant was not on trial for the alleged prior misconduct, but only for the alleged incidents of July 1985, he did not charge the jury in a manner that would minimize as far as possible the dangers inherent in the admission of similar fact evidence. The jury should be instructed that if it accepts the evidence of the similar acts, that evidence is relevant for the limited purpose for which it was admitted. The jury must be specifically warned that it is not to rely on the evidence as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is, in fact, guilty of the offence charged. Here, the trial judge gave the jury no such warning. The similar fact evidence was treated simply as part of the whole body of

tées en l'espèce et la preuve de faits similaires représente la quasi-totalité de la preuve produite par le ministère public contre l'appellant relativement aux actes qu'on lui reproche.

<sup>a</sup> Les deux incidents d'inconduite qui seraient survenus en décembre 1983 et au printemps de 1985 ont été admis à bon droit comme preuve de faits similaires. Ces incidents étaient semblables à ceux donnant lieu à la présente accusation et étaient plus proches dans le temps. L'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sur sa valeur probante.

<sup>c</sup> Le juge du procès a cependant commis une erreur en admettant la preuve des actes d'inconduite sexuelle qui se seraient produits entre 1978 et 1981 à la suite du contre-interrogatoire de la mère de la plaignante. Le caractère de cette preuve n'avait pas changé et elle n'en demeurait pas moins une preuve d'inconduite sexuelle antérieure qui ne pouvait être admise que si elle respectait la règle applicable à la preuve de faits similaires.

<sup>d</sup> Même si la preuve avait acquis de la pertinence du fait qu'elle permettait de corriger l'impression erronée qu'on avait pu donner au jury, cette pertinence accrue n'en diminuait toutefois aucunement l'effet préjudiciable. Ainsi, la situation regrettable créée par le contre-interrogatoire ne changeait pas suffisamment la situation pour rendre la preuve admissible. Si le juge du procès était d'avis que le fait d'avertir immédiatement le jury de ne pas tenir compte de la preuve ne suffisait pas pour assurer un procès équitable, il aurait dû ordonner l'annulation du procès plutôt que d'admettre une preuve d'actes similaires précédemment exclue. Étant donné que le juge du procès a commis une erreur en admettant ladite preuve, son exposé au jury n'a pas à être examiné en fonction de cette preuve.

<sup>e</sup> L'exposé du juge du procès était insuffisant quant à la preuve des incidents d'inconduite sexuelle qui seraient survenus en décembre 1983 et au printemps de 1985. Bien que le juge du procès ait averti le jury à maintes reprises que l'appellant ne se faisait pas juger pour l'inconduite antérieure qu'on lui reprochait, mais seulement pour les incidents qui seraient survenus en juillet 1985, il n'a pas donné ses directives au jury d'une manière qui réduirait autant que possible les dangers inhérents à l'utilisation d'une preuve de faits similaires.

<sup>f</sup> Il faut dire aux jurés que s'ils acceptent la preuve des actes similaires, cette preuve ne s'applique qu'aux fins limitées pour lesquelles elle a été admise. Il faut leur préciser qu'ils ne doivent pas considérer que cette preuve établit que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction en question et en déduire que l'accusé est en fait coupable de cette infraction. En l'espèce, le juge du procès n'a pas fait de telle mise en garde au

evidence on which the jury was to determine innocence or guilt.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The application of the similar facts rule requires a balancing of factors and involves an exercise of discretion on the part of the trial judge who must assess both the probative value and the possible prejudicial effect of the evidence in the circumstances of the case before him. Here, the trial judge could have validly admitted the evidence from the outset. The probative force of the evidence outweighed the prejudicial effect upon the appellant. In determining whether a father has sexually assaulted his daughter, it is particularly relevant to know whether such behaviour is part of a long-standing pattern of abuse.

In any event, the trial judge properly admitted the evidence of the sexual incidents prior to May 1981 following the defence counsel's attack on the victim's credibility — the Crown's chief witness. The evidence was admitted not as evidence of "similar fact", but rather for the purpose of establishing the victim's credibility. When the victim's credibility is attacked by defence counsel, the victim should not be denied recourse to evidence which effectively rebuts the negative aspersions cast upon her testimony, her character or her motives.

Since the evidence was not admitted as similar fact evidence, the charge to the jury did not have to deal directly with the special problems relating to similar fact. However, even if it were to be considered as similar fact evidence, the charge to the jury was not defective. The trial judge cannot be expected to completely eradicate any prejudicial effect created by such evidence but he must, in his charge, carefully direct the jury as to the proper use of the evidence and the circumstances in which it may be taken into consideration. In the case at bar, the trial judge's charge contains numerous and repeated warnings concerning the proper use of the evidence of prior incidents.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Considered:** *R. v. Ball*, [1911] A.C. 47; **referred to:** *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Sweitzer v. The*

jury. La preuve de faits similaires a été traitée comme faisant simplement partie de l'ensemble de la preuve sur laquelle le jury devait se fonder pour déterminer l'innocence ou la culpabilité.

*a* Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'application de la règle relative à la preuve de faits similaires nécessite que soient soupesés certains facteurs et implique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le juge du procès qui doit apprécier, en fonction des circonstances de l'affaire dont il est saisi, la valeur probante de la preuve ainsi que l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir. En l'espèce, le juge du procès aurait pu légitimement admettre la preuve dès le départ. La force probante de la preuve l'emporte sur l'effet préjudiciable à l'égard de l'appellant. Pour déterminer si un père a agressé sexuellement sa fille, il est particulièrement pertinent de savoir si cette conduite s'inscrit dans un type de comportement abusif existant depuis longtemps.

*d* Quoi qu'il en soit, le juge du procès a admis à bon droit la preuve des incidents sexuels survenus avant mai 1981, après que l'avocat de la défense eut attaqué la crédibilité de la victime, le principal témoin à charge. La preuve a été admise non pas en tant que preuve de faits similaires, mais plutôt pour établir la crédibilité de la victime. Lorsque l'avocat de la défense attaque la crédibilité de la victime, celle-ci ne devrait pas être privée de la possibilité de présenter une preuve qui réfute de manière efficace les attaques portées contre son témoignage, sa moralité ou ses raisons d'agir.

*f* Comme la preuve n'a pas été admise à titre de preuve de faits similaires, il n'était pas nécessaire que l'exposé au jury traite explicitement des problèmes particuliers posés par cette preuve. Toutefois, même si cette preuve était considérée comme une preuve de faits similaires, l'exposé au jury n'était pas insuffisant. On ne peut s'attendre que le juge du procès neutralise complètement l'effet préjudiciable d'une telle preuve, mais il doit, dans son exposé, donner au jury des directives précises quant à l'usage à faire de cette preuve et quant aux circonstances dans lesquelles elle peut être prise en considération. En l'espèce, l'exposé du juge du procès contient des mises en garde nombreuses et répétées concernant l'utilisation correcte de la preuve d'incidents antérieurs.

### Jurisprudence

*i* Citée par le juge Sopinka

**Arrêt examiné:** *R. v. Ball*, [1911] A.C. 47; **arrêts mentionnés:** *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Sweitzer c.*

*Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Pegelo*, [1934] 2 D.L.R. 798; *R. v. Thompson* (1954), 110 C.C.C. 95; *R. v. Williams* (1973), 12 C.C.C. (2d) 453; *G. v. R.*, [1977] C.A. 130; *R. v. Ambrose* (1975), 25 C.C.C. (2d) 90 (N.B.S.C., App. Div.), aff'd [1977] 2 S.C.R. 717.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Green*, [1988] 1 S.C.R. 228; *R. v. Stalder*, [1981] 2 N.S.W.L.R. 9.

#### Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Hoffmann, L. H. "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 *L.Q.R.* 193.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384, dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of sexual assault. Appeal allowed and a new trial ordered, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Kenneth G. Young*, for the appellant.

*William Ehrcke*, for the respondent.

The judgment of McIntyre, Lamer, Wilson and Sopinka JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal from a decision of the British Columbia Court of Appeal comes before this Court as of right. The Court of Appeal, McLachlin J.A. (as she then was) dissenting, upheld the conviction of the appellant. The appellant had been tried before a judge and jury and found guilty on two counts of sexual assault. The acts of sexual assault were alleged to have been committed by the appellant against his daughter, G.D. The issue in this appeal concerns the admissibility of evidence of alleged previous acts of sexual misconduct by the appellant against his daughter.

#### Facts

The two counts of sexual assault against the appellant arose out of separate incidents in July 1985. The complainant, G.D., testified that on July 1, the appellant fondled her breasts while on

*La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. v. Pegelo*, [1934] 2 D.L.R. 798; *R. v. Thompson* (1954), 110 C.C.C. 95; *R. v. Williams* (1973), 12 C.C.C. (2d) 453; *G. v. R.*, [1977] C.A. 130; *R. v. Ambrose* (1975), 25 C.C.C. (2d) 90 (C.S.N.-B., Div. app.), conf. [1977] 2 R.C.S. 717.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Green*, [1988] 1 R.C.S. 228; *R. v. Stalder*, [1981] 2 N.S.W.L.R. 9.

#### Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Hoffmann, L. H. «Similar Facts After *Boardman*» (1975), 91 *L.Q.R.* 193.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à deux chefs d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Kenneth G. Young*, pour l'appellant.

*William Ehrcke*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges McIntyre, Lamer, Wilson et Sopinka rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été formé de plein droit. La Cour d'appel a maintenu le verdict de culpabilité rendu contre l'appellant; toutefois, le juge McLachlin (alors juge d'appel) était dissidente. À l'issue du procès devant juge et jury, l'appellant a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation lui reprochant de s'être livré à des agressions sexuelles contre sa fille, G.D. La question qui se pose en l'espèce est celle de l'admissibilité de la preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle que l'appellant aurait commis contre sa fille.

#### Les faits

Les deux accusations d'agression sexuelle portées contre l'appellant résultent d'incidents séparés qui se sont produits en juillet 1985. La plaignante, G.D., a témoigné que, le 1<sup>er</sup> juillet, l'appellant lui

an excursion to a park and later that same day, molested her in his apartment. Approximately three weeks later, again in his apartment, the appellant is alleged to have fondled her vagina through her clothing. The complainant had her 17th birthday shortly before this incident. She had been living with her mother, E.D., and two younger sisters since the appellant left the matrimonial home on May 30, 1981. On that date, E.D. discovered the appellant in bed with the complainant. At trial, it was common ground that no sexual assault occurred on that date. The appellant denied all allegations of sexual misconduct.

Shortly after the commencement of the trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of evidence of alleged previous acts of sexual misconduct by the appellant against the complainant. The Crown wished to present the complainant's allegations of numerous incidents of sexual fondling and intercourse from December 1978 to May 1981, and further incidents of sexual touching in December 1983 and spring 1985. The appellant had faced several charges, including incest, arising from the incidents alleged prior to May 1981, however in 1982, the Crown had entered a stay of proceedings on all of these charges. The Crown also wished to adduce evidence of a June 1981 medical examination of the complainant. Counsel for the defence did not object to the admission of the allegations of incidents in December 1983 and spring 1985, nor to the evidence of the events on May 30, 1981. Defence counsel did object, however, to the admission of the evidence of incidents alleged to have occurred prior to May 1981, and the medical evidence.

The trial judge ruled that the evidence of the alleged incidents prior to May 30, 1981 should be excluded. Low Co. Ct. J. was of the opinion that there was an insufficient logical connection between this evidence and the July 1985 incidents which gave rise to the charges before him. Even if

avait caressé les seins alors qu'ils se promenaient dans un parc et que, plus tard le même jour, dans son appartement, il l'avait agressée sexuellement. Environ trois semaines plus tard, encore une fois dans son appartement, l'appelant aurait caressé le vagin de la plaignante à travers ses vêtements. La plaignante, qui avait eu 17 ans peu avant cet incident, vivait avec sa mère, E.D., et deux sœurs cadettes depuis que l'appelant avait quitté le foyer conjugal le 30 mai 1981. C'est à cette date qu'E.D. avait surpris l'appelant au lit avec la plaignante. Au procès, il a été reconnu qu'aucune agression sexuelle n'avait eu lieu cette fois-là. L'appelant a nié toutes les allégations d'inconduite sexuelle.

Peu de temps après le début du procès, il y a eu un *voir-dire* afin de déterminer l'admissibilité de la preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle que l'appelant aurait commis contre la plaignante. Le ministère public voulait produire les allégations de la plaignante concernant de nombreux incidents d'attouchements sexuels et de relations sexuelles datant de décembre 1978 à mai 1981, et d'autres incidents d'attouchements sexuels datant de décembre 1983 et du printemps 1985. L'appelant avait dû répondre à plusieurs accusations, y compris une accusation d'inceste, par suite des incidents qui auraient eu lieu antérieurement à mai 1981. En 1982, toutefois, le ministère public avait inscrit un arrêt des procédures à l'égard de chacune de ces accusations. Le ministère public souhaitait en outre produire en l'espèce des preuves relatives à un examen médical subi par la plaignante en juin 1981. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'admission en preuve des allégations concernant des incidents remontant à décembre 1983 et au printemps 1985 ni n'a contesté la preuve portant sur les événements du 30 mai 1981. L'avocat de la défense a toutefois soulevé une objection à l'égard de l'admission de la preuve d'incidents qui se seraient produits avant mai 1981 et à l'égard de la preuve médicale.

Le juge du procès a exclu la preuve des incidents qui auraient eu lieu antérieurement au 30 mai 1981. Le juge Low de la Cour de comté a estimé qu'il n'existait pas de lien logique suffisant entre cette preuve et les incidents de juillet 1985 à l'origine des accusations dont il se trouvait saisi.

the evidence of the alleged incidents prior to May 30, 1981 were relevant to the present charges, its probative value was outweighed by its prejudicial effect. In making this ruling, Low Co. Ct. J. warned that the excluded evidence might become admissible as a result of questions asked in cross-examination of Crown witnesses, or as a result of defence evidence. The medical evidence was excluded as not relevant.

The trial resumed with E.D. testifying as a witness for the Crown. In cross-examination, defence counsel posed numerous probing questions about the state of family relations both prior to and after May 30, 1981. When defence counsel suggested that E.D. attempted to extract money from the appellant's mother in the summer of 1981, the following exchange took place:

Witness I don't believe so. I remember getting into an argument with her about money, but I don't believe I specifically asked her for money.

Counsel And did you not, in the course of that argument over money, in the summer of 1981—

Witness And it must have been later than the summer, because I had to be subpoenaed to go to Court on charges of incest against [L.E.D.]

Following this unexpected response, defence counsel did not move that the proceedings be declared a mistrial; instead, counsel cross-examined further on the events surrounding the incest charge in order to minimize the damage caused. Before this Court, counsel for the appellant agreed that this questioning simply exacerbated an unfortunate situation.

Following an adjournment, defence counsel did move for a mistrial. The trial judge refused this motion since, in his opinion, the situation was created by the defence. He found that defence counsel's cross-examination would leave the jury with the erroneous impression that the incest charge arose out of the events of May 30, 1981 and was stayed because the complainant's allega-

Même à supposer que la preuve des incidents qui, prétendait-on, avaient eu lieu avant le 30 mai 1981 ait été pertinente relativement aux accusations portées en l'espèce, sa valeur probante était moins grande que son effet préjudiciable. En statuant ainsi, le juge Low a souligné que la preuve écartée pourrait devenir admissible en raison de questions posées au cours du contre-interrogatoire de témoins à charge ou par suite de la preuve à décharge. La preuve médicale a été exclue pour le motif qu'elle n'était pas pertinente.

À la reprise du procès, E.D. a déposé en tant que témoin à charge. Au cours d'un contre-interrogatoire serré, l'avocat de la défense lui a posé de nombreuses questions sur l'état des relations familiales avant le 30 mai 1981 et après. Quand l'avocat de la défense a insinué qu'E.D. avait tenté d'extorquer de l'argent à la mère de l'appelant durant l'été 1981, les propos suivants ont été échangés:

[TRADUCTION]

Témoin Je ne le crois pas. Je me souviens de m'être querellée avec elle à propos d'une question d'argent, mais je ne crois pas lui avoir expressément demandé de l'argent.

Avocat Et n'avez-vous pas, au cours de cette dispute à propos d'argent, durant l'été 1981 . . .

Témoin Cela a dû être plus tard qu'à l'été parce que j'ai dû être citée à comparaître en cour relativement à des accusations d'inceste portées contre [L.E.D.]

À la suite de cette réponse inattendue, l'avocat de la défense n'a pas demandé l'annulation du procès; il a poursuivi le contre-interrogatoire sur les événements qui ont donné lieu à l'accusation d'inceste afin de minimiser les dommages. En cette Cour, l'avocat de l'appelant a convenu que cela n'a fait qu'aggraver une situation déjà regrettable.

Après un ajournement, l'avocat de la défense a effectivement présenté une requête en annulation du procès. Le juge du procès a rejeté cette requête parce que, à son avis, la situation était le fait de la défense. Il a conclu qu'à cause du contre-interrogatoire mené par l'avocat de la défense le jury aurait l'impression erronée que l'accusation d'inceste résultait des événements survenus le 30 mai



tion against her father was false. Low Co. Ct. J. then ruled that the complainant's allegations of acts of sexual misconduct by the appellant prior to May 30, 1981 were admissible in order to correct that erroneous impression, and to allow the complainant "to tell her entire story". He did not, however, change his ruling as to the medical evidence.

Although the trial judge told the jury that he would advise them as to what use they could make of the evidence, the appellant submits that he failed to do so. In his charge to the jury, Low Co. Ct. J. reviewed in considerable detail each of the previous acts of sexual misconduct alleged. His direction to the jury as to these allegations consisted of a number of warnings that the appellant was only charged with the acts alleged to have occurred in July 1985 and that previous acts alleged were simply "background".

### Court of Appeal

Speaking for a majority of the British Columbia Court of Appeal (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384, Hinkson J.A. was not persuaded that the trial judge proceeded on a wrong principle or made the wrong decision in failing to declare a mistrial. Furthermore, Hinkson J.A. found no error in the trial judge's charge to the jury. In his opinion, the warnings about the use of the evidence were adequate. The trial judge had admitted the excluded evidence after it was raised in cross-examination because it had become relevant and necessary to the unfolding of the narrative. There was thus no need for the trial judge to charge the jury that the evidence was admissible to show a guilty sexual passion by the appellant for the complainant. In Hinkson J.A.'s view, the allegations of acts of sexual misconduct prior to May 30, 1981 were relevant and admissible as similar fact evidence from the outset.

1981 et qu'elle avait été suspendue en raison de la fausseté de l'allégation faite par la plaignante contre son père. Le juge Low a statué alors que les allégations de la plaignante relatives à l'inconduite sexuelle de l'appelant antérieurement au 30 mai 1981 étaient admissibles afin de rectifier cette impression erronée et afin de permettre à la plaignante [TRADUCTION] «de tout raconter». Il n'a toutefois pas modifié sa décision en ce qui concernait la preuve médicale.

Quoique le juge du procès ait dit aux jurés qu'il leur donnerait des directives quant à l'usage qu'ils pouvaient faire de la preuve en question, l'appelant prétend qu'il a omis de le faire. Dans son exposé au jury, le juge Low a fait une revue très détaillée de chacun des actes d'inconduite sexuelle qui auraient eu lieu antérieurement. Ses directives au jury concernant ces allégations consistaient en plusieurs mises en garde portant que l'appelant n'était accusé que des actes qu'il aurait commis en juillet 1985 et que les actes antérieurs qu'on lui imputait constituaient simplement la [TRADUCTION] «toile de fond».

### Cour d'appel

Le juge Hinkson, qui parlait au nom de la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 n'a pas été convaincu que le juge du procès s'était fondé sur un principe erroné ou qu'il avait eu tort de ne pas prononcer l'annulation du procès. En outre, le juge Hinkson n'a trouvé aucune erreur dans l'exposé du juge du procès au jury. À son avis, les mises en garde au sujet de l'utilisation de la preuve étaient suffisantes. Le juge du procès a admis la preuve initialement écartée parce que, ayant été évoquée au cours du contre-interrogatoire, elle était devenue pertinente et nécessaire pour établir les faits. Le juge du procès n'avait donc pas à dire au jury que la preuve en question était admissible pour démontrer que l'appelant éprouvait une passion sexuelle coupable pour la plaignante. De l'avis du juge Hinkson, les allégations d'inconduite sexuelle commise avant le 30 mai 1981 étaient pertinentes et admissibles dès le départ à titre de preuve de faits similaires.

McLachlin J.A. dissented. In her view, the trial judge was correct in his initial decision not to admit the alleged prior misconduct as similar fact evidence. The probative value of the evidence was tenuous, while its potential for prejudice was great. His subsequent decision to admit the evidence to rebut the inference which arose on cross-examination violated the rule prohibiting rebuttal evidence on a collateral point.

In the event that the evidence was admissible under the similar facts rule, McLachlin J.A. maintained that the charge to the jury was inadequate. Telling the jury that allegations of prior sexual misconduct were "background" was insufficient in view of the special dangers attending similar fact evidence. The jury was not instructed as to the limited purpose for which such evidence could be used, nor that the evidence should be disregarded if it did not meet that purpose.

### Issues

The submissions of the parties pose three questions to be answered by this Court:

- (1) was the evidence of alleged prior acts of sexual misconduct by the appellant against the complainant admissible in these proceedings;
- (2) if the evidence was not admissible, what was the effect of it being raised in the cross-examination of E.D.; and
- (3) if the evidence was admissible, was the charge to the jury adequate.

### Admissibility of Evidence

The evidence which the Crown wished to have admitted at the *voir dire* was evidence of alleged discreditable, even criminal, acts by the appellant against the complainant prior to July 1985. As such, it could only be admitted if it met the criteria of "similar fact" evidence.

Le juge McLachlin était dissidente. Selon elle, c'est avec raison que le juge du procès avait d'abord décidé de ne pas admettre les allégations d'inconduite antérieure à titre de preuve de faits similaires. Cette preuve n'avait qu'une faible valeur probante et elle risquait de s'avérer hautement préjudiciable. Quant à sa décision subséquente d'admettre la preuve pour combattre l'inférence découlant du contre-interrogatoire, elle violait la règle qui interdit de produire une contre-preuve sur un point accessoire.

Supposant que ladite preuve eût été admissible en vertu de la règle relative à la preuve de faits similaires, le juge McLachlin a tenu pour inadéquat l'exposé au jury. Compte tenu des dangers particuliers inhérents à la preuve de faits similaires, il ne suffisait pas de dire au jury que les allégations d'inconduite sexuelle antérieure constituaient la «toile de fond». Le jury n'a reçu aucune directive concernant la fin limitée pour laquelle une telle preuve pouvait être utilisée et on ne lui a pas dit que cette preuve ne devait pas être prise en considération si elle ne servait pas à cette fin.

### Les questions en litige

Les arguments qu'ont avancés les parties soulèvent trois questions auxquelles doit répondre cette Cour:

- (1) la preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle qu'aurait commis l'appelant contre la plaignante était-elle admissible dans ces procédures?
- (2) si cette preuve était inadmissible, quelle a été la conséquence de sa mention au cours du contre-interrogatoire d'E.D.? et
- (3) si la preuve était admissible, l'exposé au jury était-il adéquat?

### L'admissibilité de la preuve

Ce que le ministère public souhaitait faire admettre au *voir-dire* était une preuve d'actes infâmes, voire criminels, qu'aurait commis l'appelant contre la plaignante antérieurement à juillet 1985. En tant que telle, cette preuve ne pouvait être admise que si elle satisfaisait aux critères applicables à la preuve de «faits similaires».

What is generally labelled the “similar facts rule” is, in fact a rule and an exception to a rule. The admission of similar facts is an exception to the rule excluding evidence which, though relevant, is adduced solely to show that the accused is the sort of person who would be likely to have committed the offence (*Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 201-2). This exclusionary rule is itself an exception to the general principle that all relevant evidence is admissible (*R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 941). In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 368, this Court recognized the link between the basis for the exclusionary rule and the “similar facts” exception to that rule:

As pointed out by Lamer J. in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, this rule of exclusion evolved as a result of the repeated exercise of a judicial discretion excluding such evidence because its probative value was outweighed by its prejudicial effect (p. 201). In considering whether an exception should be made, regard must be had for the underlying rationale of the exclusionary rule: does the prejudicial effect of the evidence outweigh its probative value? An exception should be made if the scales tip in favour of probative value.

*Cross on Evidence* (6th ed. 1985) contains a concise statement of the “similar facts rule” at p. 311 with which I agree:

... evidence of the character or of the misconduct of the accused on other occasions ... tendered to show his bad disposition, is inadmissible unless it is so highly probative of the issues in the case as to outweigh the prejudice it may cause.

The rule was subjected to a careful analysis by the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. Lord Hailsham explained the rule as follows, at p. 453:

It is perhaps helpful to remind oneself that what is *not* to be admitted is a chain of reasoning and not necessarily a state of facts. If the inadmissible chain of reasoning is the *only* purpose for which the evidence is adduced as a matter of law, the evidence itself is not admissible. If there is some other relevant, probative purpose than for

Ce qu’on appelle généralement la «règle relative à la preuve de faits similaires» est en réalité à la fois une règle et une exception à une règle. En effet, l’admission de faits similaires constitue une exception à la règle imposant l’exclusion d’éléments de preuve qui, quoique pertinents, sont produits à la seule fin de démontrer que l’accusé est le genre de personne qui aurait probablement commis l’infraction (*Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 201 et 202). Cette règle d’exclusion est elle-même une exception au principe général de l’admissibilité de toute preuve pertinente (*R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, à la p. 941). Dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 368, cette Cour a reconnu l’existence du lien entre le fondement de la règle d’exclusion et l’exception à cette règle que constituent les «faits similaires»:

Comme l’a fait observer le juge Lamer dans l’arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, cette règle d’exclusion est le résultat de l’exercice répété d’un pouvoir discrétionnaire judiciaire qui a exclu ce genre de preuve parce que sa valeur probante avait moins de poids que son effet préjudiciable (p. 201). Quand on se demande s’il faut faire une exception, il faut tenir compte de la raison d’être de la règle d’exclusion: l’effet préjudiciable de la preuve a-t-il plus de poids que sa valeur probante? Si la balance penche en faveur de la valeur probante, il y a lieu de faire une exception.

Dans *Cross on Evidence* (6<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 311, on trouve un énoncé concis de la «règle relative à la preuve de faits similaires», que j’approuve:

[TRADUCTION] ... une preuve de la moralité ou de l’inconduite de l’accusé à d’autres occasions [...] produite pour établir ses mauvaises tendances, est inadmissible, à moins que sa valeur probante relativement aux questions en litige soit tellement grande qu’elle l’emporte sur le préjudice que peut causer cette preuve.

La règle a fait l’objet d’une analyse minutieuse de la part de la Chambre des lords dans l’affaire *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. À la page 453, lord Hailsham l’explique de la façon suivante:

[TRADUCTION] Il est peut-être utile de se rappeler que ce qui *ne doit pas* être admis est un raisonnement et non pas nécessairement un état de faits. Si le raisonnement inadmissible constitue l’*unique* fin de la production de la preuve en droit, la preuve elle-même est inadmissible. Si elle a une fin pertinente et probante autre que celle

the forbidden type of reasoning, the evidence is admitted, but should be made subject to a warning from the judge that the jury must eschew the forbidden reasoning. [Emphasis in original.]

Following the decision in *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), the seminal case on the point, the courts tended to create categories of cases under which types of similar act evidence ought to be admitted. These categories are generally based on the purpose for which the evidence was adduced, such as “to prove a system” or “to rebut the defence of innocent association”. These categories, however, are not to be taken as exhaustive. Nor do they provide an “automatic ticket” of admissibility. They are no more than illustrations of the application of the rule (*Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at pp. 952-53, and *Boardman*, *supra*).

The process of reasoning therefore is to determine whether the evidence of similar acts has probative value in relation to a fact in issue, other than its tendency to lead to the conclusion that the accused is guilty because of the disposition to commit certain types of wrongful acts. If the evidence has such probative value, the court must then determine whether its probative value is sufficient to justify its admissibility, notwithstanding the prejudicial tendency of such evidence.

Before this Court, the respondent relied on the decision of the House of Lords in *R. v. Ball*, [1911] A.C. 47, for the proposition that evidence adduced to show a “guilty passion” is admissible as similar facts. This decision has been followed for this proposition on numerous occasions in Canada (see, for example, *R. v. Pegelo*, [1934] 2 D.L.R. 798 (B.C.C.A.); *R. v. Thompson* (1954), 110 C.C.C. 95 (B.C.C.A.); *R. v. Williams* (1973), 12 C.C.C. (2d) 453 (Ont. C.A.); and *G. v. R.*, [1977] C.A. 130). In light of *Boardman* and *Sweitzer*, *Ball* can no longer stand for the general proposition that evidence of this kind will automatically be admitted. I turn now to consider whether the decision in *Ball* can offer any support to the respondent’s position.

d’étayer le raisonnement défendu, la preuve est admise, mais le juge doit avertir le jury de ne pas adopter ce raisonnement défendu. [En italique dans l’original.]

<sup>a</sup> Après qu’eut été rendu *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.), l’arrêt de principe sur ce point, les tribunaux ont eu tendance à créer des catégories de cas dans lesquels certains types de preuve de faits similaires devraient être admis. Il s’agit de catégories qui sont généralement fondées sur la fin pour laquelle la preuve est produite, par exemple, «pour prouver l’existence d’un système» ou «pour repousser la défense de rapports innocents». Ces catégories ne doivent toutefois pas être considérées comme exhaustives. De plus, elles ne donnent pas de «garantie» d’admissibilité, car elles ne sont rien d’autre que des illustrations de l’application de la règle (*Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, aux pp. 952 et 953, et *Boardman*, précité).

<sup>e</sup> La démarche intellectuelle consiste donc à déterminer si la preuve d’actes similaires a une valeur probante à l’égard d’un fait litigieux, outre sa tendance à mener à la conclusion que l’accusé est coupable en raison de sa disposition à commettre certains types d’actes illicites. Si la preuve a une telle valeur probante, la cour doit alors décider s’il s’agit d’une valeur probante qui suffit pour justifier son admissibilité en dépit de sa tendance préjudiciable.

<sup>g</sup> En cette Cour, l’intimée a invoqué l’arrêt de la Chambre des lords *R. v. Ball*, [1911] A.C. 47, à l’appui de la proposition voulant que la preuve produite pour établir l’existence d’une «passion coupable» est admissible en tant que preuve de faits similaires. Le principe posé par cet arrêt a été souvent appliqué au Canada (voir, par exemple, *R. v. Pegelo*, [1934] 2 D.L.R. 798 (C.A.C.-B.); *R. v. Thompson* (1954), 110 C.C.C. 95 (C.A.C.-B.); *R. v. Williams* (1973), 12 C.C.C. (2d) 453 (C.A. Ont.); et *G. v. R.*, [1977] C.A. 130). Vu les arrêts *Boardman* et *Sweitzer*, l’arrêt *Ball* ne peut plus être considéré comme établissant le principe général de l’admission automatique de ce type de preuve. Je me penche maintenant sur la question de savoir si l’arrêt *Ball* peut appuyer de quelque manière la position de l’intimée.

In *Ball*, a brother and sister were charged under the newly enacted *Punishment of Incest Act, 1908* with having had carnal knowledge of each other during two periods in 1910. The evidence of the police who had observed the Balls' house over a two-week period was that the two accused were seen entering and leaving the house; figures were observed in the front bedroom; and a conversation between a man and a woman was overhead coming from that bedroom. When the police called on the house late one evening, they found the sister in her nightdress and the brother coming out of the front bedroom fastening his trousers. The police observed that the front bedroom had a double bed which bore signs of having been occupied by two people, and that the only other bedroom in the house was clearly not in use. In addition to this circumstantial evidence, the prosecution was permitted to adduce evidence that before incest had become unlawful, the two accused had rented and lived in a house as man and wife, and that the sister had given birth to a child which was registered as the daughter of the two accused. The accused denied that any sexual relations had taken place.

In upholding the admissibility of the evidence of prior relations between the accused, Lord Loreburn L.C. noted that the circumstantial evidence adduced to establish the opportunity for the offence, was "very suggestive of incest" (p. 71). The object of the "similar fact" evidence was to establish that the proper inference to be drawn from the accused occupying the same bedroom and bed was an inference of guilt. Lord Loreburn L.C. concluded (at p. 71):

... I consider that this evidence was clearly admissible on the issue that this crime was committed—not to prove the mens rea, as Darling J. considered, but to establish the guilty relations between the parties and the existence of a sexual passion between them as elements in proving that they had illicit connection in fact on or between the dates charged.

Dans l'affaire *Ball*, un frère et une sœur avaient été accusés en vertu de la *Punishment of Incest Act, 1908*, qui venait d'être adoptée, d'avoir eu des rapports sexuels l'un avec l'autre pendant deux périodes en 1910. Il ressortait des témoignages des policiers qui avaient surveillé la maison des Ball au cours d'une période de deux semaines qu'ils avaient vu les deux accusés entrer dans la maison et en sortir, qu'ils avaient vu des silhouettes dans la chambre à coucher avant et qu'ils avaient entendu une conversation entre un homme et une femme en provenance de cette chambre. Un soir que les policiers se sont présentés à la maison à une heure tardive, la sœur était vêtue d'une robe de nuit et le frère sortait de la chambre à coucher avant, en fermant son pantalon. Les policiers ont constaté que, dans cette chambre à coucher, il y avait un lit double qui paraissait avoir été occupé par deux personnes et que la seule autre chambre à coucher était visiblement inutilisée. On a permis à la poursuite de produire, outre cette preuve circonstancielle, des éléments de preuve établissant qu'avant que l'inceste ne soit illégal, les deux accusés avaient loué une maison dans laquelle ils avaient vécu ensemble maritalement, et que la sœur avait donné naissance à une enfant qui était inscrite sur les registres comme la fille des deux accusés. Ceux-ci ont nié avoir eu des rapports sexuels.

En confirmant l'admissibilité de la preuve relative aux relations antérieures entre les accusés, le lord juge Loreburn a fait remarquer que la preuve circonstancielle produite pour établir qu'ils avaient eu l'occasion de commettre l'infraction [TRADUCTION] «portait nettement à croire à l'inceste» (p. 71). La preuve de «faits similaires» était destinée à établir qu'on pouvait à bon droit déduire la culpabilité du fait que les accusés couchaient dans la même chambre et dans le même lit. Le lord juge Loreburn conclut (à la p. 71):

[TRADUCTION] ... j'estime que cette preuve était manifestement admissible relativement à la question de savoir si le crime en cause a été commis—non pas pour prouver la mens rea, contrairement à ce qu'a estimé le juge Darling, mais pour établir les rapports coupables entre les parties et l'existence d'une passion sexuelle entre eux en tant qu'éléments pour prouver qu'il y avait eu relations illicites aux dates mentionnées dans l'acte d'accusation ou entre ces dates.

In *Ball*, the “similar fact” evidence showed the propensity of the accused to commit incest. In fact, I think it may be said that in all cases in which evidence of prior misconduct is adduced, that evidence to some degree goes to a propensity or disposition of the accused. That, however, cannot be its sole characteristic if it is to be admitted under the similar facts rule.

The probative value of similar fact evidence must also be measured in relation to the other evidence adduced in the case. In *Ball*, there existed a significant body of circumstantial evidence pointing to the guilt of the accused. That this evidence alone was not considered sufficient seems in part to have been a function of the era; as Lord Alverstone C.J. commented at p. 66:

In the administration of this Act there is an additional reason which enforces what you have said, namely in the case of poor people in crowded dwellings. It is sometimes impossible for them to avoid sleeping together, and it would be wrong to assume in some cases that there must have been incestuous intercourse because persons of different sexes were in the same bed.

The value of the similar fact evidence was that it dispelled any doubt that the accused were sharing a bed for the purpose of having sexual relations. It has been rightly suggested that if the facts in *Ball*, *supra*, had been that there were two bedrooms in use, the evidence of previous acts of incest would not have been admitted. (See Hoffmann, “Similar Facts After *Boardman*” (1975), 91 *L.Q.R.* 193, at p. 202).

Given the strength of the probative value of the “similar fact” evidence in *Ball*, the prejudicial effect inherent in evidence of prior misconduct was outweighed. The prosecution was not attempting to adduce evidence of past misconduct which was more serious than that alleged in the charge facing the accused, nor was it reaching far into the past to find these “bad acts”. In all the circumstances in *Ball*, the evidence was admissible as similar fact evidence.

Dans l'affaire *Ball*, la preuve de «faits similaires» démontrait la propension des accusés à l'inceste. De fait, je crois qu'on peut affirmer que dans tous les cas où une preuve d'inconduite antérieure est produite, cette preuve établit dans une certaine mesure l'existence d'une propension ou d'une disposition chez l'accusé. Si toutefois c'est là son unique caractéristique, elle ne peut être admise en vertu de la règle relative à la preuve de faits similaires.

La valeur probante d'une preuve de faits similaires doit en outre se mesurer par rapport aux autres éléments de preuve produits. Dans l'affaire *Ball*, il existait une quantité importante de preuves circonstancielles tendant à établir la culpabilité des accusés. Que ces preuves n'aient pas été jugées suffisantes semble avoir été en partie relié aux réalités de l'époque. Comme l'a fait observer le juge en chef lord Alverstone, à la p. 66:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'administration de cette loi, un autre point vient renforcer ce que vous avez dit, savoir le cas des pauvres habitant des logements surpeuplés. Il leur est parfois impossible d'éviter de coucher ensemble et on aurait tort dans certains cas d'inférer du fait que des personnes de sexes opposés se trouvaient dans le même lit qu'ils ont dû avoir des rapports sexuels incestueux.

La preuve de faits similaires a servi à dissiper le doute sur le point de savoir si les accusés partageaient un lit afin d'avoir des rapports sexuels. On a dit, avec raison, que si, dans l'affaire *Ball*, précitée, deux chambres à coucher avaient été utilisées, la preuve des actes incestueux antérieurs n'aurait pas été admise. (Voir Hoffmann, «Similar Facts After *Boardman*» (1975), 91 *L.Q.R.* 193, à la p. 202).

La grande valeur probante de la preuve de «faits similaires» produite dans l'affaire *Ball* l'emportait sur l'effet préjudiciable inhérent à une preuve de l'inconduite antérieure. La poursuite ne tentait pas de produire la preuve d'une inconduite antérieure plus grave que celle dont les accusés étaient inculpés, ni ne remontait loin dans le passé pour trouver ces [TRADUCTION] «méfaits». Vu l'ensemble des circonstances de l'affaire *Ball*, la preuve en question était admissible à titre de preuve de faits similaires.

I turn now to the application of the foregoing to the present appeal. In the *voir dire*, the trial judge excluded the evidence of the incidents of sexual fondling and sexual intercourse which the complainant alleged occurred from December 1978 to May 1981. As in *Ball*, the evidence from this period showed that this particular complainant was the object of the appellant's alleged acts. It was, therefore, logically connected to the present charge against the appellant. The trial judge concluded that its probative force was insufficient to outweigh its prejudicial effect. As McLachlin J.A. noted (at p. 399):

The evidence, if accepted, showed that the accused had engaged in repeated and persistent sexual conduct with the complainant, including sexual intercourse, when she was a child—conduct considerably more serious and revolting than the fondling alleged in the counts charged.

No misconduct as serious as this was alleged to have occurred after May 1981. No evidence other than the complainant's testimony was adduced to prove the offences in the present charge. Evidence other than that of the complainant is not essential in every case before similar acts are admissible. In the present case, however, the similar fact evidence bore nearly the entire burden of proving the Crown's case against the appellant on the acts charged. The trial judge was thus correct in not admitting this evidence. Its probative value was not sufficient to overcome its prejudicial effect. Low Co. Ct. J. was also correct in not admitting the medical evidence since it was not relevant to the offences in the charge.

The trial judge did admit other "similar fact" evidence: the alleged incidents of sexual touching in December 1983 and spring 1985. Defence counsel did not object to the admission of this evidence. This evidence related to alleged sexual fondling of the complainant by the appellant similar to that alleged to have occurred in July 1985; this previous misconduct was not more serious than that with which the appellant was charged. As well,

J'en viens maintenant à l'application de ces principes en l'espèce. Au voir-dire, le juge du procès a écarté la preuve des attouchements sexuels et des rapports sexuels qui, selon la plaignante, avaient eu lieu entre décembre 1978 et mai 1981. Comme dans l'affaire *Ball*, la preuve se rapportant à cette période révélait que ladite plaignante avait été l'objet des actes imputés à l'appellant. Il existe en conséquence un lien logique entre cette preuve et l'accusation portée contre l'appellant dans la présente instance. Le juge du procès a cependant jugé sa valeur probante insuffisante pour l'emporter sur son effet préjudiciable. Ainsi que l'a dit le juge McLachlin, à la p. 399:

[TRADUCTION] Si elle était admise, cette preuve démontrerait que l'accusé s'était souvent et d'une manière persistante livré à des actes de nature sexuelle, y compris des rapports sexuels, avec la plaignante lorsque celle-ci était encore enfant, conduite nettement plus grave et plus révoltante que les attouchements dont il est accusé en l'espèce.

On ne prétend pas qu'une inconduite aussi grave que celle-là ait eu lieu après mai 1981. Aucune preuve autre que le témoignage de la plaignante n'a été produite pour prouver la perpétration des infractions imputées en l'espèce. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait dans chaque cas une preuve autre que la déposition du plaignant pour qu'une preuve d'actes similaires soit admissible. En l'espèce, toutefois, la preuve de faits similaires représentait la quasi-totalité de la preuve produite par le ministère public contre l'appellant relativement aux actes qu'on lui reprochait. C'est donc à bon droit que le juge du procès a refusé d'admettre cette preuve. Sa valeur probante n'était pas suffisante pour l'emporter sur son effet préjudiciable. Le juge Low a également eu raison de ne pas admettre la preuve médicale, puisqu'elle n'avait aucun rapport avec les infractions visées dans l'acte d'accusation.

Le juge du procès a pourtant admis d'autres preuves de «faits similaires», savoir les incidents d'attouchements sexuels qui se seraient produits en décembre 1983 et au printemps de 1985. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'admission de cette preuve qui se rapportait à des allégations d'attouchements sexuels de la plaignante par l'appellant semblables aux actes qui auraient été commis en juillet 1985; cette inconduite antérieure

these incidents were more proximate in time to those forming the basis of the present charge. The probative value of this evidence was not outweighed by its prejudicial effect and thus these two incidents of alleged misconduct were admissible as similar fact evidence.

### Effect of Cross-Examination

Following the cross-examination of E.D., the trial judge admitted the evidence of alleged sexual misconduct by the appellant against the complainant from December 1978 to May 1981: evidence which he had previously ruled inadmissible as similar fact evidence due in part to its prejudicial effect. Low Co. Ct. J. admitted the evidence to clarify the narrative; in the charge to the jury, he called the evidence "background". The evidence, however, had not changed its character; it remained evidence of alleged prior sexual misconduct which could only be admitted if it satisfied the similar fact evidence rule. To satisfy this rule, the cross-examination must be found to have altered the balance to such an extent that the prejudicial effect of the evidence no longer outweighed its probative value. I do not think that the unfortunate situation created by the cross-examination had this effect.

In *Robertson*, a case of sexual assault, the evidence to which the accused objected was that given by the complainant's roommate to the effect that the accused had also made a physical approach towards her. In striking the balance required by the similar facts rule, Wilson J. found that the roommate's testimony was highly relevant since "[i]t provides the background for the circumstances in which the assault occurred" (p. 943). Wilson J. also considered the other purposes of the evidence in assessing its probative value, and then balanced this probative value against the prejudicial effect. *Robertson* makes clear that evidence which clarifies the narrative or provides a background for understanding events may have probative value as similar fact evidence. The use of the term "background" was merely a succinct method of describing the relevance of the evidence in that

n'était pas plus grave que celle dont l'appelant se trouvait inculpé. De plus, ces incidents et ceux donnant lieu à la présente accusation étaient plus proches dans le temps. Comme l'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emportait pas sur sa valeur probante, ces deux incidents d'inconduite étaient admissibles à titre de preuve de faits similaires.

### L'effet du contre-interrogatoire

À la suite du contre-interrogatoire d'E.D., le juge du procès a admis en preuve les actes d'inconduite sexuelle que l'appelant aurait commis contre la plaignante entre décembre 1978 et mai 1981, preuve qu'il avait précédemment déclarée inadmissible à titre de preuve de faits similaires en raison notamment de son effet préjudiciable. C'est pour clarifier le récit des événements que le juge Low a admis cette preuve; dans son exposé au jury, il l'a décrite comme constituant la «toile de fond». Le caractère de cette preuve n'avait toutefois pas changé; elle n'en demeurerait pas moins une preuve d'inconduite sexuelle antérieure qui ne pouvait être admise que si elle respectait la règle applicable à la preuve de faits similaires. Pour que cette règle soit respectée, il faut en venir à la conclusion que le contre-interrogatoire a changé la situation à un point tel que l'effet préjudiciable de la preuve ne l'emporte plus sur sa valeur probante. Je ne crois pas que la situation regrettable créée par le contre-interrogatoire en l'espèce ait eu cet effet.

Dans l'affaire *Robertson*, où il s'agissait d'une agression sexuelle, l'accusé s'est opposé au témoignage de la compagne de chambre de la plaignante, qui disait que l'accusé lui avait également fait des avances. En faisant l'appréciation qu'exige la règle relative à la preuve de faits similaires, le juge Wilson a jugé que le témoignage de la compagne de chambre revêtait une grande pertinence parce qu'«[i]l fournit le contexte dans lequel l'agression a eu lieu» (p. 943). Dans son évaluation de la valeur probante de la preuve, le juge Wilson a en outre tenu compte des autres fins visées par celle-ci, puis elle a soupesé cette valeur probante et l'effet préjudiciable. Il ressort nettement de l'arrêt *Robertson* qu'une preuve qui clarifie le récit des événements ou fournit un contexte qui permet de le comprendre peut avoir une valeur probante en tant que preuve de faits similaires. Le mot «con-



case. Similar fact evidence may very well achieve sufficient relevance if its admission is vital to the understanding of other evidence in the case. Whether that evidence is admitted as similar fact evidence, however, depends on whether its probative value outweighs its prejudicial effect. It is in this sense that I understand the use of the term "background" in *Robertson*.

Following the cross-examination of E.D. in the case at bar, the evidence of alleged sexual misconduct from December 1978 to May 1981 had added probative value. It had acquired some relevance for correcting the false impression being left in the minds of the jury. This added relevance did not, however, diminish the prejudicial effect of that evidence. As I have discussed, it is the prejudice which this evidence could cause to the appellant which is the reason it must be excluded. While the nature or significance of evidence may change in the course of proceedings and the similar facts rule can take into account such changes, in the case at bar, the balance was not altered sufficiently to render the evidence admissible.

Alternatively, if the trial judge was of the view that the answer given by the complainant's mother and the cross-examination would create a false impression in the minds of the jury that would distort the proceedings, he ought to have declared a mistrial rather than admit the similar fact evidence. The initial answer of the witness was unresponsive to the question although undoubtedly it was an innocent and instinctive act. While the cross-examination by counsel for the accused compounded the error, and counsel for the accused is by no means blameless, this does not relieve the trial judge of his duty to exclude inadmissible evidence. In *R. v. Ambrose* (1975), 25 C.C.C. (2d) 90 (N.B.S.C., App. Div.), aff'd [1977] 2 S.C.R. 717, a Crown witness made an unresponsive statement on cross-examination by defence counsel who then invited the witness to repeat the statement rather than objecting immediately to the answer. I

texte» a été employé simplement pour décrire succinctement la pertinence de la preuve dans cette affaire-là. Or, il se peut fort bien qu'une preuve de faits similaires soit suffisamment pertinente si son admission est indispensable pour la compréhension d'autres éléments de preuve produits. Toutefois, pour que cette preuve de faits similaires soit admise en tant que telle, sa valeur probante doit être plus grande que son effet préjudiciable. C'est ainsi que je conçois l'emploi du terme «contexte» dans l'arrêt *Robertson*.

Après le contre-interrogatoire d'E.D. en l'espèce, la preuve relative à l'inconduite sexuelle qui aurait eu lieu entre décembre 1978 et mai 1981 a pris une valeur probante accrue. Elle avait acquis de la pertinence du fait qu'elle permettait de corriger l'impression erronée qu'on avait pu donner au jury. Cette pertinence accrue n'en diminuait toutefois aucunement l'effet préjudiciable. Ainsi que je l'ai déjà dit, c'est le préjudice que cette preuve risque d'occasionner à l'appellant qui commande son exclusion. Quoique la nature ou l'importance d'éléments de preuve puissent changer au cours d'une instance et que la règle relative à la preuve de faits similaires puisse tenir compte de tels changements, en l'espèce le changement n'a pas été suffisant pour entraîner l'admissibilité de la preuve en question.

Par ailleurs, si le juge du procès estimait que le contre-interrogatoire et la réponse donnée par la mère de la plaignante créeraient une impression erronée dans l'esprit des jurés et que cela fausserait les procédures, il aurait dû ordonner l'annulation du procès plutôt que d'admettre la preuve de faits similaires. Le témoin a répondu à côté de la question, bien que sa réponse fût indubitablement instinctive et sans malice. Quoique le contre-interrogatoire mené par l'avocat de l'accusé ait aggravé l'erreur, et l'avocat est loin d'être sans reproche à cet égard, cela ne dégage pas le juge du procès de son devoir d'écarter les éléments de preuve inadmissibles. Dans l'affaire *R. v. Ambrose* (1975), 25 C.C.C. (2d) 90 (C.S.N.-B., Div. app.), conf. [1977] 2 R.C.S. 717, un témoin à charge avait fait une déclaration à côté de la question au cours du contre-interrogatoire de l'avocat de la défense qui, plutôt que de s'opposer immédiatement à la

agree with the following statement of the Appeal Division, at pp. 91-92, with respect to the duty of a trial judge:

In a criminal trial there is a duty on the trial Judge to exclude inadmissible evidence even though adduced by counsel for the accused or not objected to, and should inadmissible evidence be adduced, the trial Judge should either instruct the jury immediately to disregard it or, if it is of so prejudicial a nature that the jury would not have the capability of disregarding it, he should discharge the jury and order a new trial: see *R. v. Farrell* (1909), 15 C.C.C. 283, 20 O.L.R. 182 (C.A.); *R. v. Doyle* (1916), 26 C.C.C. 197, 28 D.L.R. 649, 50 N.S.R. 123 (C.A.).

If the trial judge was of the view that an immediate caution to the jury to disregard the evidence was insufficient to ensure a fair trial, then his course was to direct a mistrial rather than admit the evidence of similar acts which had previously been excluded.

#### Charge to the Jury

As I have found that the trial judge, after the cross-examination, erred in admitting the originally excluded evidence of alleged sexual misconduct by the appellant against the complainant from December 1978 to May 1981, the jury charge need not be considered in relation to that evidence. At the initial *voir dire*, however, the trial judge did admit evidence of alleged sexual touching in December 1983 and spring 1985 and I have found that this evidence was admissible as similar fact evidence. I turn therefore, to consider the adequacy of the charge to the jury.

The inherent prejudicial effect of similar fact evidence may be felt by a jury in three main ways (see *Cross*, *op. cit.*, at pp. 326-28). The first is that the jury, if it accepts that the accused committed the prior "bad acts", may therefore assume that the accused is a "bad person" who is likely to be guilty of the offence charged. As McLachlin J.A. noted at p. 399 in the case at bar, this assumption might raise

réponse, a alors demandé au témoin de réitérer ses propos. Je souscris à ce que dit la Division d'appel sur l'obligation d'un juge du procès, aux pp. 91 et 92:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il incombe au juge qui préside un procès criminel d'écarter toute preuve inadmissible, même celle apportée par l'avocat de l'accusé et celle n'ayant fait l'objet d'aucune objection, et s'il arrive qu'une preuve inadmissible soit produite, le juge du procès doit dire immédiatement au jury de ne pas en tenir compte, ou, dans le cas d'une preuve à ce point préjudiciable que le jury se verrait dans l'impossibilité d'en faire abstraction, il doit libérer le jury et ordonner la tenue d'un nouveau procès: *R. v. Farrell* (1909), 15 C.C.C. 283, 20 O.L.R. 182 (C.A.); *R. v. Doyle* (1916), 26 C.C.C. 197, 28 D.L.R. 649, 50 N.S.R. 123 (C.A.)

<sup>d</sup> Si le juge du procès était d'avis que le fait d'avertir immédiatement le jury de ne pas tenir compte de la preuve ne suffisait pas pour assurer un procès équitable, il aurait dû ordonner l'annulation du procès plutôt que d'admettre une preuve d'actes similaires précédemment exclue.

#### <sup>e</sup> L'exposé au jury

<sup>f</sup> Comme je conclus que le juge du procès a commis une erreur en admettant après le contre-interrogatoire, la preuve initialement écartée de l'inconduite sexuelle qu'aurait eue l'appelant envers la plaignante entre décembre 1978 et mai 1981, l'exposé au jury n'a pas à être examiné en fonction de cette preuve. Au premier voir-dire, toutefois, le juge du procès a effectivement admis une preuve se rapportant à des attouchements sexuels qui auraient eu lieu en décembre 1983 et au printemps 1985 et j'ai jugé cette preuve admissible à titre de preuve de faits similaires. Je vais donc examiner si l'exposé au jury était adéquat.

<sup>j</sup> L'effet préjudiciable inhérent à une preuve de faits similaires peut se manifester de trois façons principales pour un jury (voir *Cross*, *op. cit.*, aux pp. 326 à 328). Premièrement, si le jury accepte que l'accusé a commis les «méfais» antérieurs, il peut alors supposer que l'accusé est une «mauvaise personne» qui est vraisemblablement coupable de l'infraction qu'on lui reproche. Ainsi que l'a fait remarquer le juge McLachlin en l'espèce à la p. 399, cette supposition peut éveiller

... in the minds of the jury sentiments of revulsion and condemnation which might well deflect them from the rational, dispassionate analysis upon which the criminal process should rest.

The second effect on the jury might be a tendency for the jury to punish the accused for past misconduct by finding that accused guilty of the offence charged. The third danger is that the jury might become confused as it concentrates on resolving whether the accused actually committed the similar acts. The jury members' attention is deflected from the main purpose of their deliberations which is the transaction charged. Having resolved the first matter, there is a danger that they will substitute their verdict on that matter for their verdict on the issue which they are in fact trying.

In this case, the trial judge warned the jury on a number of occasions that the appellant was not on trial for the prior misconduct alleged, but only for the alleged incidents of July 1985. This warning was, however, accompanied by a detailed recitation of the prior misconduct alleged against the appellant. The warning may still have gone some way to minimize the second prejudicial effect discussed above, but it did nothing to minimize the first and third dangers noted.

In a case in which similar fact evidence is admitted, the trial judge should charge the jury in a manner that will minimize as far as possible the dangers referred to above. The jury should be instructed that if it accepts the evidence of the similar acts, that evidence is relevant for the limited purpose for which it was admitted. The jury must be specifically warned that it is not to rely on the evidence as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is, in fact, guilty of the offence charged.

In the instant case, the trial judge gave the jury no such warning. The similar fact evidence was treated simply as part of the whole body of evidence on which the jury was to determine innocence or guilt. The purpose of the admission of the evidence was not identified and its use was not limited, although the trial judge advised the jury

[TRANSDUCTION] ... dans l'esprit des jurés des sentiments de répugnance et de réprobation qui risqueraient bien de les détourner de l'analyse rationnelle et objective sur laquelle devrait reposer le processus criminel.

<sup>a</sup> Deuxièmement, le jury pourrait avoir tendance à punir l'accusé pour son inconduite antérieure en le déclarant coupable de l'infraction qui lui est imputée. Troisièmement, il y a un danger que les jurés s'embrouillent à force d'essayer de déterminer si l'accusé a en fait commis les actes similaires. L'attention du jury se trouve être détournée de l'objet premier de ses délibérations, qui est l'acte reproché. Ayant tranché la première question, il risque de substituer son verdict sur celle-ci à un verdict sur la question qu'il est en réalité appelé à juger.

En l'espèce, le juge du procès a souligné au jury <sup>a</sup> à plusieurs reprises que l'appellant ne se faisait pas juger pour l'inconduite antérieure qu'on lui reprochait, mais seulement pour les incidents qui auraient eu lieu en juillet 1985. Ces mises en garde ont cependant été accompagnées d'un exposé <sup>e</sup> détaillé de cette inconduite antérieure imputée à l'appellant. Les mises en garde ont tout de même pu atténuer en partie le deuxième effet préjudiciable mentionné ci-dessus; elles ne réduisaient toutefois d'aucune manière le premier et le troisième <sup>f</sup> dangers.

Dans un cas où il admet une preuve de faits similaires, le juge du procès doit donner ses directives au jury d'une manière qui réduira autant que possible les dangers susmentionnés. Il doit dire au jury que s'il accepte la preuve des actes similaires, cette preuve ne s'applique qu'aux fins limitées pour lesquelles elle a été admise. Il faut lui préciser qu'il ne doit pas considérer que cette preuve établit que <sup>h</sup> l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction en question et en déduire que l'accusé est en fait coupable de cette infraction.

<sup>i</sup> Dans la présente instance, le juge du procès n'a pas fait une telle mise en garde au jury. La preuve des faits similaires a été traitée comme faisant simplement partie de l'ensemble de la preuve sur laquelle le jury devait se fonder pour déterminer <sup>j</sup> l'innocence ou la culpabilité. Aucune indication de la fin pour laquelle la preuve a été admise n'a été

at the time the evidence was admitted that he would give instructions as to the use that could be made of it. Furthermore, the jury members were not warned that they were not to engage in the prohibited line of reasoning to which I have referred. I conclude, therefore, that the charge to the jury was not adequate.

Accordingly, the appeal is allowed and a new trial directed.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I must respectfully disagree with my colleague Justice Sopinka's disposition of this appeal.

The appellant was convicted of sexually assaulting his daughter, G.D., on several occasions in July of 1985. The assaults which were the subject of the charges consisted of the fondling of the seventeen-year-old girl's breasts and vagina by her father.

The incidents which formed the basis of the charges were not isolated assaults. The evidence presented at trial indicated that the appellant had been repeatedly assaulting his daughter from the time she was eleven or twelve years old. The girl's testimony consisted of a chilling recital of sexual assaults throughout her childhood and adolescence.

On May 30, 1981, when G.D. was eleven years old, her mother Mrs. D., caught the appellant in bed with the child and demanded he leave the home. G.D.'s parents were subsequently divorced. Incest charges were laid, but were dropped when G.D. refused to discuss the assault with the police. In her testimony in the present case, she explained her refusal as being the result of fear, unwillingness to hurt her father and guilt at being the cause of her parents' separation.

Following that incident, G.D. lived with her mother. Her father, however, was allowed ample access to the children. The evidence indicates that the incidents of sexual assault continued throughout the child's adolescence. In 1985, G.D. went on a trip to Disneyland with her father, brother and

donnée et aucune limite n'a été fixée à l'utilisation de cette preuve, quoique le juge du procès ait dit aux jurés au moment où elle a été admise qu'il allait leur donner des directives concernant l'usage qu'il pouvait en faire. De plus, le jury n'a pas été mis en garde contre l'adoption du type de raisonnement défendu dont j'ai déjà parlé. Je conclus donc que l'exposé au jury a été inadéquat.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Avec égards, je ne partage pas l'avis de mon collègue le juge Sopinka quant à la façon de trancher ce pourvoi.

L'appellant a été déclaré coupable de s'être livré à plusieurs agressions sexuelles contre sa fille G.D. en juillet 1985. Les agressions visées par les accusations étaient des caresses aux seins et au vagin de la jeune fille de 17 ans par son père.

Les incidents à la base des accusations n'étaient pas des agressions isolées. La preuve offerte au procès indique que l'appellant a agressé sa fille à maintes reprises depuis qu'elle avait 11 ou 12 ans. Le témoignage de la jeune fille est un récit terrifiant d'agressions sexuelles tout au cours de son enfance et de son adolescence.

Le 30 mai 1981, alors que G.D. avait 11 ans, sa mère, Mme D., surprit l'appellant au lit avec l'enfant et exigea qu'il quitte le foyer. Les parents de G.D. divorcèrent plus tard. Des accusations d'inceste furent portées mais abandonnées lorsque G.D. refusa de discuter de l'agression avec la police. Dans son témoignage dans la présente affaire, elle explique ce refus par la crainte, son désir de ne pas blesser son père et un sentiment de culpabilité d'avoir été la cause de la séparation de ses parents.

Après cet incident, G.D. vécut avec sa mère. Son père bénéficia toutefois de généreux droits de visite à l'égard de ses enfants. La preuve révèle que les agressions sexuelles se poursuivirent tout au long de l'adolescence de l'enfant. En 1985, G.D. se rendit à Disneyland avec son père, son frère et un

uncle. She expressed her decision to go in the following way:

I wanted . . . to go to Disneyland and another reason was 'cause I thought that maybe my father might have changed and this trip could be different and my dad could be my dad and nothing would happen that had happened before.

She then testified that in spite of her hopes, her father repeatedly sexually assaulted her during the course of the trip. The assaults which are the subject of this appeal occurred shortly following this trip.

The evidence of the alleged assaults occurring prior to May 30, 1981 was initially excluded by the trial judge on a *voir dire*. He determined that it was similar fact evidence where the prejudice to the accused outweighed the probative value. However, the trial judge warned counsel that he would reconsider the admission of the evidence if the cross-examination of the witnesses was such that the evidence became directly relevant. He stated that:

I want to make it clear that this does not rule out the possibility that the evidence may become relevant as a result of questions asked in cross-examination of Crown witnesses, or as a result of defence evidence.

In spite of this warning, counsel for the defence, in cross-examining the mother of the complainant, engaged in a line of questioning which attempted to damage the credibility of the complainant. This was done by suggesting that the charges were the result of family strife which began with the divorce of the parties, and that similar charges against the accused had already been laid and dropped. The impression created was that there had been no substance to the previous claims and that the current charges were simply part of a pattern of family dispute. The trial judge ruled that the evidence of the prior incestuous behaviour of the accused had become relevant to the credibility of the victim, and it was admitted into trial. The trial judge took care to explain to the jury that the accused was not on trial for incest, nor was he on trial for events occurring prior to the laying of charges.

oncle. Voici comment elle explique sa décision d'y aller:

[TRADUCTION] Je voulais [...] aller à Disneyland et aussi j'ai pensé que mon père pouvait peut-être avoir changé et que ce voyage pourrait être différent et que mon papa pourrait être mon papa et que rien de ce qui s'était déjà produit ne se reproduirait.

Elle témoigna ensuite que, malgré ses espoirs, son père l'a agressée sexuellement de façon répétée au cours du voyage. Les agressions visées par le présent pourvoi sont survenues peu après ce voyage.

Après un voir-dire, le juge du procès exclut d'abord la preuve des agressions qui auraient été commises avant le 30 mai 1981. Il conclut qu'il s'agissait d'une preuve de faits similaires où le préjudice causé à l'accusé l'emportait sur sa valeur probante. Le juge du procès avertit cependant les avocats qu'il pourrait revenir sur sa décision quant à l'admission de la preuve si, par suite du contre-interrogatoire des témoins, la preuve devenait directement pertinente. Il écrit:

[TRADUCTION] Je veux qu'on comprenne bien que cela n'écarte pas la possibilité que la preuve puisse devenir pertinente par suite de questions posées au cours du contre-interrogatoire de témoins de la poursuite ou par suite d'une preuve offerte par la défense.

Malgré cette mise en garde, l'avocat de la défense, dans son contre-interrogatoire de la mère de la plaignante, se lança dans une série de questions qui tentaient de miner la crédibilité de la plaignante. Il insinua en effet, que les accusations étaient le fruit d'un conflit familial qui avait débuté au moment du divorce des parents, et que des accusations semblables avaient déjà été portées contre l'accusé et abandonnées. L'impression qui se dégagait de ceci fut que les plaintes antérieures n'étaient pas fondées et que les présentes accusations faisaient simplement partie du système de différend familial. Le juge du procès a conclu que la preuve du comportement incestueux antérieur de l'inculpé était devenue pertinente quant à la crédibilité de la victime, et il l'a admise au procès. Le juge du procès a pris soin d'expliquer au jury que l'inculpé ne subissait pas un procès pour inceste ni pour les événements survenus avant le dépôt des accusations.

The majority of the Court of Appeal (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 held that the evidence had been relevant from the outset, and that, if anything, the trial judge had erred in excluding it initially on the *voir dire*. They further found that it was the cross-examination by defence counsel which caused the material to subsequently be admitted as relevant. The Court decided that they could not overturn the exercise of the trial judge's discretion to continue the trial "unless the court is clearly satisfied that the judge proceeded on some wrong principle or his decision was wrong" (p. 389). The majority did not find that the judge had proceeded on a wrong principle, nor did they find that he had made a decision which was wrong in the circumstances.

### 1. Similar Fact Evidence

The admissibility of the evidence of past sexual incidents between the accused and his daughter was dealt with at trial on a *voir dire*. The trial judge decided to exclude evidence relating to events occurring prior to May 1981.

It is a well established principle of criminal law that all relevant evidence is admissible (*R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918). The so-called similar facts rule is an exclusionary rule which forms an exception to the general principle of admissibility.

In *Robertson*, Wilson J. gave the following explanation of the similar facts rule at p. 941:

The rule is an exclusionary rule and an exception to the general and fundamental principle that all relevant evidence is admissible. A general statement of the exclusionary rule is that evidence of the accused's discreditable conduct on past occasions tended to show his bad disposition is inadmissible unless it is so probative of an issue or issues in the case as to outweigh the prejudice caused . . . [Emphasis added.]

Wilson J. went on to say that "In discussing the probative value we must consider the degree of relevance to the facts in issue and the strength of

La Cour d'appel à la majorité (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 a conclu que la preuve était pertinente dès le début et que, si le juge du procès avait commis une erreur, c'était plutôt en l'excluant au départ après le *voir-dire*. Elle a également conclu que c'est le contre-interrogatoire mené par l'avocat de la défense qui a fait que la preuve a plus tard été admise comme pertinente. La Cour d'appel a décidé qu'elle ne pouvait pas intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de continuer le procès [TRADUCTION] «à moins que la cour ne soit clairement convaincue que le juge s'est fondé sur un principe erroné ou que sa décision était erronée» (p. 389). La majorité a conclu que le juge ne s'était ni fondé sur un principe erroné, ni qu'il avait rendu une décision erronée dans les circonstances.

### 1. La preuve de faits similaires

Au cours du procès, un *voir-dire* a été tenu pour examiner l'admissibilité de la preuve d'incidents sexuels antérieurs ayant eu lieu entre l'accusé et sa fille. Le juge du procès a décidé d'exclure la preuve relative aux événements survenus avant mai 1981.

Il est bien établi en droit criminel que toute preuve pertinente est admissible (*R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918). Ce qu'on appelle la règle relative à la preuve de faits similaires est une règle d'exclusion qui constitue une exception au principe général d'admissibilité.

Dans l'arrêt *Robertson*, le juge Wilson explique la règle relative à la preuve de faits similaires de la manière suivante, à la p. 941:

Il s'agit d'une règle d'exclusion qui déroge au principe général et fondamental de l'admissibilité de tous les éléments de preuve pertinents. Cette règle d'exclusion porte en gros que la preuve de toute conduite indigne antérieure de l'accusé produite pour démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu'elle ne soit à ce point probante relativement à une question ou à des questions en litige qu'elle l'emporte sur le préjudice causé . . . [Je souligne.]

Le juge Wilson ajoute: «Dans l'analyse de la valeur probante, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les éléments de preuve en question se

the inference that can be drawn" (p. 943). Clearly, the application of the similar facts rule requires a balancing of factors. It involves an exercise of discretion on the part of the trial judge who must assess both the probative value and the possible prejudicial effect of the evidence in the circumstances of the case before him.

The recent decision of this Court in *R. v. Green*, [1988] 1 S.C.R. 228, dealt with similar fact evidence where an accused charged with the sexual assault of a child had also committed similar acts against other children. In that case I concurred with McIntyre J., who wrote (at p. 229):

The only issue argued before us concerned the admission at trial of similar fact evidence, which came from children other than the complainant concerning the respondent's behaviour with them. This evidence was admissible to show a system adopted by the respondent, and its probative force was sufficient to outweigh any prejudicial effect upon the respondent. In my opinion, no error was made by the trial judge in its admission and I would allow the appeal and restore the conviction. [Emphasis added.]

Similarly, in this case, it is my view that the probative force of the evidence outweighed the prejudicial effect upon the appellant. In determining whether a father has sexually assaulted his seventeen-year-old daughter, it is particularly relevant to know whether such behaviour is part of a long standing pattern of abuse.

The majority of the Court of Appeal found that this evidence should have been admitted directly. I am inclined to agree. It is my opinion that the trial judge could have validly admitted the evidence from the outset.

## 2. Relevance of the Evidence for Other Purposes

The evidence which was excluded on *voir dire* was subsequently admitted by the trial judge when, in his view, it became directly relevant to other issues in the case.

rappellent aux faits en litige et du poids de la déduction qu'on peut en tirer» (p. 943). De toute évidence, l'application de la règle relative à la preuve de faits similaires nécessite que soient sou- pesés certains facteurs. Cela implique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le juge du procès, qui doit apprécier en fonction des circonstances de l'affaire dont il est saisi la valeur probante de la preuve ainsi que l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir.

L'arrêt récent de notre Cour *R. c. Green*, [1988] 1 R.C.S. 228, traite de la preuve de faits similaires dans une affaire où un inculpé accusé d'agression sexuelle contre une enfant avait également accompli des actes similaires à l'égard d'autres enfants. Dans cet arrêt, j'ai souscrit à l'avis du juge McIntyre qui écrit à la p. 229:

La seule question plaidée devant nous a trait à l'admission au procès de la preuve de faits similaires qui provenait d'enfants autres que la plaignante relativement à la conduite de l'intimé avec eux. Cette preuve était admissible pour démontrer l'existence d'un système adopté par l'intimé et sa force probante était suffisante pour l'emporter sur tout effet préjudiciable à l'égard de l'intimé. À mon avis, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en l'acceptant et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité. [Je souligne.]

De même, en l'espèce, j'estime que la force probante de la preuve l'emporte sur l'effet préjudiciable à l'égard de l'appellant. Pour déterminer si un père a agressé sexuellement sa fille de 17 ans, il est particulièrement pertinent de savoir si cette conduite s'inscrit dans un système d'abus existant depuis longtemps.

La Cour d'appel à la majorité a conclu que cette preuve aurait dû être admise immédiatement. Je serais portée à être du même avis. Selon moi, le juge du procès aurait pu à bon droit l'admettre dès le départ.

## 2. La pertinence de la preuve à d'autres fins

La preuve écartée à l'issue du voir-dire a été admise plus tard par le juge du procès lorsque, d'après lui, elle est devenue directement pertinente relativement à d'autres questions en litige dans l'affaire.

Following his decision on the *voir dire*, the trial judge warned counsel that:

... this does not rule out the possibility that the evidence may become relevant as a result of questions asked in cross-examination of Crown witnesses, or as a result of defence evidence.

Given the line of questioning engaged in by counsel for the defense, it is not in the least surprising to me that the trial judge subsequently determined that the evidence became admissible, not as evidence of "similar fact", but as what the trial judge labelled "background". While it must be admitted that "background" is a rather imprecise term, in my view the meaning of the trial judge was clear. He was admitting the evidence not to show the "bad character" or "predisposition" of the accused, nor even to prove a "system" adopted by the accused. Rather, the evidence was relevant to establishing the credibility of the victim, and provided a very important context for the incidents for which the accused was charged.

In the present case, defence counsel launched an attack on the credibility of the complainant. In particular, he implied that the previous charges were not pursued because they were bogus. This approach was an invitation to the jury to draw the same conclusions about the charges which the accused was then facing. He implied that the family break-up was the cause of hostility which resulted in false charges being laid. His tactics obscured the fact that the break-up occurred subsequent to the father being caught in bed with G.D.

When children are sexually assaulted there are generally no witnesses. When such matters become the subject of criminal prosecution it is usually a case of the victim's word against the accused's. Under such circumstances, the credibility of the victim is of crucial importance to the determination of guilt or innocence. When, as in this case, the credibility of the victim is attacked by defence counsel, the victim should not be denied recourse to evidence which effectively rebuts the negative aspersions cast upon her testimony, her character or her motives.

À la suite de sa décision au *voir-dire*, le juge du procès a averti les avocats que:

[TRADUCTION] ... cela n'écarte pas la possibilité que la preuve puisse devenir pertinente par suite de questions posées au cours du contre-interrogatoire de témoins de la poursuite ou par suite d'une preuve offerte par la défense.

Compte tenu de l'orientation des questions de l'avocat de la défense, je ne suis pas du tout étonnée que le juge du procès ait décidé par la suite que la preuve était devenue admissible, non pas à titre de preuve de «faits similaires», mais à titre de «toile de fond», pour reprendre son expression. Bien qu'on doive convenir du caractère plutôt imprécis du terme «toile de fond», j'estime qu'il n'y a pas d'équivoque sur ce qu'a voulu dire le juge. Il n'admettait pas la preuve pour démontrer les «mauvaises tendances» ou la «predisposition» de l'accusé, ni même pour prouver l'existence d'un «système» adopté par ce dernier. La preuve était plutôt pertinente afin d'établir la crédibilité de la victime et fournissait un contexte très important aux incidents reprochés à l'accusé.

En l'espèce, l'avocat de la défense a attaqué la crédibilité de la plaignante. Il a particulièrement insinué que les accusations antérieures n'ont pas été poursuivies parce qu'elles étaient fausses. C'était là une invitation au jury à tirer les mêmes conclusions relativement aux accusations auxquelles l'accusé faisait face. Il a insinué que le démembrement de la famille a été la cause de l'hostilité qui a abouti au dépôt de fausses accusations. Ses tactiques ont masqué le fait que le démembrement est survenu après que le père eut été surpris au lit avec G.D.

Lorsque des enfants sont agressés sexuellement, il n'y a généralement aucun témoin. Quand ces actes font l'objet de poursuites criminelles, c'est habituellement la parole de la victime contre celle de l'inculpé. Dans ces circonstances, la crédibilité de la victime est d'une importance cruciale pour déterminer la culpabilité ou l'innocence. Lorsque, comme en l'espèce, l'avocat de la défense attaque la crédibilité de la victime, celle-ci ne devrait pas être privée de la possibilité de présenter une preuve qui réfute de manière efficace les attaques portées contre son témoignage, sa moralité ou ses raisons d'agir.



It must be remembered that the sexual abuse of children is a tragedy which presents the legal system with a difficult situation highly atypical of most crimes. The criminal law is right to demand that the accused only be tried for the crimes with which he is actually charged. However, in a case such as the present, it would be unrealistic to completely divorce the specific sexual assaults with which the accused was charged from the long standing pattern of abuse which culminated in the charges being laid.

It cannot be over-emphasized that cases of sexual assault by family members against children provide the courts with a difficult and unique set of problems. The fact that most child sexual assaults occur under circumstances where the problem is hard to detect and even harder to prosecute places an obligation upon the judiciary to ensure that the abuses suffered by the victims are not perpetuated by an inability of the legal system to respond to the particular nature of the crime.

I find that, following the line of questioning undertaken by counsel for the defence, the evidence of prior sexual assaults by the accused on his daughter became directly relevant to the credibility of the daughter as chief witness in the case.

### 3. The Charge to the Jury

The appellant claims that the charge to the jury on similar facts was deficient because the trial judge failed to direct the jury, properly or at all, as to the similar fact evidence and the purposes to which it could be put.

As I have already noted, it is my view that the evidence was admitted at a point where it was relevant for purposes other than those generally associated with "similar fact". The majority of the Court of Appeal was likewise of this view when Hinkson J.A. wrote, at p. 390:

It would appear that the trial judge, having rejected the application of the Crown to adduce the evidence as evidence of similar facts, and subsequently having decided to admit it as necessary to the unfolding of the

Il faut se rappeler que l'abus sexuel à l'égard des enfants est une tragédie qui présente à l'appareil judiciaire une situation difficile sans aucun point commun avec la plupart des crimes. Le droit pénal exige avec raison que l'inculpé ne subisse un procès que pour les crimes dont il est effectivement accusé. Cependant, dans un cas comme celui-ci, il serait irréaliste de dissocier complètement les agressions sexuelles précises dont l'inculpé est accusé du système d'abus existant depuis longtemps et qui a abouti au dépôt des accusations.

On ne saurait trop souligner que les cas d'agression sexuelle par des membres de la famille contre des enfants présentent aux tribunaux un ensemble de problèmes difficiles et uniques. La plupart des agressions sexuelles contre des enfants se produisent dans des circonstances où le problème est difficile à déceler et où il est encore plus difficile d'en saisir les tribunaux. De ce fait, les tribunaux sont dans l'obligation de veiller à ce que les abus que subissent les victimes ne soient pas perpétrés par l'inhabilité de l'appareil judiciaire de réagir face à la nature particulière de ce crime.

Je conclus qu'en raison de la série de questions posées par l'avocat de la défense, la preuve des agressions sexuelles antérieures commises par l'accusé contre sa fille est devenue directement pertinente à la crédibilité de cette dernière en tant que témoin principal.

### 3. L'exposé au jury

L'appelant prétend que l'exposé au jury relativement aux faits similaires était insuffisant parce que le juge du procès n'a pas dit au jury, ou lui a mal expliqué, ce qu'il en était de la preuve de faits similaires et ce à quoi elle pouvait servir.

Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, je suis d'avis que la preuve a été admise à un stade où elle était pertinente à des fins autres que celles qu'on rattache généralement à la preuve de «faits similaires». C'est également ce qu'a estimé la majorité de la Cour d'appel par la voix du juge Hinkson lorsqu'il écrit, à la p. 390:

[TRADUCTION] Ayant rejeté la demande de la poursuite de produire la preuve à titre de preuve de faits similaires et ayant plus tard décidé de l'admettre à titre de preuve nécessaire au déroulement du récit, il semble

narrative, thereafter treated the evidence as simply evidence that was relevant and admissible to the issues in the case.

I agree.

However, even if it is argued that the evidence of prior sexual contact constituted similar fact evidence when it was admitted subsequent to the *voir dire*, I do not consider the charge to the jury to be defective.

I have no quarrel with the description by my colleague Sopinka J. of the three possible prejudicial effects which similar fact evidence can have on the minds of a jury. However, any evidence given by Crown witnesses can have a prejudicial effect on the accused. The fact that in some cases similar fact evidence becomes admissible would indicate that the possibility of prejudicial effect cannot be the uppermost concern. The prejudice to be suffered by the accused must be such that it clearly outweighs any probative value of the evidence. To illustrate this point, I cite the following passage from *R. v. Stalder*, [1981] 2 N.S.W.L.R. 9 (C.C.A.), at p. 20:

It cannot be gainsaid that the evidence in rebuttal led by the Crown was damning to the appellant. Indeed, he thereafter had a significantly diminished prospect of any verdict being returned other than one of murder. It is expecting a great deal to anticipate that the jury, no matter how carefully instructed and no matter how anxiously they deliberated, could avoid being markedly prejudiced towards a verdict of murder once the Crown had led evidence of the circumstances of the 1971 armed robbery conviction and of the two armed robbery type offences of 1979. To recognize these matters, however, does not necessarily import a requirement that, as a matter of discretion, the evidence ought not to have been admitted. It is not *mere* prejudice, no matter how inevitable or grave that may be, which is the touchstone: it is *undue* or *disproportionate* prejudice having regard to the probative significance of the evidence upon an issue falling for determination by the jury. [Emphasis in original.]

In my view, while the jury would most certainly be shocked and undoubtedly influenced by the evidence of the past sexual conduct of the accused, such evidence was of very high probative value.

que le juge du procès ait par la suite considéré la preuve simplement comme une preuve qui était pertinente et admissible relativement aux questions en litige.

Je partage cet avis.

<sup>a</sup> Toutefois, même si l'on soutient que la preuve d'attouchements sexuels antérieurs constituait une preuve de faits similaires au moment de son admission à la suite du *voir-dire*, je ne crois pas que <sup>b</sup> l'exposé au jury ait été insuffisant.

<sup>c</sup> Je ne trouve rien à redire à ce que dit mon collègue le juge Sopinka concernant les trois façons préjudiciables dont une preuve de faits similaires peut jouer dans l'esprit d'un jury. Toute <sup>d</sup> déposition d'un témoin à charge risque cependant de préjudicier à l'accusé. Le fait qu'une preuve de faits similaires devienne admissible dans certains cas indique que ce ne peut pas être le risque d'un <sup>e</sup> effet préjudiciable qui constitue la préoccupation prépondérante. Il faut que le préjudice que subirait l'accusé soit de telle nature qu'il l'emporte manifestement sur la valeur probante que pourrait avoir la preuve. À titre d'illustration, je cite le passage suivant de l'affaire *R. v. Stalder*, [1981] 2 N.S.W.L.R. 9 (C.C.A.), à la p. 20:

[TRADUCTION] Il est indéniable que la contre-preuve produite par le ministère public a été accablante à l'égard de l'appellant. De fait, elle a sensiblement réduit les possibilités d'un verdict autre que celui de meurtre. C'est vraiment beaucoup attendre d'un jury si l'on pense que, quel que soit le soin apporté par le juge à son exposé et pour scrupuleux que soient les jurés dans leurs <sup>g</sup> délibérations, ce jury pourrait ne pas être fortement enclin à rendre un verdict de meurtre une fois que le ministère public a produit en preuve les détails sur le verdict de culpabilité de vol à main armée rendu en 1971 et sur les deux infractions analogues de 1979. Reconnaître cela n'entraîne toutefois pas nécessairement que le <sup>h</sup> juge aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à exclure la preuve en question. Le critère n'est pas le *simple* préjudice, si inévitable et si grave qu'il puisse être; il faut encore que ce préjudice soit *indu* ou <sup>i</sup> *disproportionné* eu égard à la valeur probante que peut avoir la preuve relativement à une question à trancher par le jury. [En italique dans l'original.]

<sup>j</sup> À mon avis, bien que la preuve de la conduite sexuelle antérieure de l'accusé eût certainement choqué les jurés en l'espèce et les eût assurément influencé, cette preuve était d'une très grande valeur probante.

The trial judge cannot be expected to completely eradicate any prejudicial effect created by such evidence. However, it is his duty, in his charge to the jury, to carefully direct the jury as to the proper use of the evidence, and the circumstances in which it may be taken into consideration.

In the present case, the trial judge repeatedly warned the jury not to consider the evidence of previous sexual incidents when assessing the guilt or innocence of the accused with respect to the charges he faced. His address to the jury contained numerous and repeated warnings concerning the proper use of the evidence of prior incidents. He began by reminding the jury of the particular events with which the accused was charged, and explained that he was not charged with anything respecting any prior assaults. He later repeated his warning that the accused was only charged with two specific counts. He warned the jury not to draw any conclusions from the evidence of prior incest charges. He emphasized that the material was background evidence only, and repeated the positions of both counsel with respect to the evidence. Further reminders are contained in his address.

The Court of Appeal found that the charge to the jury contained all of the requisite warnings (at p. 390):

In his charge, the trial judge was careful to warn the jury that the accused was not on trial for any offences other than the two contained in the indictment. In particular he stressed to the jury the accused was not charged with any offences relating to the incidents about which the complainant testified had occurred between 1978 and May, 1981 nor for any incidents subsequent to May, 1981 and up to the end of June 1985. In particular he instructed the jury the accused was not charged with incest. In this context he instructed the jury that the evidence of incidents prior to July, 1985 were simply background matters.

I am satisfied that the charge to the jury was not in any way deficient in explaining the proper use of the evidence.

On ne peut attendre du juge du procès qu'il neutralise complètement l'effet préjudiciable d'une telle preuve. Il lui incombe cependant dans son exposé au jury de donner des directives précises quant à l'usage à faire de cette preuve et quant aux circonstances dans lesquelles elle peut être prise en considération.

Dans la présente cause, le juge du procès a averti le jury à plusieurs reprises de ne pas tenir compte de la preuve d'incidents sexuels antérieurs en déterminant la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé relativement aux accusations portées contre lui. Son exposé au jury contient des mises en garde nombreuses et répétées concernant la façon correcte d'utiliser la preuve d'incidents antérieurs. Il a commencé par rappeler au jury les événements particuliers visés dans l'acte d'accusation et a expliqué que l'inculpé ne faisait l'objet d'aucune accusation quant aux agressions antérieures. Il a plus tard répété sa mise en garde que l'inculpé n'était accusé que de deux chefs précis. Il a avisé le jury de ne tirer aucune conclusion de la preuve des accusations antérieures d'inceste. Il a souligné qu'il s'agissait seulement d'une preuve et il a répété la position des deux avocats relativement à la preuve. Son exposé contient d'autres rappels.

La Cour d'appel a conclu que l'exposé au jury contenait toutes les mises en garde nécessaires (à la p. 390):

[TRADUCTION] Dans son exposé, le juge du procès a pris soin d'avertir le jury que l'accusé ne subissait un procès que pour les deux infractions contenues dans l'acte d'accusation et pour aucune autre. En particulier, il a souligné au jury que l'inculpé n'était accusé d'aucune infraction relativement aux incidents qui, selon le témoignage de la plaignante, étaient survenus entre 1978 et mai 1981, ni relativement à des incidents survenus entre mai 1981 et la fin de juin 1985. Plus particulièrement, il a dit au jury que l'inculpé n'était pas accusé d'inceste. Dans ce contexte, il a dit au jury que la preuve d'incidents antérieurs à juillet 1985 constituait simplement une toile de fond.

Je suis convaincue que l'exposé au jury n'est en aucune façon insuffisant en ce qui concerne son explication sur l'utilisation correcte de la preuve.

#### 4. Conclusion

It is my view that the evidence of prior sexual contact between the accused and his daughter was of such high probative value that the trial judge would have been correct had he admitted as similar fact evidence on a *voir dire*. However, as the trial progressed, the evidence became relevant to the credibility of the Crown's chief witness. As such, it was properly admitted by the trial judge, not as similar fact evidence, but rather for the purpose of establishing credibility.

Since the evidence was not admitted as similar fact evidence, the charge to the jury did not have to deal directly with the special problems relating to similar fact. However, even if it were to be considered as similar fact evidence, the charge to the jury was not in any way defective. The prejudicial effect of the evidence could not be completely removed from the minds of the jurors, but there is no requirement in law that this result be achieved. The trial judge gave numerous and repeated warnings concerning the proper use of the evidence. I agree with the majority of the Court of Appeal that these warnings were sufficient under the circumstances.

In the result, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Kenneth G. Young, Vancouver.*

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

#### 4. Conclusion

À mon avis, la valeur probante de la preuve des contacts sexuels antérieurs entre l'accusé et sa fille était telle que le juge du procès aurait eu raison de l'admettre à titre de preuve de faits similaires dans le cadre d'un voir-dire. Toutefois, au fur et à mesure que le procès se déroulait, cette preuve est devenue pertinente relativement à la crédibilité du témoin principal de la poursuite. C'est donc à bon droit que le juge du procès l'a admise, non pas en tant que preuve de faits similaires, mais plutôt pour établir la crédibilité.

Comme la preuve en cause n'a pas été admise à titre de preuve de faits similaires, il n'était pas nécessaire que l'exposé au jury traite explicitement des problèmes particuliers posés par la preuve de faits similaires. Toutefois, même si cette preuve était considérée comme une preuve de faits similaires, l'exposé au jury n'était entaché d'aucun vice. Il était impossible d'effacer complètement de l'esprit des jurés l'effet préjudiciable de la preuve, mais il n'existe en droit aucune exigence d'en arriver à un tel résultat. Le juge du procès a fait des mises en garde nombreuses et répétées concernant la façon dont on pouvait se servir de la preuve. Je souscris à l'opinion de la majorité en Cour d'appel que ces mises en garde suffisaient dans les circonstances.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissident.*

*Procureur de l'appellant: Kenneth G. Young, Vancouver.*

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

**Cynthia Virginia Black** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BLACK

File No.: 20292.

1989: February 1; 1989: August 10.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of her right to counsel upon arrest on a charge of attempted murder and exercising her right — Charge later changed to first degree murder — Accused unable to contact her lawyer a second time and refusing to call another lawyer — No urgency for interrogation — Accused making inculpatory statement — Evidence indicating accused intoxicated and emotionally distraught at the time of the statement — Whether accused fully exercised her right to counsel — Whether accused given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel — Whether accused waived her right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Accused making inculpatory statement — Derivative evidence obtained as a direct result of the statement — Whether statement and derivative evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).*

The accused was arrested for attempted murder following the stabbing of a neighbour. Upon arrest, she was given the standard police warning and informed of her right to counsel. On her arrival at the police station, she made a request to contact her lawyer and was given the opportunity to do so. The conversation between the accused and her lawyer was brief lasting less than a minute. Two hours later, she was informed that the victim had died and that she would now be charged with first degree murder. The accused became very emotional, screaming, crying and accusing the officers of lying

**Cynthia Virginia Black** *Appelante*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. BLACK

N° du greffe: 20292.

1989: 1<sup>er</sup> février; 1989: 10 août.

b

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

c

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusée avisée de son droit à l'assistance d'un avocat dès son arrestation sur inculpation de tentative de meurtre et exercice de ce droit par l'accusée — Changement subséquent de l'accusation pour celle de meurtre au premier degré — Impossibilité pour l'accusée de communiquer une deuxième fois avec l'avocat de son choix et refus d'appeler un autre avocat — Aucune urgence de procéder à l'interrogatoire — Déclaration incriminante de l'accusée — Éléments de preuve indiquant que l'accusée était sous l'influence de l'alcool et perturbée psychologiquement au moment de la déclaration — L'accusée a-t-elle pleinement exercé son droit à l'assistance d'un avocat? — L'accusée a-t-elle eu une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat? — L'accusée a-t-elle renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit de l'accusée à l'assistance d'un avocat — Déclaration incriminante de l'accusée — Preuve dérivée obtenue en conséquence directe de la déclaration — La déclaration et la preuve dérivée doivent-elles être écartées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).*

L'accusée a été arrêtée pour tentative de meurtre en raison d'une agression à coups de couteau sur une voisine. Dès son arrestation, l'accusée a été mise en garde selon la formule couramment utilisée par la police et informée de son droit à l'assistance d'un avocat. En arrivant au poste de police, l'accusée a demandé à communiquer avec son avocat et a eu la possibilité de le faire. La conversation de l'accusée avec son avocat a été très brève, ayant duré moins d'une minute. Deux heures plus tard, l'accusée a été informée du décès de la victime et avisée qu'elle serait accusée de meurtre au premier

to her. The officers managed to calm her down and gave her a second warning. She immediately requested to speak to her lawyer and refused to speak to another when she was unable to contact him in the middle of the night. After a call to one of her relatives, the accused began to converse with a police officer. The accused was concerned about one of her children and asked the officer whether she would be spending the weekend in jail. He answered in the affirmative. The officer then asked her about the location of the knife and to tell him the whole story. The accused gave a detailed inculpatory statement in writing. She was subsequently taken to a hospital and treated for her injuries. A blood sample was also taken from her and the analysis later revealed that the accused had a very high blood alcohol level. The police escorted the accused to her apartment after she had been treated. There, she pulled out a knife from a kitchen drawer and handed it over to the officers indicating to them that it was the murder weapon.

At the accused's trial for second degree murder, the trial judge excluded the statement pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the basis that the accused's right to retain and instruct counsel had been violated. For the same reason, he excluded all evidence surrounding the discovery of the knife. The accused was acquitted of murder and convicted of the lesser charge of manslaughter. The majority of the Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The Court of Appeal felt that the police in this case had fulfilled their obligations and that the accused had waived her s. 10(b) *Charter* rights when she gave the statement.

*Held:* The appeal should be allowed.

(1) *Section 10(b) and the Right to Counsel*

The accused did not exhaust her rights to counsel when she briefly spoke with her lawyer in relation to the initial charge. The rights accruing to a person under s. 10(b) of the *Charter* arise because that person has been arrested or detained for a particular reason. An individual, therefore, can only exercise his s. 10(b) rights in a meaningful way if he knows the extent of his jeopardy. When the accused contacted her lawyer, she was under arrest for attempted murder. This is significantly different from a charge of first degree murder. Given the difference in the charges, to conclude that the

degré. L'accusée est devenue très agitée, s'est mise à crier, à pleurer et à accuser les agents de lui mentir. Les agents de police ont finalement réussi à la calmer et lui ont fait une deuxième mise en garde. Elle a immédiatement demandé à communiquer avec son avocat et, n'ayant pu le rejoindre au milieu de la nuit, a refusé de parler à un autre avocat. Après avoir appelé une parente, l'accusée a engagé la conversation avec un agent de police. L'accusée s'inquiétait d'un de ses enfants et a demandé à l'agent si elle passerait le week-end en prison. L'agent lui a dit que oui. L'agent lui a alors demandé où se trouvait le couteau et lui a aussi dit de tout raconter. L'accusée a donné une déclaration inculpinante détaillée qui a été consignée par écrit. Elle a ensuite été conduite à l'hôpital pour faire traiter ses blessures. Un échantillon de sang prélevé sur elle et l'analyse subséquente qui en a été faite ont révélé que l'accusée avait un taux d'alcoolémie très élevé. Après qu'elle eut reçu des soins, les agents ont raccompagné l'accusée à son appartement. Là, l'accusée a pris un couteau dans un tiroir de la cuisine et l'a remis aux agents de police en leur disant qu'il s'agissait de l'arme du crime.

Au procès de l'accusée sur inculpation de meurtre au deuxième degré, le juge a écarté la déclaration conformément au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce que le droit de l'accusée à l'assistance d'un avocat avait été violé. Pour le même motif, il a écarté la preuve entourant la découverte du couteau. L'accusée a été acquittée de l'accusation de meurtre et déclarée coupable de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a conclu que les agents de police avaient rempli leurs obligations et que l'accusée avait renoncé aux droits que lui conférait l'al. 10b) de la *Charte* quand elle a fait sa déclaration.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'alinéa 10b) et le droit à l'assistance d'un avocat*

L'accusée n'a pas épuisé ses droits à l'assistance d'un avocat en ayant une brève conversation avec son avocat au sujet de l'accusation initiale. Les droits que l'al. 10b) de la *Charte* confère à une personne découlent du fait que cette personne est arrêtée ou détenue pour un motif particulier. Une personne ne peut valablement exercer les droits que lui garantit l'al. 10b) que si elle connaît l'ampleur du risque qu'elle court. Quand l'accusée a communiqué avec son avocat, elle était en état d'arrestation pour tentative de meurtre. Cela est très différent d'une accusation de meurtre au premier degré. À cause

advice from her counsel would inevitably have been the same is sheer conjecture. It is improper for a court to speculate about the type of legal advice which would have been given had the accused actually succeeded in contacting counsel after the charge was changed.

Section 10(b) imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform detainees of their rights. The first is that the police must give the accused or detained person who so wishes a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay. The second is that the police must refrain from attempting to elicit evidence from the detainee until the detainee has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. The accused, however, must be reasonably diligent in attempting to obtain counsel if he wishes to do so. Here, the accused was not given a reasonable opportunity to exercise her right to counsel prior to the giving of the inculpatory statement. Upon her arrival at the police station, she made a request to consult her lawyer and she did so again when she was informed of the change in the charge. Since she is entitled to consult with the lawyer of her choice, it was not unreasonable for her to refuse to try to contact another lawyer when, in the middle of the night, she was unable to reach her lawyer. The eight-hour delay until normal office hours was not so unreasonable as to warrant requiring the accused to choose another lawyer given the seriousness of the charge and the lack of urgency for the interrogation. Once a detainee asserts his right to counsel, the police cannot compel the detainee to make a decision or to participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right. Consequently, the police officer breached the accused's s. 10(b) rights when he asked her about the whereabouts of the knife and when he asked her to tell him the whole story.

The accused did not implicitly waive her right to counsel by answering the police officer's questions. The evidence at trial indicates that, at the time she gave her statement, the accused was under the influence of alcohol, emotionally distraught and suffering from certain injuries which required medical attention. She never intended to waive her rights as she was obviously concerned throughout about her legal rights, both upon her arrival at the police station and upon being advised of the change in the charge. It is true that she was the one who initiated the conversation with the police officer,

des différences entre les accusations, conclure que l'avis juridique de son avocat aurait forcément été le même relève de la pure conjecture. Il ne convient pas qu'une cour de justice se demande quel genre d'avis juridique aurait été donné si l'accusée avait réussi à communiquer avec l'avocat après le changement de l'accusation.

L'alinéa 10b) impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner à l'accusé ou au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. L'accusé doit cependant faire preuve de diligence raisonnable pour obtenir les services d'un avocat s'il souhaite le faire. En l'espèce, l'accusée n'a pas eu de possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat avant de faire une déclaration incriminante. À son arrivée au poste de police, elle a demandé à consulter un avocat et elle a renouvelé sa demande quand elle a été informée du changement de l'accusation. Puisqu'elle avait le droit de consulter l'avocat de son choix, il n'était pas déraisonnable pour elle de refuser de communiquer avec un autre avocat quand, au milieu de la nuit, elle n'a pas réussi à communiquer avec son avocat. Un délai de huit heures, jusqu'aux heures normales d'affaires, n'aurait pas été déraisonnable au point de justifier d'obliger l'accusée à choisir un autre avocat, vu la gravité de l'accusation et l'absence d'urgence de procéder à l'interrogatoire. Dès qu'un détenu fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès. En conséquence, l'agent de police a violé les droits garantis par l'al. 10b) à l'accusée quand il lui a demandé où se trouvait le couteau et quand il lui a demandé de tout lui raconter.

L'accusée n'a pas implicitement renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat en répondant aux questions de l'agent de police. La preuve présentée au procès indique qu'au moment de faire sa déclaration l'accusée était sous l'influence de l'alcool, perturbée psychologiquement et qu'elle avait des blessures qui nécessitaient des soins. Elle n'a jamais voulu renoncer à ses droits puisqu'elle était manifestement préoccupée par ceux-ci, aussi bien à son arrivée au poste de police qu'au moment d'être avisée du changement de l'accusation. Il est vrai que c'est elle qui a engagé la conversation avec l'agent de

but the conversation she initiated related to the safety of the accused's child and whether she would have to spend the weekend in jail. It was the officer who turned the conversation back to the stabbing in an attempt to extract a confession.

(2) *Section 24(2) and the Exclusion of Evidence*

The accused's inculpatory statement was properly excluded by the trial judge under s. 24(2) of the *Charter*. The fairness of the trial would be adversely affected since the admission of the statement would infringe on the accused's right against self-incrimination, a right which could have been protected had the accused had an opportunity to consult counsel. Moreover, the breach of the accused's s. 10(b) rights was a serious one. The police officers continued to question the accused even though she had clearly requested an opportunity to consult her lawyer. Finally, the seriousness of the offence charged does not require the admission of the accused's statement. The mere fact that an accused is charged with a serious offence provides no justification for admitting the evidence where there has been a serious *Charter* violation and the admission of the evidence would affect the fundamental fairness of the trial.

With the exception of the knife, the evidence relating to the discovery of the knife was properly excluded by the trial judge under s. 24(2). The events leading up to the discovery of the knife were sufficiently tainted by the *Charter* violation to engage the exclusionary rule found in s. 24(2). First, this evidence was obtained in a manner that infringed the accused's s. 10(b) rights. The events which took place at the accused's apartment were sufficiently proximate to the *Charter* violation. Indeed, the knife is derivative evidence obtained as a direct result of a statement or other indication made by the accused. Its discovery is causally connected to the breach of the accused's s. 10(b) rights. This breach was ongoing from the time she was advised of the change in the charge. The police continued to seek and did obtain incriminating evidence from her despite the fact that she had asked to speak with her lawyer. She was under the control and supervision of the police throughout. The breach of the accused's s. 10(b) rights and the discovery of the knife, therefore, were inextricably linked and could be said to have occurred in the course of a single transaction. Second, the admission of the evidence relating to the accused's conduct in retrieving the knife, as well as any words she may have uttered, would bring the administration of justice into disrepute. Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or

police, mais cette conversation avait trait à la sécurité de l'enfant de l'accusée et à la question de savoir si elle devrait passer le week-end en prison. C'est l'agent de police qui a ramené la conversation sur les circonstances de l'agression dans le but d'obtenir des aveux.

(2) *Le paragraphe 24(2) et l'exclusion de la preuve*

Le juge du procès a eu raison d'écartier la déclaration incriminante de l'accusée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation de la déclaration nuirait à l'équité du procès puisqu'elle violerait le droit de l'accusée de ne pas s'incriminer, lequel droit aurait pu être protégé si l'accusée avait eu la possibilité de consulter un avocat. De plus, la violation des droits garantis à l'accusée par l'al. 10b) était grave. Les policiers ont continué à questionner l'accusée même si elle avait clairement demandé à consulter son avocat. Enfin, la gravité de l'infraction en cause n'exigeait pas l'utilisation de la déclaration qu'elle avait faite. Le simple fait qu'une personne soit accusée d'une infraction grave ne justifie pas l'utilisation de la preuve lorsqu'il y a eu violation grave de la *Charte* et que l'utilisation de cette preuve nuirait à l'équité fondamentale du procès.

Sauf pour le couteau lui-même, le juge du procès a eu raison d'écartier les éléments de preuve relatifs à la découverte du couteau conformément au par. 24(2). Les événements qui ont mené à la découverte du couteau sont suffisamment entachés par la violation de la *Charte* pour donner lieu à l'application de la règle d'exclusion du par. 24(2). Premièrement, ces éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusée par l'al. 10b). Les événements survenus à l'appartement étaient suffisamment liés à la violation de la *Charte*. En effet, le couteau constitue un élément de preuve dérivée obtenu directement par suite «d'une déclaration ou d'une autre indication» de l'accusée. Il existe un lien de causalité entre sa découverte et la violation du droit garanti à l'accusée par l'al. 10b). Cette violation s'est poursuivie depuis le moment où on l'a avisée du changement d'accusation. Même si l'accusée avait demandé de parler à son avocat, les policiers ont cherché à obtenir et ont obtenu d'elle des éléments de preuve incriminants. Elle a été continuellement sous la garde et la surveillance des policiers. La violation des droits garantis à l'accusée par l'al. 10b) et la découverte du couteau sont donc inextricablement liées et on peut affirmer qu'elles se sont produites au cours d'une seule et même opération. Deuxièmement, l'utilisation des éléments de preuve relatifs à la conduite de l'accusée au moment de remettre le couteau et aux paroles qu'elle a



other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair.

The knife, however, should not have been excluded by the trial judge. The admission of real evidence will not usually bring the administration of justice into disrepute just because it was obtained as a result of a *Charter* breach. There is no doubt that the police would have conducted a search of the accused's apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife. In this case there was no issue as to whether it was the accused who stabbed the victim. The only issue was whether the stabbing was an intentional act which the accused knew would kill the victim or cause her grievous bodily harm from which death could result. The admission of the knife itself would not in any way affect the jury's handling of this aspect of the case.

#### Cases Cited

**Applied:** *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, aff'g (1983), 8 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **considered:** *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; **referred to:** *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1987), 32 C.C.C. (3d) 425, 77 N.S.R. (2d) 23, 191 A.P.R. 23, allowing the Crown's appeal and ordering a new trial on the charge of second degree murder. Appeal allowed.

*Joel E. Pink, Q.C.*, for the appellant.

*John D. Embree*, for the respondent.

pu alors prononcer, déconsidérerait l'administration de la justice. Toute preuve qu'on obtient après une violation de la *Charte* en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Toutefois, le juge du procès n'aurait pas dû écarter comme preuve le couteau lui-même. L'utilisation d'éléments de preuve matérielle ne déconsidère pas l'administration de la justice du seul fait que ces éléments ont été obtenus par suite d'une violation de la *Charte*. Il n'y a pas de doute que les policiers auraient procédé à une fouille de l'appartement de l'accusée avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau. En l'espèce, on n'a pas contesté que c'est l'accusée qui a poignardé la victime et la seule question en litige était de savoir si l'agression à coups de couteau était un acte intentionnel que l'accusée savait de nature à causer la mort de la victime ou à lui causer des lésions corporelles graves qui pourraient entraîner sa mort. L'utilisation en preuve du couteau lui-même n'aurait pas changé la façon dont le jury a jugé cet aspect de l'affaire.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, conf. (1983), 8 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêt examiné:** *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; **arrêts mentionnés:** *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1987), 32 C.C.C. (3d) 425, 77 N.S.R. (2d) 23, 191 A.P.R. 23, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès sur l'inculpation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

*Joel E. Pink, c.r.*, pour l'appelante.

*John D. Embree*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This appeal raises a number of issues relating to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the application of s. 24(2) of the *Charter* in the event a violation of s. 10(b) is found to have occurred.

### 1. The Facts

The appellant was charged with the second degree murder of Deborah Lynn Tufts. At the commencement of the trial a *voir dire* was held to determine the admissibility of certain incriminating statements made by the appellant to the police. The trial judge excluded the statements under s. 24(2). Later in the trial argument was heard to determine whether evidence regarding the discovery of the alleged murder weapon was admissible into evidence given the trial judge's earlier ruling. The trial judge ruled that the evidence leading to the discovery of the knife was inadmissible.

The evidence at the *voir dire* disclosed that on October 11, 1985, Halifax police were called to investigate a stabbing at an apartment in Mulgrave Park, Halifax. The officers arrived on the scene between 11:30 and 11:40 p.m. and found a woman who had been stabbed near the throat. Based upon information received from individuals present at the scene, two police officers attended at the apartment of the appellant. They knocked on the appellant's door several times. After some time the appellant opened the door. One of the officers, Constable Small, testified that he advised the appellant that she was charged with attempted murder, that he read her the standard police warning, and that he told her she had the right to call a lawyer. The other officer, Sergeant O'Neil, recalled that the appellant was advised that she was being arrested for a stabbing.

The officers asked the appellant to get dressed and go with them to the police station. They arrived there at approximately 11:58 p.m. The appellant was taken to an interrogation room at

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Le présent pourvoi soulève de nombreuses questions au sujet de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'application du par. 24(2) de la *Charte* si on conclut qu'il y a eu violation de l'al. 10b).

### 1. Les faits

L'appelante a été accusée du meurtre au deuxième degré de Deborah Lynn Tufts. Au début du procès, un voir-dire a été tenu pour décider de la recevabilité de certaines déclarations incriminantes faites par l'accusée à la police. Le juge du procès a écarté ces déclarations en application du par. 24(2). Plus tard, au cours du procès, on a débattu la question de savoir si les éléments de preuve relatifs à la découverte de ce qui était censé être l'arme du crime étaient recevables vu la décision antérieure du juge du procès. Ce dernier a statué que les éléments de preuve qui ont amené la découverte du couteau étaient irrecevables.

La preuve présentée au cours du voir-dire révèle que, le 11 octobre 1985, la police de Halifax a été appelée à enquêter sur une agression à coup de couteau commise dans un appartement de Mulgrave Park, à Halifax. Les agents de police sont arrivés sur les lieux entre 23 h 30 et 23 h 40 et ont trouvé une femme qui avait reçu un coup de couteau près de la gorge. Sur la foi de renseignements donnés par des personnes qui se trouvaient sur les lieux, deux agents de police se sont présentés à l'appartement de l'appelante. Ils ont frappé à la porte à plusieurs reprises. Après un moment, l'appelante a ouvert la porte. L'un des agents, l'agent Small, a témoigné qu'il a avisé l'appelante qu'elle était accusée de tentative de meurtre, qu'il lui a lu la mise en garde usuelle de la police et qu'il lui a mentionné qu'elle avait le droit de communiquer avec un avocat. L'autre agent, le sergent O'Neil, se rappelle que l'appelante a été avisée qu'elle était arrêtée pour une agression à coup de couteau.

Les agents ont demandé à l'appelante de s'habiller et de les suivre au poste de police. Ils sont arrivés à cet endroit vers 23 h 58. L'appelante a été amenée à une salle d'interrogatoire et c'est

which time she said she wanted to contact a lawyer by the name of Mr. Digby. Constable Small telephoned Mr. Digby at his residence, advised him that he was a police officer, and that a person in his custody wished to speak with him. Small then passed the telephone to the appellant and left the room. Constable Small did not inform Mr. Digby of the charge against the appellant. The appellant had a very brief conversation with Mr. Digby lasting about 30 to 40 seconds. Constable Small testified that the appellant appeared to be intoxicated and had a cut lip.

For approximately the next hour and a half the appellant was left alone in the interrogation room. Two officers entered the room around 1:35 a.m. to obtain pictures of the appellant and, in particular, pictures of bite wounds to the appellant's lip, neck and hand. Initially the appellant became quite upset because she thought the identification officer was a member of the press. Once she realized who the officers were and had settled down, pictures were taken and the appellant was given a change of clothes. The officers returned shortly thereafter and retrieved the appellant's clothes. A few minutes later the officers returned and asked the appellant to identify a pair of sandals and a knife. She cooperated by identifying the sandals and saying that she did not recognize the knife.

At 1:40 a.m. Detective Benjamin and Constable Ross entered the interrogation room. Detective Benjamin testified that the appellant was nervous, upset and under the influence of alcohol. They advised her of the death of Ms. Tufts and that she, the appellant, would now be charged with first degree murder. The appellant became very emotional, screaming, crying and accusing the officers of lying to her. The officers eventually managed to calm her down. Constable Ross read the appellant the following caution:

I wish to give the following warning. You must clearly understand that anything said to you previously should not influence you or make you feel compelled to say anything at this time. Whatever you felt influenced or compelled to say earlier you are not now obliged to repeat nor are you obliged to say anything further but

alors qu'elle a demandé à communiquer avec un avocat nommé M<sup>e</sup> Digby. L'agent Small a téléphoné à M<sup>e</sup> Digby chez-lui, lui a fait part qu'il était agent de police et qu'une personne sous sa garde voulait lui parler. L'agent Small a alors remis l'appareil de téléphone à l'appelante et a quitté la pièce. L'agent Small n'a pas dit à M<sup>e</sup> Digby quelle était l'accusation portée contre l'appelante. L'appelante a eu une très brève conversation de trente à quarante secondes avec M<sup>e</sup> Digby. L'agent Small a témoigné que l'appelante paraissait en état d'ébriété et qu'elle avait une coupure à la lèvre.

Ensuite, l'appelante a été laissée toute seule dans la salle d'interrogatoire pendant environ une heure. Deux agents de police sont entrés dans la pièce, vers 1 h 35, pour prendre des photographies de l'appelante et, plus précisément, des photographies des morsures à la lèvre, au cou et à la main de l'appelante. L'appelante s'est d'abord montrée très contrariée parce qu'elle croyait que l'agent de l'identification était journaliste. Après avoir compris ce que les agents faisaient, elle s'est calmée, les photographies ont été prises et l'appelante a reçu des vêtements de rechange. Les agents sont revenus un peu plus tard et ont emporté les vêtements de l'appelante. Quelques minutes plus tard, les agents sont revenus et ont demandé à l'appelante d'identifier une paire de sandales et un couteau. L'appelante a consenti à identifier les sandales, mais elle a dit ne pas reconnaître le couteau.

Vers 1 h 40, l'enquêteur Benjamin et l'agent Ross sont entrés dans la salle d'interrogatoire. L'enquêteur Benjamin a affirmé dans sa déposition que l'appelante était nerveuse, vexée et sous l'influence de l'alcool. Ils lui ont annoncé le décès de M<sup>me</sup> Tufts et l'ont avisée qu'elle serait accusée de meurtre au premier degré. L'appelante est devenue très agitée, s'est mise à crier, à pleurer et à accuser les agents de lui mentir. Les policiers ont finalement réussi à la calmer. L'agent Ross lui a alors lu la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] Je tiens à vous faire la mise en garde suivante. Vous devez comprendre clairement que tout ce qui vous a déjà été dit ne doit pas vous influencer ni vous faire sentir obligée de dire quoi que ce soit maintenant. Vous n'êtes pas obligée de répéter tout ce que vous croyez avoir été incitée ou forcée à dire et vous n'êtes

whatever you do say may be given in evidence. Do you understand that which has been said to you?

The appellant once more became quite upset and again requested to speak with Mr. Digby. Detective Benjamin and Constable Ross left the room and Ross attempted on several occasions to contact Mr. Digby at his residence. On each occasion the line was busy. Ross returned to the interrogation room, advised the appellant that the line was busy, and asked her if she wished to speak with another lawyer. The appellant responded "no" and reiterated that she wanted to speak with Mr. Digby as she had spoken with him earlier.

The appellant then asked to call another person, her elderly grandmother. This call was made in the presence of Constable Ross. It lasted for five or six minutes and during it the appellant became more relaxed. After the conversation the appellant began to converse with Ross. The appellant asked whether she would be spending the weekend in jail as she was concerned about one of her children. The constable advised that she would be kept in the police cells over the weekend. He then asked her about the location of the knife. Ross testified that the appellant grinned and said that the knife was at home. He then asked her to tell him the whole story. According to Ross, the appellant agreed to give a statement. He left the room briefly to obtain the official Halifax Police Department statement forms. When Ross returned the appellant gave a long inculpatory narrative which Ross wrote out and which the appellant signed.

The appellant claimed that she only gave the statement because Ross had promised that she would receive bail and be allowed to go home if she did. She testified that she made up the story so that she could be released.

After the appellant gave the statement she was taken to a hospital and treated for her injuries. While the appellant was at the hospital a blood

pas non plus obligée d'y ajouter quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz pourra servir de preuve. Comprenez-vous ce que je viens de vous dire?

<sup>a</sup> L'appelante est encore une fois devenue très contrariée et elle a demandé de nouveau à parler à M<sup>e</sup> Digby. L'enquêteur Benjamin et l'agent Ross ont quitté la pièce et l'agent Ross a tenté à plusieurs reprises d'appeler M<sup>e</sup> Digby chez lui. <sup>b</sup> Chaque fois, la ligne était occupée. L'agent Ross est revenu dans la salle d'interrogatoire, il a avisé l'appelante que la ligne était occupée et lui a demandé si elle voulait communiquer avec un autre avocat. L'appelante lui a répondu non et lui <sup>c</sup> a répété qu'elle voulait parler à M<sup>e</sup> Digby étant donné qu'elle l'avait déjà fait plus tôt.

L'appelante a alors demandé à communiquer avec une autre personne, c'est-à-dire sa grand-mère. L'appel a été fait en présence de l'agent Ross. L'appel a duré de cinq à six minutes au cours desquelles l'appelante est devenue plus calme. Après cet appel, l'appelante s'est mise à <sup>e</sup> converser avec l'agent Ross. Elle lui a demandé si elle passerait le week-end en prison parce qu'elle s'inquiétait au sujet d'un de ses enfants. L'agent lui a dit qu'elle demeurerait incarcérée pendant tout le week-end au poste de police. Il lui a alors <sup>f</sup> demandé où se trouvait le couteau. L'agent Ross a témoigné que l'appelante lui a souri et lui a dit que le couteau était chez-elle. Il lui a demandé de tout lui raconter. Selon l'agent Ross, l'appelante a <sup>g</sup> consenti à faire une déclaration. Il est sorti de la pièce quelques instants pour se procurer les formules officielles de déclaration du service de police d'Halifax. Au retour de l'agent Ross, l'appelante a fait <sup>h</sup> une longue déclaration incriminante que l'agent Ross a consignée par écrit et fait signer à l'appelante.

L'appelante soutient qu'elle a fait une déclaration uniquement parce que l'agent Ross lui avait promis qu'elle serait mise en liberté sous caution et <sup>i</sup> pourrait rentrer chez-elle si elle le faisait. Elle a témoigné qu'elle avait tout inventé afin d'être libérée.

<sup>j</sup> Après que l'appelante eut fait une déclaration, elle a été amenée à l'hôpital pour faire soigner ses blessures. Pendant qu'elle était à l'hôpital, on a

sample was taken from her. Subsequent analysis revealed that the appellant had a very high blood alcohol level. After the treatment at the hospital the two police officers escorted the appellant back to her apartment. According to the police officers, the appellant went to a kitchen drawer, pulled out a knife and handed it over to the officers indicating to them that it was the murder weapon.

On January 9, 1986 the appellant was charged with unlawfully causing the death of Deborah Lynn Tufts by stabbing her with a knife and thereby committing second degree murder.

## 2. The Courts Below

### (a) *The Trial: Kelly J.*

At the commencement of the trial Kelly J. held a *voir dire* to determine the admissibility of the inculpatory statement given by the appellant. He first rejected the appellant's argument that the statement ought to be excluded because Ross had promised the appellant she would receive bail if she confessed. He preferred Ross's version of the discussion over the appellant's.

Kelly J. then set out to determine whether the statement was voluntary under the common law test of voluntariness. Having accepted the veracity of the police officers' testimony, Kelly J. concluded that the statement was obtained without threats or inducements. He also concluded, despite the fact that the appellant had only a grade four education and was under the influence of alcohol and emotionally distraught at the time of questioning, that the statement given by the appellant was "an utterance of an operating mind". He concluded, therefore, that the appellant's statement was given voluntarily.

The learned trial judge moved next to the question whether the statement was extracted as a result of a violation of the appellant's right under s. 10(b) of the *Charter* to retain and instruct counsel without delay. While he expressed dissatisfaction with the fact that the appellant was not advised of her rights in the words of the *Charter* at the time of her arrest, he focussed in on the

prélevé sur elle un échantillon de sang. L'analyse subséquente a démontré que l'appelante avait un taux d'alcoolémie très élevé. Après qu'elle eut reçu des soins à l'hôpital, les deux agents de police ont accompagné l'appelante à son appartement. Selon les agents de police, l'appelante s'est dirigée vers un tiroir de la cuisine, y a pris un couteau et l'a remis aux agents en disant qu'il s'agissait de l'arme du crime.

Le 9 janvier 1986, l'appelante a été accusée d'avoir causé la mort de Deborah Lynn Tufts en la poignardant et d'avoir ainsi commis un meurtre au deuxième degré.

## 2. Les tribunaux d'instance inférieure

### a) *Le procès: le juge Kelly*

Au début du procès, le juge Kelly a tenu un *voir-dire* pour décider de la recevabilité de la déclaration incriminante faite par l'appelante. Il a d'abord rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la déclaration devait être exclue parce que l'agent Ross avait promis à l'appelante qu'elle serait mise en liberté sous caution si elle faisait des aveux. Il a ajouté foi à la version de l'agent Ross plutôt qu'à celle de l'appelante.

Le juge Kelly a ensuite entrepris de déterminer si la déclaration avait été faite librement au sens de la *common law*. Ayant ajouté foi au témoignage des agents de police, le juge Kelly a conclu que la déclaration avait été faite sans menace ni promesse. Il a aussi conclu, même si l'appelante n'avait qu'une quatrième année de scolarité et qu'elle était sous l'influence de l'alcool et perturbée au moment de l'interrogatoire, que la déclaration de l'appelante représentait «les propos d'un esprit totalement conscient». Il a donc conclu que la déclaration de l'appelante avait été faite librement.

Le juge du procès est ensuite passé à la question de savoir si la déclaration avait été obtenue en violation du droit garanti à l'appelante par l'al. 10b) de la *Charte* d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Bien qu'il se soit dit mécontent du fait que l'appelante n'ait pas été avisée de ses droits conformément au texte de la *Charte* au moment de son arrestation, il s'est

question whether the appellant should have been or was given a proper opportunity to consult counsel after she was told that Ms. Tufts had died and that the charge would be changed from attempted murder to first degree murder. Kelly J. stated:

I have no difficulty in finding that these factors brought about such a significant change to her legal position that she was entitled to a further opportunity to consult counsel under the provisions of section 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if she requested such an opportunity.

With respect to the obligation on police officers when an accused asks to contact counsel, Kelly J. adopted the four propositions espoused by Tarnopolsky J.A. in *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), at p. 422:

- (1) Upon arrest or detention there is an obligation upon a peace officer to communicate clearly to the accused that he has a right to retain and instruct counsel. In many circumstances, a question as to whether the accused understands that right ends the officer's obligation.
- (2) A peace officer has to go further in explaining the right if there is something in the circumstances which suggests that the accused does not understand, such as a state of shock or drunkenness.
- (3) If the accused in any manner chooses to invoke or exercise his right to retain and instruct counsel, the peace officer has two obligations: (a) to provide the opportunity without delay, and (b) to cease any questioning of the accused until after that opportunity has been provided.
- (4) If the accused or arrested individual exercises the choice of *not* requesting an opportunity to retain and instruct counsel and speaks to the peace officer, the statement obtained is *not* inconsistent with the Charter.

Applying those propositions to the case at bar, Kelly J. stated:

Miss Black was unequivocal on her desire to consult counsel and insisting in her choice of counsel, that is, Mr. Digby. She expressed this position subsequent to the "secondary caution" and prior to giving the statement. Constable Ross advises that he made an attempt to reach Mr. Digby and guessed that his telephone was deliberately or otherwise off its cradle or its hook. He

concentré sur la question de savoir si elle a eu ou aurait dû avoir une possibilité suffisante de consulter un avocat après qu'on lui eut annoncé que M<sup>me</sup> Tufts était décédée et qu'elle serait accusée non plus de tentative de meurtre, mais de meurtre au premier degré. Le juge Kelly dit ceci:

[TRADUCTION] Je n'hésite pas à conclure que ces facteurs ont apporté un changement si radical à sa situation juridique qu'elle avait le droit d'avoir une autre possibilité de consulter un avocat, conformément aux dispositions de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, au cas où elle réclamerait cette possibilité.

Quant à l'obligation qui incombe aux agents de police lorsqu'un accusé demande à communiquer avec un avocat, le juge Kelly a fait siennes les quatre propositions adoptées par le juge Tarnopolsky dans *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 422:

- (1) En cas d'arrestation ou de détention, un agent de la paix est tenu de dire clairement à l'accusé qu'il a le droit de recourir à l'assistance d'un avocat. Dans bien des cas, l'obligation de l'agent de la paix prend fin avec la question de savoir si l'accusé comprend bien ce droit.
- (2) Un agent de la paix est tenu d'expliquer davantage ce droit si les circonstances indiquent que l'accusé ne comprend pas, notamment s'il est en état de choc ou d'ébriété.
- (3) Si l'accusé choisit de quelque façon d'invoquer ou d'exercer son droit de recourir à l'assistance d'un avocat, l'agent de la paix a deux obligations: a) celle de lui donner sans délai la possibilité de le faire, et b) celle de cesser d'interroger l'accusé jusqu'à ce qu'il ait eu cette possibilité.
- (4) Si la personne accusée ou arrêtée choisit de *ne pas* demander la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat et de parler à l'agent de la paix, la déclaration ainsi obtenue *n'est pas* incompatible avec la Charte.

Appliquant ces propositions à l'espèce, le juge Kelly affirme:

[TRADUCTION] M<sup>me</sup> Black a indiqué clairement qu'elle voulait consulter un avocat et a insisté pour consulter l'avocat de son choix, c'est-à-dire M<sup>r</sup> Digby. Elle a exprimé cette volonté après la «deuxième mise en garde» et avant de faire une déclaration. L'agent Ross dit qu'il a essayé de communiquer avec M<sup>r</sup> Digby et qu'il a supposé que le récepteur de son appareil télépho-

did not check if this guess was accurate or advise Miss Black of his opinion. If she had known it was impossible to reach Mr. Digby at that time perhaps she could have made a more reasoned decision to try another counsel instead of then insisting on Mr. Digby. In any event, she did clearly and frequently insist on Mr. Digby and she had a right to counsel of her choice unless such a request was unreasonable in the circumstances. In this case, I find that such a request was not unreasonable.

The evidence discloses, and the police admit, that there was no need for urgency. They could have waited to take the statement later in the same morning when contact with counsel would have been more reasonable and probable. The obligation of police authorities to facilitate access to counsel when requested is greater, in my opinion, under the present circumstances, that is circumstances where there is an unsophisticated, distraught, somewhat "alcohol impaired and injured woman under arrest for the most serious offence under the Criminal Code. The right to counsel is one of our most basic rights and is now the supreme law of Canada. I find in these circumstances that Miss Black, the accused, was denied this right". [Emphasis added.]

The trial judge excluded the statement pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Later in the trial the trial judge had to decide whether the evidence concerning the discovery of the knife should also be excluded. He concluded that the discovery of the knife and the appellant's behaviour leading up to the discovery followed upon the breach of the appellant's s. 10(b) rights. For the same reasons as he gave in relation to the confession the trial judge also excluded all evidence surrounding the discovery of the knife. The appellant was acquitted of murder and convicted of the lesser charge of manslaughter. The Crown appealed.

(b) *Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (Jones, Macdonald and Pace JJ.A.)*

The majority of the Court of Appeal (Pace J.A. with Macdonald J.A. concurring) allowed an

nique devait être décroché, intentionnellement ou non. Il n'a pas vérifié si cette supposition était exacte et n'a pas fait part à M<sup>lle</sup> Black de son opinion. Si elle avait su qu'il était impossible de rejoindre M<sup>e</sup> Digby à ce moment-là, elle aurait peut-être pris la décision plus rationnelle d'essayer de communiquer avec un autre avocat plutôt que d'insister pour parler à M<sup>e</sup> Digby. De toute façon, elle a nettement exigé à plusieurs reprises de parler à M<sup>e</sup> Digby et elle avait droit à l'avocat de son choix, à moins que sa demande ne soit déraisonnable dans les circonstances. En l'espèce, je conclus que cette demande n'était pas déraisonnable.

La preuve révèle, ce que les agents de police reconnaissent, qu'il n'y avait pas d'urgence. Ils auraient pu attendre et recevoir la déclaration plus tard dans la matinée alors qu'il aurait été plus raisonnable et facile de communiquer avec un avocat. J'estime que l'obligation des autorités policières de faciliter l'accès à un avocat lorsqu'une demande en ce sens leur est faite, est plus grande dans les circonstances de la présente affaire, c'est-à-dire celles où «une femme» naïve, affolée, plus ou moins «en état d'ébriété et blessée, était en état d'arrestation pour l'infraction la plus grave visée au Code criminel. Le droit à l'assistance d'un avocat est l'un des droits les plus fondamentaux et il fait maintenant partie de la loi suprême du Canada. Je conclus que, dans ces circonstances, il y a eu négation de ce droit de l'accusée M<sup>lle</sup> Black». [Je souligne.]

Le juge du procès a écarté la déclaration conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Plus tard, au cours du procès, le juge a dû décider si les éléments de preuve relatifs à la découverte du couteau devaient eux aussi être écartés. Il a conclu que la découverte du couteau et le comportement de l'appelante qui avait mené à cette découverte faisaient suite à la violation des droits garantis à l'appelante par l'al. 10b). Pour les mêmes motifs que ceux donnés relativement aux aveux, le juge du procès a également écarté tous les éléments de preuve entourant la découverte du couteau. L'appelante a été acquittée de l'accusation de meurtre et déclarée coupable de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable. Le ministère public a interjeté appel.

b) *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (les juges Jones, Macdonald et Pace)*

La Cour d'appel à la majorité (le juge Pace, aux motifs duquel le juge Macdonald a souscrit) a

appeal from the trial judge's decision and ordered a new trial: see (1987), 32 C.C.C. (3d) 425. Pace J.A. felt that the trial judge had misinterpreted the Ontario Court of Appeal's judgment in *R. v. Anderson, supra*. In Pace J.A.'s opinion Tarnopolsky J.A. in *Anderson* did not accept the third of the four principles advanced by Crown counsel in that case as constituting the obligation of a police officer. He stated at p. 435:

It would appear that neither the Ontario Court of Appeal or the British Columbia Court of Appeal have adopted proposition (3) as submitted in *Anderson, supra*, as being "at least part of the obligation of the police officers under section 10(b) of the Charter". This ruling by the trial judge, in my respectful opinion, was in error as it sets too high an obligation on the police officers and denies the accused the freedom to speak if she so desires.

Pace J.A. also distinguished on its facts the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193, concluding that in the case at bar "the police did everything possible to facilitate the respondent's right to counsel" (p. 433).

The majority of the Court of Appeal set out what it believed to be the obligations on police officers to ensure the protection of an accused's s. 10(b) rights at p. 434 as follows:

Under s. 10(b) of the Charter there is an obligation imposed upon a peace officer to communicate clearly to the accused that he has a right to retain and instruct counsel without delay and to provide the opportunity to the accused to retain and instruct counsel without delay if the accused so desires. Should the accused voluntarily waive his right to counsel, the peace officer must then ascertain whether the accused did so on a true appreciation of the consequences of giving up the right: see *Clarkson v. The Queen, supra*. This later determination, in my view, would depend to a large measure on the accused's mental condition at the time, for example, drunk, or under the influence of drugs to such an extent as to be unaware of the consequences of giving up the right.

It would appear that the majority of the Court of Appeal felt that the police in this case had

accueilli l'appel de la décision du juge du procès et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: voir (1987), 32 C.C.C. (3d) 425. Le juge Pace a estimé que le juge du procès avait mal interprété l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Anderson, précité*. D'après le juge Pace, le juge Tarnopolsky n'a pas accepté, dans l'arrêt *Anderson*, que le troisième des quatre principes proposés par le substitut du procureur général dans cette affaire constituait une obligation de l'agent de police. Il affirme, à la p. 435:

[TRADUCTION] Il semblerait que ni la Cour d'appel de l'Ontario, ni la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'ont adopté la troisième proposition soumise dans l'arrêt *Anderson, précité*, comme faisant «au moins partie de l'obligation qui incombe aux agents de police en vertu de l'al. 10b) de la Charte». Cette décision du juge du procès, constitue, à mon avis, une erreur puisqu'elle impose une obligation trop lourde aux agents de police et refuse à l'accusée la liberté de parler si elle veut le faire.

Le juge Pace a aussi fait une distinction d'avec les faits de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193, pour conclure qu'en l'espèce [TRADUCTION] «les policiers ont fait tout ce qu'il leur était possible de faire pour faciliter l'exercice du droit de l'intimée à l'assistance d'un avocat» (p. 433).

La Cour d'appel à la majorité a expliqué en quoi consiste, selon elle, l'obligation qui incombe aux agents de police d'assurer la protection des droits que garantit à l'accusé l'al. 10b), à la p. 434:

[TRADUCTION] En vertu de l'al. 10b) de la Charte, un agent de la paix a l'obligation de dire clairement à l'accusé qu'il a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et de donner à l'accusé la possibilité d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, si celui-ci veut le faire. Si l'accusé renonce volontairement à son droit à l'assistance d'un avocat, l'agent de la paix doit alors vérifier si l'accusé le fait en comprenant véritablement les conséquences de la renonciation à son droit: voir *Clarkson c. La Reine, précité*. Cette dernière décision dépend largement, à mon avis, de l'état psychologique de l'accusé à ce moment-là, par exemple s'il est en état d'ébriété ou sous l'influence de drogues au point de ne pas réaliser les conséquences d'une renonciation à son droit.

Il semblerait que la Cour d'appel à la majorité a estimé qu'en l'espèce les policiers avaient rempli



fulfilled their obligations and that the appellant had waived her s. 10(b) rights when she gave the statement. Pace J.A. stated at p. 434:

In the present appeal, unlike *Clarkson*, the trial judge found the accused was in command of her "intellectual faculties sufficient to make a voluntary statement". In arriving at that conclusion he took into account all of the surrounding circumstances such as the accused's injuries, educational background, degree of intoxication, ability to comprehend, and her emotional and mental state. It must also be remembered that the accused in the present case did consult counsel and was presented with a telephone to make the call she requested. The officers were not requested to wait for counsel nor was there any indication by the accused that she wished to remain silent until counsel was available. In fact, it would appear from the evidence that a good deal of the conversation between the accused and Constable Ross was initiated by the accused who appeared to be concerned about where she would be situate for the week-end and who would be looking after her child. The statement was given in narrative form with a few questions at the end asked by the officer.

The majority therefore found no s. 10(b) violation on the facts of this case. Pace J.A. added, however, that even if he had found a "technical breach" of s. 10(b), he would not have excluded the statement under s. 24(2).

Jones J.A. dissented. He was of the opinion that the finding by the trial judge that the appellant's statement was voluntary did not preclude him from finding a s. 10(b) violation. He thought that *Clarkson* was decisive in this case and stated at pp. 438-39:

How can it be said on the evidence that it was "clear and unequivocal" that the appellant was waiving her right to counsel on the facts of this case "with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process"? If fairness required the exclusion of the statements in *Clarkson* then surely that principle must apply to the facts in this case. With respect it was open to the trial judge to exclude the evidence which he did under s. 24(2) of the Charter and in view of *Clarkson* he was correct in doing so.

leurs obligations et que l'appelante avait renoncé aux droits que lui conférait l'al. 10b) au moment de faire sa déclaration. Le juge Pace dit, à la p. 434:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Dans le présent appel, à la différence de l'arrêt *Clarkson*, le juge du procès a conclu que l'accusée jouissait «suffisamment bien de ses facultés mentales pour faire une déclaration libre». Pour arriver à cette conclusion, il a tenu compte de toutes les circonstances en présence, notamment des blessures de l'accusée, de son niveau de scolarité, de son degré d'ébriété, de sa capacité de comprendre et de son état émotionnel et psychologique. Il faut se rappeler qu'en l'espèce l'accusée a consulté un avocat et qu'on lui a fourni un téléphone pour faire l'appel qu'elle demandait de faire. Personne n'a demandé aux policiers d'attendre l'arrivée d'un avocat et l'accusée n'a pas manifesté la volonté de ne pas parler avant de disposer des services d'un avocat. En réalité, il ressort de la preuve qu'une bonne partie de la conversation intervenue entre l'accusée et l'agent Ross a été engagée par l'accusée qui semblait s'inquiéter quant à savoir où elle passerait le week-end et qui s'occuperait de son enfant. La déclaration a été faite sous forme de récit, quelques questions ayant été posées par l'agent de police vers la fin de la déclaration.

<sup>d</sup> La cour à la majorité, a donc conclu qu'il n'y avait pas eu de violation de l'al. 10b) d'après les faits de l'espèce. Le juge Pace a toutefois ajouté que, même s'il avait conclu qu'il y avait eu «violation formelle» de l'al. 10b), il n'aurait pas écarté la déclaration en application du par. 24(2).

<sup>e</sup> Le juge Jones a été dissident. Il était d'avis que la conclusion du juge du procès selon laquelle la déclaration de l'appelante avait été faite librement ne l'empêchait pas de conclure qu'il y avait eu violation de l'al. 10b). Il a estimé que l'arrêt *Clarkson* était décisif en l'espèce et il a affirmé, aux pp. 438 et 439:

<sup>h</sup> [TRADUCTION] Comment peut-on dire que, compte tenu de la preuve et des faits de l'espèce, l'appelante a «nettement et clairement» renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat «en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure»? Si l'équité exigeait que les déclarations soient écartées dans l'arrêt *Clarkson*, le même principe doit alors certainement s'appliquer aux faits de l'espèce. En toute déférence, il était loisible au juge du procès d'écartier les éléments de preuve qu'il a écartés en application du par. 24(2) de la Charte et, compte tenu de l'arrêt *Clarkson*, il a eu raison de le faire.

### 3. The Issues

A resolution of this appeal requires us to answer the following questions:

- (1) Did the appellant fully exercise her right to counsel during the course of her telephone conversation with Mr. Digby at 11:58 p.m.?
- (2) If not, was the appellant given a reasonable opportunity to exercise her right to counsel prior to the giving of the inculpatory statement?
- (3) Did the appellant waive her s. 10(b) rights?
- (4) If there was a breach of the appellant's s. 10(b) rights, should the inculpatory statement be excluded under s. 24(2)?
- (5) If there was a breach of the appellant's s. 10(b) rights, should evidence regarding the recovery of the knife be excluded?

### 4. The Applicable Provisions of the Charter

10. Everyone has the right on arrest or detention

- (a) to be informed promptly of the reasons therefor;
- (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

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

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

### 3. Les questions en litige

La solution du présent pourvoi exige que nous répondions aux questions suivantes:

- (1) L'appelante a-t-elle pleinement exercé son droit à l'assistance d'un avocat pendant sa conversation téléphonique avec M<sup>e</sup> Digby, à 23 h 58?
- (2) Si non, l'appelante a-t-elle eu une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat avant de faire la déclaration incriminante?
- (3) L'appelante a-t-elle renoncé aux droits que lui garantit l'al. 10b)?
- (4) S'il y a eu violation des droits que garantit à l'appelante l'al. 10b), la déclaration incriminante devrait-elle être écartée en vertu du par. 24(2)?
- (5) S'il y a eu violation des droits que garantit à l'appelante l'al. 10b), les éléments de preuve relatifs à la découverte du couteau devraient-ils être écartés?

### 4. Les dispositions applicables de la Charte

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

- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

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

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

5. Analysis

(1) *Did the appellant fully exercise her right to counsel during the course of her telephone conversation with Mr. Digby at 11:58 p.m.?*

The Crown argued with some force that the appellant fully exercised her rights when she had a brief conversation with a lawyer, Mr. Digby, immediately upon her arrival at the police station. It was the Crown's view that the information subsequently given to the accused that the charge against her would be changed from attempted murder to first degree murder was immaterial to the exercise of the appellant's rights. The Crown argued that there was only one arrest or detention and that arrest or detention was in respect of one occurrence or transaction. Accordingly, the appellant's rights were respected when she was allowed to contact her lawyer upon arrival at the station.

This Court has on numerous occasions stated that a purposive analysis must be undertaken when interpreting *Charter* provisions: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. The Court held in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, that s. 10(b) was concerned with fostering the principles of adjudicative fairness. Quoting from p. 394:

This constitutional provision is clearly unconcerned with the probative value of any evidence obtained by the police but rather, in the words of Le Dain J. in *Therens*, *supra*, at pp. 641-42, its aim is "to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel" where he or she is detained by the police in a situation which may give rise to a "significant legal consequence".

Moreover, s. 10(b) should not be read in isolation. Its ambit must be considered in light of s. 10(a). Section 10(a) requires the police to advise an individual who is arrested or detained of the reasons for such arrest or detention. The rights accruing to a person under s. 10(b) arise because he or she has been arrested or detained for a particular reason. An individual can only exercise

5. Analyse

(1) *L'appelante a-t-elle pleinement exercé son droit à l'assistance d'un avocat pendant sa conversation téléphonique avec M<sup>e</sup> Digby, à 23 h 58?*

Le ministère public a soutenu avec insistance que l'appelante a pleinement exercé ses droits lorsqu'elle a eu une brève conversation avec son avocat, M<sup>e</sup> Digby, immédiatement après son arrivée au poste de police. Selon le ministère public, le renseignement communiqué par la suite à l'accusée que l'accusation de tentative de meurtre portée contre elle serait changée en accusation de meurtre au premier degré n'avait rien à voir avec l'exercice de ses droits. Le ministère public a fait valoir qu'il n'y avait qu'une seule arrestation ou détention et que cette arrestation ou détention ne visait qu'un seul événement ou une seule opération. En conséquence, les droits de l'appelante ont été respectés quand on lui a permis de communiquer avec son avocat à son arrivée au poste.

Cette Cour a, à maintes reprises, affirmé qu'il faut interpréter les dispositions de la *Charte* selon une méthode fondée sur l'objet visé: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, cette Cour a statué que l'al. 10b) visait à favoriser les principes d'équité en matière décisionnelle, affirmant à la p. 394:

Cette disposition constitutionnelle ne tient manifestement pas compte de la valeur probante de la preuve obtenue par la police, mais vise plutôt, comme l'affirme le juge Le Dain aux pp. 641 et 642 de l'arrêt *Therens*, précité, «à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat» lorsqu'elle est détenue par la police dans des circonstances qui peuvent entraîner «des conséquences sérieuses sur le plan juridique».

De plus, il ne faut pas interpréter l'al. 10b) de façon isolée. Sa portée doit être examinée à la lumière de l'al. 10a). L'alinéa 10a) oblige les policiers à aviser une personne arrêtée ou détenue des motifs de cette arrestation ou de cette détention. Les droits que l'al. 10b) confère à une personne découlent du fait que cette personne est arrêtée ou détenue pour un motif particulier. Une

his s. 10(b) right in a meaningful way if he knows the extent of his jeopardy.

When the appellant contacted Mr. Digby she had been told that she was under arrest for attempted murder, or, depending upon which evidence one accepts, for a "stabbing". This is significantly different from a charge of first degree murder. First, while the Crown must prove that the accused intended to kill the victim in a charge of attempted murder (see *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225), such a strict *mens rea* requirement is negated in some instances in ss. 212 and 213 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the sections which set forth the elements necessary to sustain a murder conviction. Second, in the case of a "stabbing" or an attempted murder, the victim may be able to testify to either inculpate or exculpate the accused. Obviously, this is not possible in the case of a murder charge. Third, and perhaps most importantly, the psychological impact of a first degree murder charge on an accused will be much more severe than in the case of a charge for attempted murder or "stabbing". There is, after all, no more serious offence known to our law than first degree murder.

The Crown argued that, despite the change in the charge, the preliminary legal advice which the appellant received might well have been unchanged. This may be so. On the other hand, given the differences in the charges as discussed above, to conclude that the advice would inevitably have been the same is sheer conjecture. In my opinion, it is improper for a court to speculate about the type of legal advice which would have been given had the accused actually succeeded in contacting counsel after the charge was changed. If the Crown's argument on this point were sound, each time an accused was asked to blow into a breathalyzer there would be no need to advise the accused of his s. 10(b) rights since it might be

personne ne peut valablement exercer le droit que lui garantit l'al. 10b) que si elle connaît l'ampleur du risque qu'elle court.

a Quand l'appelante a communiqué avec M<sup>e</sup> Digby, on lui avait dit qu'elle était en état d'arrestation pour tentative de meurtre, ou, selon la déposition que l'on tient pour vraie, pour «agression à coup de couteau». Cela est très différent d'une  
b accusation de meurtre au premier degré. Premièrement, tandis que la poursuite doit prouver que l'accusé a eu l'intention de causer la mort de la victime dans le cas d'une accusation de tentative de meurtre (voir *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225), cette condition stricte d'intention coupable n'est pas requise dans certains cas définis aux art. 212 et 213 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, lesquels déterminent les éléments nécessaires  
c pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre. Deuxièmement, dans le cas d'une «agression à coups de couteau» ou d'une tentative de meurtre, la victime peut être en mesure de déposer pour inculper ou disculper l'accusé. Cela n'est  
d manifestement pas possible dans le cas d'une accusation de meurtre. Troisièmement, et c'est peut-être le facteur le plus important, les conséquences psychologiques d'une accusation de meurtre au premier degré sur l'accusé sont beaucoup plus  
e graves que celles d'une accusation de tentative de meurtre ou d'«agression à coups de couteau». Après tout, on ne connaît pas, dans notre droit, d'infraction plus grave que celle de meurtre au  
f premier degré.  
g

La poursuite soutient que, malgré le changement apporté à l'accusation, l'avis juridique préalable que l'appelante a reçu aurait bien pu ne pas changer. Il est possible que ce soit vrai. D'autre part, à cause des différences qui existent entre les accusations et dont j'ai déjà fait état, conclure que l'avis juridique aurait forcément été le même relève de la plus pure conjecture. À mon avis, il ne convient pas qu'une cour de justice se demande quel genre d'avis juridique aurait été donné si l'accusée avait réussi à communiquer avec son avocat après le changement de l'accusation. Si la prétention du ministère public sur ce point était juste, chaque fois qu'on demanderait à un accusé de se soumettre à l'ivressomètre, il ne serait pas

assumed that counsel would advise the accused that he should submit to the breathalyzer on the basis that failure to do so constitutes a criminal offence. Such reasoning runs directly afoul of this Court's judgments in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655. It also totally defeats the purpose of s. 10(b).

I would, therefore, reject the Crown's first line of argument.

(2) *If not, was the appellant given a reasonable opportunity to exercise her right to counsel prior to the giving of the inculpatory statement?*

The Court of Appeal decision in this case was given prior to this Court's decisions in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, and *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3. These latter two cases have gone a long way to explain the nature and scope of the s. 10(b) right. In *Ross* two accused were arrested and each attempted to contact counsel but were unable to do so. At least one of the accused was asked if he wished to contact another lawyer and he said no. The accused were then asked to participate in a line-up. In explaining the nature of the s. 10(b) right Lamer J. stated at p. 10:

As this Court held in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, s. 10(b) imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform detainees of their rights. The first is that the police must give the accused or detained person who so wishes a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay. The second is that the police must refrain from attempting to elicit evidence from the detainee until the detainee has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. [Emphasis in original.]

A rider is attached to these police obligations, namely that the accused must be reasonably diligent in attempting to obtain counsel if he wishes to do so. If the accused person is not diligent in this regard, then the correlative duties imposed upon the police to refrain from questioning the accused

nécessaire de l'aviser des droits que lui garantit l'al. 10b) puisqu'on peut supposer qu'un avocat conseillerait à l'accusé de se soumettre à l'ivresse-mètre pour le motif que le refus de le faire constitue une infraction criminelle. Ce raisonnement va directement à l'encontre des arrêts de cette Cour *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655. De plus, il contrecarre totalement l'objet de l'al. 10b).

En conséquence, je rejette ce premier argument de la poursuite.

(2) *Si non, l'appelante a-t-elle eu une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat avant de faire la déclaration incriminante?*

L'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce a été rendu avant ceux de cette Cour *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, et *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3. Ces deux derniers arrêts expliquent en détail la nature et la portée du droit garanti par l'al. 10b). Dans l'arrêt *Ross*, deux accusés avaient été arrêtés et chacun avait essayé de communiquer avec un avocat sans réussir à le faire. Au moins un des accusés s'était fait demander s'il voulait communiquer avec un autre avocat et il avait répondu non. On avait ensuite demandé aux accusés de participer à une séance d'identification. Le juge Lamer explique ainsi, à la p. 10, la nature du droit conféré par l'al. 10b):

Comme l'a conclu cette Cour dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, l'al. 10b) impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner à l'accusé ou au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. [Souligné dans l'original.]

Ces obligations des policiers sont soumises à une condition: l'accusé doit faire preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir les services d'un avocat s'il souhaite le faire. Si l'accusé ne fait pas preuve de diligence à cet égard, l'obligation correspondante qu'ont les policiers de s'abstenir de l'in-

are suspended: see *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435.

terroger est suspendue: voir *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435.

In this case I think the appellant was reasonably diligent in attempting to contact counsel. She sought out and spoke to her lawyer as soon as she arrived at the police station and, when she was advised that the charge would be changed from attempted murder or stabbing to first degree murder, she again immediately expressed a desire to consult her lawyer. It is not entirely surprising that her lawyer was unavailable at 1:40 a.m. Nor do I think it was unreasonable for her to refuse to try to contact another lawyer when she could not get Mr. Digby. As was held in *Ross*, s. 10(b) entitles an arrested or detained person to consult with the lawyer of his choice. It is only if that choice necessitates an unreasonable delay that an obligation arises to accept another lawyer. A delay of approximately eight hours until normal office hours came around would not, in my view, be unreasonable in this case given that the charge was alleged to be first degree murder and given the lack of urgency for the interrogation.

I conclude, therefore, that the duties imposed on the police under *Manninen* were not suspended because of the appellant's inability to contact her lawyer at 1:40 a.m. Consequently, Constable Ross, absent a waiver by the appellant, breached the appellant's s. 10(b) rights when he asked her about the whereabouts of the knife and when he asked her to tell him the whole story. I would respectfully adopt the words of Lamer J. in *Ross* where he stated at p. 12:

In my view, the right to counsel also means that, once an accused or detained person has asserted that right, the police cannot, in any way, compel the detainee or accused person to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right.

a En l'espèce, je crois que l'appelante a fait preuve de diligence raisonnable en tentant de communiquer avec un avocat. Elle a demandé et réussi à parler à son avocat dès qu'elle est arrivée au poste de police et, quand elle a appris qu'une accusation de meurtre au premier degré serait substituée à celle de tentative de meurtre ou d'agression à coup de couteau, elle a immédiatement exprimé de nouveau la volonté de consulter son avocat. Il n'est pas très étonnant que son avocat n'ait pu être rejoint à 1 h 40 du matin. Je ne crois pas non plus qu'il ait été déraisonnable pour elle de refuser d'essayer de communiquer avec un autre avocat alors qu'elle ne pouvait pas rejoindre M<sup>c</sup> Digby. Comme on l'a conclu dans l'arrêt *Ross*, l'al. 10b) autorise une personne arrêtée ou détenue à consulter l'avocat de son choix. Ce n'est que si ce choix entraîne des délais déraisonnables qu'il y a obligation d'accepter de recourir à l'assistance d'un autre avocat. Un délai d'environ huit heures, jusqu'aux heures normales d'affaires, n'aurait pas été, à mon avis, déraisonnable en l'espèce vu qu'il s'agissait d'une accusation de meurtre au premier degré et qu'il n'y avait pas d'urgence de procéder à l'interrogatoire.

Je conclus donc que les obligations imposées aux policiers, selon l'arrêt *Manninen*, n'étaient pas suspendues du fait que l'appelante était dans l'impossibilité de communiquer avec son avocat à 1 h 40 du matin. Par conséquent, en l'absence de renonciation de l'appelante, l'agent Ross a violé les droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) quand il lui a demandé où se trouvait le couteau et quand il lui a demandé de tout lui raconter. Je souscris aux propos du juge Lamer quand il affirme dans l'arrêt *Ross* à la p. 12:

i Le droit à l'assistance d'un avocat signifie également à mon avis que, dès qu'un accusé ou un détenu a fait valoir ce droit, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès.

(3) *Did the appellant waive her s. 10(b) rights?*

The trial decision in this appeal was handed down prior to this Court's consideration of the issue of waiver in *Clarkson*. Accordingly, Kelly J. did not specifically address the issue of waiver. Rather, he applied the "operating mind test" to determine whether the appellant's statement was voluntary at common law. He stated:

On considering these factors and all the circumstances I have some unease regarding her state of mind but on balance I find that the crown has discharged its burden and satisfied me that the statement was made freely and voluntarily and that at the time that it was made Miss Black was in command of her intellectual faculties sufficient to make a voluntary statement.

The Court of Appeal had the benefit of *Clarkson* and appears to have concluded that the appellant waived her rights. It did so in light of the trial judge's finding that the appellant's statement was voluntary.

In *Clarkson* this Court discussed the divergent theories at common law regarding proof of voluntariness in the making of a confession to persons in authority. Writing for the majority I pointed out that the operating mind test was primarily concerned with probing the truth of the facts in issue while the awareness of consequences test was more concerned with ensuring the fairness of the adjudicative process. The two tests were therefore not synonymous. The majority of the Court concluded that the awareness of consequences test was the appropriate test to apply in the context of an inquiry under s. 10(b), given the underlying purpose of that section. Given this, I do not think that, because the trial judge found that the statement of the appellant was one emanating from an operating mind, it necessarily follows that the appellant waived her rights. The facts as found by the trial judge must be considered in light of the *Clarkson* test, the relevant portions of which are set forth below (at pp. 394-96):

(3) *L'appelante a-t-elle renoncé aux droits que lui garantit l'al. 10b)?*

Le jugement de première instance en l'espèce a été rendu avant que cette Cour examine la question de la renonciation dans l'arrêt *Clarkson*. En conséquence, le juge Kelly n'a pas expressément traité de la question de la renonciation. Il a plutôt appliqué le critère de «l'esprit totalement conscient» pour déterminer si la déclaration de l'appelante avait été libre et volontaire au sens de la *common law*. Il a dit ceci:

[TRADUCTION] Compte tenu de ces facteurs et de toutes les circonstances, je m'interroge sur son état d'esprit, mais, dans l'ensemble, je conclus que la poursuite s'est acquittée de son obligation et m'a convaincu que la déclaration a été faite librement et volontairement et qu'au moment où elle l'a faite, M<sup>lle</sup> Black jouissait suffisamment de ses facultés mentales pour faire une déclaration libre.

La Cour d'appel avait pu prendre connaissance de l'arrêt *Clarkson* et elle paraît avoir conclu que l'appelante avait renoncé à ses droits. Elle l'a fait à la lumière de la conclusion du juge du procès selon laquelle la déclaration avait été faite librement.

Dans l'arrêt *Clarkson*, cette Cour a analysé les théories contradictoires de *common law* au sujet de la preuve du caractère volontaire d'un aveu fait à une personne en situation d'autorité. Dans les motifs que j'ai rédigés pour la majorité, j'ai souligné que le critère de «l'esprit totalement conscient» porte principalement sur l'examen de l'exactitude des faits en cause alors que le critère de la connaissance des conséquences porte davantage sur le caractère équitable du processus décisionnel. Les deux critères ne sont donc pas synonymes. Cette Cour à la majorité a statué qu'il convenait d'appliquer le critère de la connaissance des conséquences dans le cadre d'un examen fondé sur l'al. 10b), en raison de l'objet sous-jacent de cette disposition. Compte tenu de cela, je ne crois pas que, parce que le juge du procès a conclu que la déclaration de l'appelante provenait d'un esprit totalement conscient, il s'ensuit forcément qu'elle a renoncé à ses droits. Les faits constatés par le juge du procès doivent s'apprécier en fonction du critère énoncé dans l'arrêt *Clarkson*, dont voici les extraits pertinents (aux pp. 394 à 396):

Given the concern for fair treatment of an accused person which underlies such constitutional civil liberties as the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused's awareness of the consequences of what he or she was saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver "... is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process" (emphasis in original).

Whether or not one goes as far as requiring an accused to be tuned in to the legal intricacies of the case before accepting as valid a waiver of the right to counsel, it is clear that the waiver of the s. 10(b) right by an intoxicated accused must pass some form of "awareness of the consequences" test . . . . While this constitutional guarantee cannot be forced upon an unwilling accused, any voluntary waiver in order to be valid and effective must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up the right.

The appellant did not expressly waive her rights in this case. Any waiver must be implied from her words or conduct. This Court ruled in *Manninen* at p. 1244 that:

While a person may implicitly waive his rights under s. 10(b), the standard will be very high (Clarkson, supra, at pp. 394-95). In my view, the respondent's conduct did not constitute an implied waiver of his right to counsel. It seems that he did not intend to waive his right, as he clearly asserted it at the beginning and at the end of the questioning. Rather, the form of the questioning was such as to elicit involuntary answers. The police officer asked two innocuous questions followed by a baiting question which led the respondent to incriminate himself. In addition, where a detainee has positively asserted his desire to exercise his right to counsel and the police have ignored his request and have proceeded to question him, he is likely to feel that his right has no effect and that he must answer. Finally, the respondent had the right not to be asked questions, and he must not be held

Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte*, il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure» (souligné dans l'original).

Peu importe qu'on aille ou non jusqu'à exiger que l'accusé connaisse les complexités juridiques de son cas pour pouvoir reconnaître comme valide une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, il est clair que la renonciation au droit garanti par l'al. 10b) faite par un accusé en état d'ébriété doit satisfaire à une forme quelconque de critère de «connaissance des conséquences». [...] Bien que cette garantie constitutionnelle ne puisse être imposée à un accusé qui n'en veut pas, pour être valide et produire des effets toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit.

L'appelante n'a pas expressément renoncé à ses droits en l'espèce. Toute renonciation doit découler implicitement de ses paroles ou de sa conduite. Cette Cour affirme, dans l'arrêt *Manninen*, à la p. 1244, que:

S'il est vrai qu'on peut implicitement renoncer aux droits conférés par l'al. 10b), la norme pour ce faire est très exigeante (arrêt Clarkson, précité, aux pp. 394 et 395). À mon avis, le comportement de l'intimé ne constituait pas une renonciation tacite à son droit à l'assistance d'un avocat. Il semble qu'il n'avait aucune intention de renoncer à ce droit, puisqu'il l'a clairement revendiqué au début comme à la fin de l'interrogatoire. Plutôt, le genre d'interrogatoire mené était de nature à soutirer des réponses involontaires. L'agent de police a posé deux questions parfaitement anodines suivies d'une question piège qui a conduit l'intimé à s'incriminer. En outre, lorsqu'un détenu a formellement exprimé sa volonté d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat et que les policiers ont ignoré sa demande pour commencer à l'interroger, il est bien



to have implicitly waived that right simply because he answered the questions. Otherwise, the right not to be asked questions would only exist where the detainee refused to answer and, thus, where there is no need for any remedy or exclusionary rule. [Emphasis added.]

a possible qu'il ait cru que son droit n'avait aucun effet et qu'il devait répondre. Enfin, l'intimé avait le droit de ne pas être interrogé et on ne doit pas considérer qu'il a renoncé tacitement à ce droit simplement parce qu'il a répondu aux questions. Autrement, le droit de ne pas être interrogé n'existerait que lorsque le détenu refuse de répondre et, ainsi, lorsqu'il n'y a pas lieu d'accorder une réparation ni de faire jouer la règle d'exclusion. [Je souligne.]

b

Has the Crown met the high standard required by *Manninen*? I think not. The appellant was known to the police prior to her arrest. She was known to be an alcoholic and a person of limited intelligence. She had only a grade four education. She was under the influence of alcohol at the time she gave the statement. The evidence at trial indicates that she had a very high blood alcohol level one and a half hours after having given the statement. The appellant was emotionally distraught as is evidenced by her behaviour in the interrogation room. The trial judge found that at times she bordered on hysteria. Moreover, the appellant was suffering from certain injuries to her mouth, neck and hand, injuries which required medical attention. The appellant was obviously concerned throughout about her legal rights, both upon her arrival at the police station and upon being advised of the change in the charge. It is true that she was the one who initiated the conversation with Constable Ross after she had spoken to her grandmother. However, that conversation related to the safety of her child and whether she would have to spend the weekend in jail. It was Constable Ross who turned the conversation back to the circumstances underlying the stabbing. True, he was not as coercive as the officers in *Manninen* but his purpose was the same, to extract a confession.

c Le ministère public a-t-il satisfait à la norme élevée établie dans l'arrêt *Manninen*? Je ne le crois pas. Les policiers connaissaient l'appelante avant son arrestation. Elle était reconnue comme alcoolique et peu intelligente. Elle n'avait qu'une quatrième année de scolarité. Elle était en état d'ébriété quand elle a fait sa déclaration. La preuve présentée au procès indique qu'elle avait un taux d'alcoolémie très élevé une heure et demie après avoir fait sa déclaration. L'appelante était perturbée comme en fait foi son comportement dans la salle d'interrogatoire. Le juge du procès a constaté qu'elle était parfois au bord de l'hystérie. De plus, l'appelante avait à la bouche, au cou et à la main certaines blessures qui nécessitaient des soins. L'appelante était manifestement préoccupée par ses droits pendant tout ce temps, à la fois à son arrivée au poste de police et au moment d'être avisée du changement d'accusation. Il est vrai que c'est elle qui a engagé la conversation avec l'agent Ross après s'être entretenue avec sa grand-mère. Cependant, cette conversation avait trait à la sécurité de son enfant et à la question de savoir si elle devrait passer le week-end en prison. C'est l'agent Ross qui a ramené la conversation sur les circonstances de l'agression à coup de couteau. En réalité, il n'a pas exercé autant de contrainte que les agents dans l'affaire *Manninen*, mais son but était le même, obtenir des aveux.

i

In light of the above, I am not satisfied that the appellant impliedly waived her rights. I conclude, therefore, that her s. 10(b) rights were violated.

j Compte tenu de ce qui précède, je ne suis pas convaincue que l'appelante ait renoncé de façon tacite à ses droits. Je conclus donc qu'il y a eu violation des droits que lui garantit l'al. 10b).

(4) *If there was a breach of the appellant's s. 10(b) rights, should the inculpatory statement be excluded under s. 24(2)?*

The leading authority on s. 24(2) is this Court's decision in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. In that case Lamer J. canvassed the factors to be balanced by the Court in determining whether the admission of evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. He organized these factors into three groups based on their effect on the repute of the justice system. The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The second set of factors pertain to the seriousness of the *Charter* violation as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors raise the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*: see also *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 532-34.

In analyzing the first set of factors Lamer J. concluded that, if the admission of the evidence would adversely affect the fairness of the trial, then its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute. He was of the opinion that a confession extracted from an accused would generally be excluded. He stated at pp. 284-85:

The use of such evidence [evidence conscripted from the accused through a confession or other evidence emanating from him] would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens*, *supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded.

(4) *S'il y a eu violation des droits que garantit à l'appelante l'al. 10b), la déclaration inculpatrice devrait-elle être écartée en vertu du par. 24(2)?*

<sup>a</sup> L'arrêt de principe relativement au par. 24(2) est celui de cette Cour *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Dans cette affaire, le juge Lamer a examiné attentivement les facteurs que cette Cour <sup>b</sup> doit soulever pour déterminer si l'utilisation d'éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a classé ces facteurs en trois catégories selon leur effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Le premier ensemble de facteurs comprend <sup>c</sup> ceux qui se rapportent à l'équité du procès. Le second ensemble de facteurs à prendre en considération concerne la gravité de la violation de la <sup>d</sup> *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités responsables de l'application de la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait <sup>e</sup> qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*: voir aussi *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 532 à 534.

<sup>f</sup> En analysant le premier ensemble de facteurs, le juge Lamer conclut que, lorsque l'utilisation des éléments de preuve nuirait à l'équité du procès, cette utilisation tendrait alors à déconsidérer l'administration de la justice. Il a exprimé l'avis que <sup>g</sup> les aveux extirpés à un accusé seraient généralement écartés. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 284 et 285:

<sup>h</sup> Puisque ces éléments de preuve [les éléments de preuve obtenus de l'accusé sous forme d'aveux ou d'autres éléments de preuve émanant de lui] n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce <sup>i</sup> genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte <sup>j</sup> de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée.

In my view, the admission of the appellant's inculpatory statement would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute. The fairness of the trial would be adversely affected since the admission of the statement would infringe on the appellant's right against self-incrimination, a right which could have been protected had the appellant had an opportunity to consult counsel. Moreover, turning to the second set of factors, the breach of the appellant's s. 10(b) rights was a serious one. Although the conduct of the police officers in this case was less reprehensible than the conduct of the police officers in *Manninen*, the fact remains that the police officers continued to question the appellant even though she had clearly requested an opportunity to consult her lawyer. Nor do I think that the seriousness of the offence with which the appellant was charged required the admission of the appellant's statement. This Court has repeatedly held that the mere fact that an accused is charged with a serious offence provides no justification for admitting the evidence where there has been a serious *Charter* violation and the admission of the evidence would affect the fundamental fairness of the trial: see *Collins*, at pp. 285-86, and *Manninen*, at p. 1246. I would conclude, therefore, that the inculpatory statement was properly excluded by the trial judge.

(5) *If there was a breach of the appellant's s. 10(b) rights, should evidence regarding the recovery of the knife be excluded?*

The Crown maintains that even if the police did breach the appellant's s. 10(b) rights so that the inculpatory statement should be excluded, the evidence relating to the discovery of the knife and the knife itself should be admissible. The question on this aspect of the appeal is whether the events leading up to the discovery of the knife are sufficiently tainted by the s. 10(b) breach to engage the exclusionary rule found in s. 24(2). This question has two aspects: first, whether the evidence was "obtained in a manner" that infringed the appellant's rights; and second, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Some guidance on

À mon avis, l'utilisation de la déclaration incriminante de l'appelante nuirait à l'équité du procès et déconsidérerait l'administration de la justice. Il y aurait atteinte à l'équité du procès puisque l'utilisation de la déclaration violerait le droit de l'appelante de ne pas s'incriminer, lequel droit aurait pu être protégé si l'appelante avait eu la possibilité de consulter un avocat. De plus, en ce qui concerne le second ensemble de facteurs, la violation des droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) était grave. Même si la conduite des policiers en l'espèce était moins blâmable que celles des policiers dans l'affaire *Manninen*, il reste qu'ils ont continué à questionner l'appelante même si elle avait clairement demandé à consulter son avocat. Je ne crois pas non plus que la gravité de l'infraction dont l'appelante était accusée exigeait l'utilisation de la déclaration qu'elle avait faite. Cette Cour a statué, à maintes reprises, que le simple fait qu'une personne soit accusée d'une infraction grave ne justifie pas l'utilisation de la preuve lorsqu'il y a eu violation grave de la *Charte* et que l'utilisation de cette preuve nuirait à l'équité fondamentale du procès: voir *Collins*, aux pp. 285 et 286, et *Manninen*, à la p. 1246. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que le juge du procès a eu raison d'écartier la déclaration incriminante.

(5) *S'il y a eu violation des droits que garantit à l'appelante l'al. 10b), les éléments de preuve relatifs à la découverte du couteau devraient-ils être écartés?*

Le ministère public soutient que même si les policiers ont violé les droits que l'al. 10b) garantit à l'appelante de manière à justifier l'exclusion de la déclaration incriminante, les éléments de preuve relatifs à la découverte du couteau et le couteau lui-même devraient être recevables. La question que soulève cet aspect du pourvoi est celle de savoir si les événements qui ont mené à la découverte du couteau sont suffisamment entachés par la violation des droits garantis par l'al. 10b) pour donner lieu à l'application de la règle d'exclusion du par. 24(2). Cette question comporte deux volets: premièrement, les éléments de preuve ont-ils été «obtenus dans des conditions» qui portent

these aspects is found in the recent judgment of this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

In that case, the Chief Justice, speaking for a unanimous court on the first aspect, ruled that the phrase "obtained in a manner" should not be interpreted to impose a strict causal nexus between the *Charter* breach and the evidence sought to be excluded. He stated at pp. 1003-4:

Imposing a causation requirement in s. 24(2) would generally have the effect of excluding from consideration under that section much of the real evidence obtained following a violation of the right to counsel. Violations of the right to counsel may frequently occur in the course of a valid arrest or, as in the present appeal, in the execution of a valid search power. In these situations, real evidence discovered on the person of the accused or in the course of the search will not, subject to one exception, have a direct causal relationship with the denial of the right to counsel. Derivative evidence, obtained as a direct result of a statement or other indication made by the accused, is the only type of real evidence that may be said to be causally connected to violations of the right to counsel in these situations. With the exception of derivative evidence, infringements of the right to counsel occurring in the course of arrest or execution of a search warrant, can only be causally connected to self-incriminating evidence. *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, is a case in point. A strict causal requirement would tend to preclude real evidence discovered after a violation of s. 10(b) from being considered under s. 24(2) of the *Charter*. [Emphasis added.]

And at pp. 1005-6:

In my view, it is not useful to create a requirement in the first stage of s. 24(2) that would separate violations of s. 10(b) into two categories based on the role of counsel. Nor is it fruitful to read into the first stage a condition that would limit the scope of s. 24(2) to

atteinte aux droits de l'appelante? Et deuxièmement, l'utilisation de ces éléments de preuve serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? L'arrêt récent de cette Cour *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, nous guide jusqu'à un certain point relativement à ces volets de la question.

Dans cet arrêt, le Juge en chef, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, au sujet du premier volet, a statué que l'expression «obtenus dans des conditions» ne doit pas s'interpréter de manière à exiger un lien de causalité strict entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve qu'on cherche à faire écarter. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 1003 et 1004:

L'imposition d'une exigence de causalité dans le par. 24(2) aurait généralement pour effet d'exclure de l'examen aux termes de ce paragraphe une grande partie de la preuve matérielle obtenue par suite de la violation du droit à l'assistance d'un avocat. Les violations du droit à l'assistance d'un avocat peuvent souvent se produire dans le cadre d'une arrestation valide ou, comme dans le présent pourvoi, au cours de l'exercice d'un pouvoir valide de perquisition. Dans de telles situations, les éléments de preuve matérielle découverts sur la personne de l'accusé ou pendant la perquisition n'auront pas, sous réserve d'une seule exception, un lien de causalité direct avec la négation du droit à l'assistance d'un avocat. La preuve dérivée obtenue directement par suite d'une déclaration ou d'une autre indication de l'accusé constitue le seul genre de preuve matérielle dont on peut dire qu'elle a un lien de causalité avec les violations du droit à l'assistance d'un avocat dans de telles situations. À l'exception de la preuve dérivée, les atteintes au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat qui se produisent dans le cadre d'une arrestation ou de l'exécution d'un mandat de perquisition ne peuvent avoir un lien de causalité qu'avec des éléments de preuve qui ont un effet auto-incriminant. L'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, est intéressant sur ce point. Imposer un lien de causalité strict aurait tendance à empêcher que les éléments de preuve matérielle découverts après une violation de l'al. 10b) soient examinés en application du par. 24(2) de la *Charte*. [Je souligne.]

Puis, aux pp. 1005 et 1006:

À mon avis, il est inutile de créer une exigence dans la première étape du par. 24(2) qui séparerait les violations de l'al. 10b) en deux catégories selon le rôle joué par l'avocat. Il n'est pas non plus utile d'interpréter la première étape comme une condition qui limiterait la

self-incriminating or derivative evidence for certain s. 10(b) violations. Ordinarily only a few *Charter* rights, ss. 8, 9 and 10, will be relevant to the gathering of evidence and therefore to the remedy of exclusion under s. 24(2). So long as a violation of one of these rights precedes the discovery of evidence, for the purposes of the first stage of s. 24(2) it makes little sense to draw distinctions based on the circumstances surrounding the violation or the type of evidence recovered. A better approach, in my view, would be to consider all evidence gathered following a violation of a *Charter* right, including the right to counsel, as within the scope of s. 24(2).

In my view, all of the pitfalls of causation may be avoided by adopting an approach that focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained. Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*. In my view, these situations should be dealt with on a case by case basis. There can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a *Charter* right becomes too remote.

Bearing the above discussion in mind, I am of the view that the events which took place at the appellant's apartment were sufficiently proximate to cross this first hurdle under s. 24(2). Indeed, the knife in this case is derivative evidence obtained as a direct result of "a statement or other indication" made by the appellant. Its discovery is causally connected to the violation of the appellant's s. 10(b) right. While the Chief Justice suggests in *Strachan* that "causal connection" is too narrow a test to apply in deciding whether evidence was

portée du par. 24(2) à la preuve ayant un effet auto-incriminant ou dérivée dans le cas de certaines violations de l'al. 10b). Seuls quelques droits garantis par la *Charte*, c'est-à-dire ceux visés aux art. 8, 9 et 10, sont utiles aux fins de l'obtention d'éléments de preuve et, par conséquent, de la réparation que constitue l'exclusion prévue au par. 24(2). Dans la mesure où une violation de l'un de ces droits précède la découverte d'éléments de preuve il n'est pas logique, aux fins de la première étape du par. 24(2), d'établir des distinctions fondées sur les circonstances entourant la violation ou le genre d'éléments de preuve obtenus. J'estime qu'il serait préférable de considérer que tous les éléments de preuve obtenus par suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte*, y compris le droit à l'assistance d'un avocat, relèvent du par. 24(2).

À mon avis, tous les pièges que pose la question de la causalité peuvent être évités par l'adoption d'un point de vue qui met l'accent sur toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus. En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Toutefois, la présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*. À mon avis, ces situations devraient être considérées individuellement. Il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés.

Gardant ces explications à l'esprit, j'estime que les événements survenus à l'appartement de l'appellante étaient suffisamment immédiats pour satisfaire au premier critère du par. 24(2). À la vérité, le couteau dont il est question en l'espèce constitue un élément de preuve dérivée obtenu directement par suite «d'une déclaration ou d'une autre indication» de l'appellante. Il existe un lien de causalité entre sa découverte et la violation du droit garanti à l'appellante par l'al. 10b). Bien que le Juge en chef laisse entendre, dans l'arrêt *Strachan*, qu'un

“obtained in a manner” that infringed the appellant’s rights, I do not believe he meant to preclude the use of the causal connection test in cases where such connection was clearly present and the evidence obtained was clearly derivative evidence. The Chief Justice was, I believe, at pains to establish a broader test than “causal connection” and one which, in my view, is also met in this case since the breach of the appellant’s s. 10(b) right was an ongoing one from the time she was advised of the change in the charge. From that point on, despite the fact that the appellant had asked to speak with her lawyer, the police sought to obtain incriminating evidence from her. The breach of the appellant’s s. 10(b) rights and the discovery of the knife are, in my view, inextricably linked or, in the Chief Justice’s words, occurred “in the course of a single transaction”. From the time the appellant was advised of the change in the charge, she was under the continuous control and supervision of the police. Immediately upon being advised of the change in the charge the appellant expressed a desire to contact Mr. Digby but was unable to contact him because of the hour. Shortly thereafter, Constable Ross obtained an incriminating statement from her. The taking of the statement commenced at 2:30 a.m. and concluded at 2:53 a.m. After the taking of the statement the appellant was taken by officers Small and Ross to hospital for treatment. The appellant received stitches for her cut lip and a tetanus shot. She also provided a blood sample from which it was determined that at 4:20 a.m. she had a blood alcohol level of 220 mg. per 100 ml. of blood. The appellant was present at the hospital for approximately one hour and then she was taken to her apartment by officers Small and Ross. Upon arrival at the apartment at approximately 5:00 a.m. the appellant turned a knife over to the officers. In my view, this was an “entire chain of events during which the *Charter* violation occurred”. I conclude, therefore, that the events leading up to the discovery of

lien de causalité» est un critère trop strict pour décider si les éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte aux droits de l’appelante, je ne crois pas qu’il a voulu empêcher le recours au critère du lien de causalité dans les cas où ce lien est manifestement présent et que les éléments de preuve obtenus constituent manifestement des éléments de preuve dérivée. Je crois que le Juge en chef s’efforçait d’établir un critère plus général que celui du «lien de causalité», lequel critère est également respecté en l’espèce puisque la violation du droit garanti à l’appelante par l’al. 10b) s’est poursuivie depuis le moment où on l’a avisée du changement d’accusation. À compter de ce moment, même si l’appelante avait demandé de parler à son avocat, les policiers ont cherché à obtenir d’elle des éléments de preuve incriminants. La violation des droits garantis à l’appelante par l’al. 10b) et la découverte du couteau sont, à mon avis, inextricablement liées ou, selon l’expression du Juge en chef, se sont produites «au cours d’une seule et même opération». À compter du moment où elle a été informée du changement d’accusation, l’appelante a été continuellement sous la garde et la surveillance des policiers. Immédiatement après avoir appris le changement d’accusation, l’appelante a exprimé le désir de communiquer avec M<sup>e</sup> Digby, mais elle n’a pu le faire en raison de l’heure tardive. Peu après, l’agent Ross a obtenu d’elle une déclaration incriminante. L’audition de la déclaration a commencé à 2 h 30 et s’est terminée à 2 h 53. Après avoir entendu la déclaration, les agents Small et Ross ont amené l’appelante à l’hôpital pour la faire soigner. L’appelante s’est fait faire des points de suture pour une coupure à la lèvre et a reçu une injection contre le tétanos. Elle a aussi fourni un échantillon de sang qui a permis d’établir qu’à 4 h 20 son taux d’alcoolémie était de 220 mg par 100 ml de sang. L’appelante est restée à l’hôpital pendant environ une heure puis elle a été conduite à son appartement par les agents Small et Ross. À son arrivée à l’appartement, vers 5 h du matin, l’appelante a remis un couteau aux agents. À mon avis, cela constitue «toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s’est produite». Je conclus donc que les événements qui ont abouti à la découverte du couteau sont suffisamment liés à la viola-

the knife are sufficiently linked to the s. 10(b) breach to bring the situation within s. 24(2).

The question then becomes whether the evidence obtained ought to be excluded because its admission would bring the administration of justice into disrepute. As I mentioned above, evidence will tend to bring the administration of justice into disrepute when it tends to render the trial process unfair. I have no doubt that the evidence relating to the appellant's conduct in retrieving the knife as well as any words she may have uttered ought to be excluded. In coming to this conclusion, I rely on the words of Lamer J. in *R. v. Ross, supra*, at p. 16:

Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression "emanating from him" since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

However, the knife itself is real evidence which existed whether or not the police breached the appellant's s. 10(b) rights and used her to assist in the preparation of the case against her. It did not come into existence as a result of the participation of the accused although the police obtained it as a result of such participation. I have little doubt that the police would have conducted a search of the appellant's apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife. In *Collins* Lamer J. concluded that the admission of real evidence will not usually, just because it was obtained as a result of a *Charter* breach, bring the administration of justice into disrepute. He stated at p. 284:

Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of

tion de l'al. 10b) pour donner lieu à l'application du par. 24(2).

Il s'agit alors de déterminer s'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve obtenus parce que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Comme je l'ai déjà mentionné, les éléments de preuve tendent à déconsidérer l'administration de la justice s'ils tendent à rendre le procès inéquitable. Je ne doute nullement que la preuve relative à la conduite de l'appelante au moment de remettre le couteau ainsi que toutes paroles qu'elle a pu alors prononcer doivent être exclues. Pour arriver à cette conclusion, je m'appuie sur les propos suivants du juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Ross*, précité, à la p. 16:

Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «émanant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Toutefois, le couteau lui-même est un élément de preuve matérielle qui existait peu importe que les policiers aient violé ou non les droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) et se soient servis d'elle pour préparer la preuve contre elle. Cet élément de preuve n'a pas vu le jour par suite de la participation de l'accusée, bien que la police l'ait obtenu à cause de cette participation. Je ne doute nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l'appartement de l'appelante avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau. Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer a conclu que d'ordinaire l'utilisation d'éléments de preuve matérielle ne déconsidère pas l'administration de la justice du seul fait que ces éléments de preuve ont été obtenus par suite d'une violation de la *Charte*. Il dit, à la p. 284:

Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment

the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair.

Given Lamer J.'s comments and the fact that the knife would undoubtedly have been uncovered by the police in the absence of the *Charter* breach and the conscription of the appellant against herself, I do not think that the administration of justice would have been brought into disrepute by the admission of the knife.

It could be argued that *Strachan* makes the distinction between self-incriminating evidence and real evidence irrelevant once it has been found that both kinds of evidence were yielded through a single chain of events involving an ongoing *Charter* breach. I do not think that *Strachan* stands for that proposition. There is nothing in the judgment of the Chief Justice in *Strachan* to suggest that it was intended to make a major inroad of this kind into the Court's earlier decision in *Collins*. Quite the contrary. The first stage of the inquiry under *Strachan* is concerned with the threshold issue of whether there is any connection, subject to considerations of remoteness, between the *Charter* breach and the evidence obtained. The second stage involves the weighing of a variety of factors to determine whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. At the second stage, it seems to me, the nature of the evidence becomes relevant under *Collins*.

I would conclude therefore that the trial judge erred in excluding the knife, that is to say, preventing it from becoming a full exhibit. (The knife had been tendered at trial but not fully exhibited.) However, I do not think that this error advances the Crown's position. In light of my finding that the appellant's conduct and words in relation to the discovery of the knife should not be admitted into evidence, the most that could be said by the police officer who received the knife would be that the knife was located in the appellant's apartment and was sent to police specialists for further examination. The police specialists could then give testimony offering opinion evidence as to whether the knife was the murder weapon. However, there

de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable.

Compte tenu de ces observations du juge Lamer et du fait que le couteau aurait certainement été découvert par la police sans qu'il y ait violation de la *Charte* et sans conscription de l'appelante contre elle-même, je ne crois pas que l'utilisation du couteau en preuve aurait déconsidéré l'administration de la justice.

On pourrait soutenir que l'arrêt *Strachan* rend sans importance la distinction entre les éléments de preuve ayant un effet auto-incriminant et les éléments de preuve matérielle, dès qu'il est constaté que les deux types d'éléments de preuve résultent d'une seule suite d'événements qui comportent une violation continue de la *Charte*. Je ne crois pas que l'arrêt *Strachan* appuie cette proposition. Il n'y a rien dans les motifs rédigés par le Juge en chef dans l'arrêt *Strachan* qui laisse entendre qu'on a voulu faire une brèche aussi importante dans l'arrêt *Collins* rendu antérieurement par cette Cour. C'est tout le contraire. La première étape de l'analyse, selon l'arrêt *Strachan*, porte sur la question préliminaire de savoir s'il existe un lien, sous réserve du degré de proximité, entre la violation de la *Charte* et la preuve obtenue. La seconde étape consiste à évaluer divers facteurs en vue de déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. C'est à cette seconde étape, me semble-t-il, que la nature de la preuve devient pertinente, selon l'arrêt *Collins*.

Je suis donc d'avis que le juge du procès a commis une erreur en écartant le couteau, c'est-à-dire en empêchant de le présenter comme pièce à conviction. (Le couteau a été produit au procès, mais non comme pièce à conviction.) Cependant, je ne crois pas que cette erreur favorise le ministère public. Compte tenu de ma conclusion que la conduite de l'appelante et les paroles qu'elle a prononcées relativement à la découverte du couteau ne devraient pas être utilisées en preuve, tout ce que l'agent de police qui a reçu le couteau pouvait dire est que le couteau se trouvait dans l'appartement de l'appelante et qu'il a été soumis à l'examen des spécialistes du service de la police. Les experts de la police auraient pu alors donner



was no issue in this case as to whether it was the appellant who stabbed the victim. The only question was whether the stabbing was an intentional act which the appellant knew would kill the victim or cause her grievous bodily harm from which death could result. The admission of the knife itself would not in any way affect the jury's handling of this aspect of the case.

I would, accordingly, allow the appeal and restore the verdict of the jury.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: John D. Embree, Halifax.*

un témoignage d'opinion quant à savoir s'il s'agissait de l'arme du crime. Cependant, on n'a pas contesté en l'espèce que c'est l'appelante qui a poignardé la victime. La seule question en litige était de savoir si l'agression à coups de couteau était un acte intentionnel que l'appelante savait de nature à causer la mort de la victime ou à lui causer des lésions corporelles graves qui pourraient entraîner sa mort. L'utilisation en preuve du couteau lui-même n'aurait pas changé la façon dont le jury a jugé cet aspect de l'affaire.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict du jury.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: John D. Embree, Halifax.*

**The Protestant School Board of Greater Montreal, the Greater Quebec School Board, the Lakeshore School Board and the Quebec Association of Protestant School Boards**  
*Applicants (Appellants in this Court)*

v.

**The Attorney General of Quebec** *Respondent*  
*(Respondent in this Court)*

and

**The Attorney General of Ontario and the Attorney General of Newfoundland**  
*(Intervenors in this Court)*

INDEXED AS: GREATER MONTREAL PROTESTANT SCHOOL BOARD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20415.

1989: June 27; 1989: August 10.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest and Gonthier JJ.

## MOTION FOR A REHEARING OF APPEAL

*Courts — Practice — Motion for a rehearing of appeal — Applicants asking for a rehearing on the basis that the Supreme Court of Canada's decision was rendered per incuriam — Motion dismissed.*

MOTION FOR A REHEARING of *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377. Motion dismissed.

*Colin K. Irving and Allan R. Hilton*, for the applicants.

*Jean-Yves Bernard and Luc Leblanc*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The events giving rise to this application are summarized in the following paragraphs of applicants' memorandum argument:

1. On March 16, 1989, this Court dismissed with costs the appeal of the appellants and held that section 16(7) of the *Education Act*, R.S.Q. 1977, c. I-14 and the

**La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal, la Commission scolaire Greater Québec, la Commission scolaire Lakeshore et l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec** *Requérantes*  
*(Appelantes en cette Cour)*

c.

**Le procureur général du Québec** *Intimé*  
*(Intimé en cette Cour)*

et

**Le procureur général de l'Ontario et le procureur général de Terre-Neuve**  
*(Intervenants en cette Cour)*

RÉPERTORIÉ: GRAND MONTRÉAL, COMMISSION DES ÉCOLES PROTESTANTES c. QUÉBEC (PROCEUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20415.

1989: 27 juin; 1989: 10 août.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest et Gonthier.

## REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION DE POURVOI

*Tribunaux — Pratique — Requête en nouvelle audition de pourvoi — Requérantes demandant une nouvelle audition parce que la décision de la Cour suprême du Canada aurait été rendue par inadvertance — Requête rejetée.*

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION de *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377. Requête rejetée.

*Colin K. Irving et Allan R. Hilton*, pour les requérantes.

*Jean-Yves Bernard et Luc Leblanc*, pour l'intimé.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Cette demande découle des événements résumés dans les passages suivants du mémoire des requérantes:

[TRADUCTION] 1. Le 16 mars 1989, cette Cour a rejeté avec dépens le pourvoi des appelantes et jugé que le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q. 1977,

Elementary and Secondary School Regulations issued thereunder were *intra vires* the Province of Quebec pursuant to section 93 of the *Constitution Act, 1867*.

2. The essential contention of the appellants, shortly stated, was that under the law in force in Quebec at Confederation school commissioners and trustees had the power to determine the curriculum to be followed in schools under their management and that this right, subject to general regulatory power of the government, was protected by section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* and had been prejudicially affected by the impugned regulations.

3. It was common ground that the relevant law in force in Quebec at Confederation was Chapter 15 of the *Consolidated Statutes of Lower Canada* of 1861 . . . .

4. The Court found that the power to determine the content of curriculum vested by law at Confederation with a government agency and that the role of the school commissioners was confined to monitoring and implementing the curriculum set by the "central authority" . . . .

5. The appellants submit respectfully that the two essential findings on the state of the law in force at Confederation are based upon findings of historical fact reached without any reference to the historical record before the Court which findings are demonstrably erroneous when the record is examined. These findings, which were conclusive of the result, were reached *per incuriam* such that a new hearing should be ordered.

In essence the applicants are saying that, when one considers all of the material before the Court, and more particularly certain items brought to its attention at the time of the application, one cannot but make these two findings in a manner favourable to their case. Having found adversely to the applicants, the Court, argue applicants, must have overlooked this material and therefore should rehear the case.

That is an argument that any unsuccessful party could make seeking a rehearing. There is nothing here before us supportive of the fact that the Court misled itself or was misled as regards what was the record before it, the nature of the issues, or the questions to be addressed.

The applicants simply disagree with certain findings and are in effect asking for a rehearing on

chap. I-14 ainsi que les règlements régissant les écoles primaires et secondaires sont *intra vires* de la province suivant l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

2. On peut résumer ainsi la prétention principale des appelantes: en vertu des lois en vigueur au Québec à l'époque de la Confédération, les commissaires et les syndics d'école avaient le pouvoir d'établir le programme d'études dans les écoles dont ils avaient la gestion et ce droit qui, sous réserve des pouvoirs généraux de réglementation du gouvernement, était protégé par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a été entamé par les règlements en cause.

3. Il est admis que la loi applicable au Québec à l'époque de la Confédération est le chapitre 15 des *Statuts Refondus du Bas Canada* de 1861 . . . .

4. La Cour a conclu que le pouvoir d'établir le contenu des programmes a été conféré par les lois en vigueur à l'époque de la Confédération à une agence gouvernementale et que le rôle des commissaires scolaires était limité au contrôle et à la mise en œuvre du programme fixé par «l'autorité centrale» . . . .

5. Les appelantes soutiennent donc respectueusement que les deux conclusions principales sur l'état des lois en vigueur à l'époque de la Confédération sont fondées sur des conclusions de fait historique auxquelles on est parvenu sans se référer au dossier historique produit à la Cour de sorte qu'elles sont visiblement mal fondées quand on se reporte au dossier. Ces conclusions, qui ont emporté le résultat, sont dues à une inadvertance de sorte qu'une nouvelle audition doit être ordonnée.

En substance, les requérantes disent que si on tient compte de toute la documentation soumise à la Cour, et plus particulièrement de certains éléments portés à son attention au moment de la requête, on ne peut que conclure en leur faveur sur ces deux points. Les requérantes plaident que, comme la Cour les a déboutées, elle n'a pas dû tenir compte de ces documents et qu'elle devrait donc ordonner une nouvelle audition.

C'est un argument que toute partie déboutée pourrait faire valoir pour chercher à obtenir une nouvelle audition. On ne nous a rien soumis qui appuie le fait que la Cour s'est fourvoyée ou a été induite en erreur en ce qui concerne la teneur du dossier dont elle était saisie, la nature des questions en litige ou les questions à examiner.

Les requérantes sont simplement en désaccord avec certaines conclusions et demandent en fait

the basis that the decision is *per incuriam* because unreasonable when one has regard to the record.

While it is open to an unsuccessful party to hold such view, when seeking leave to appeal to a higher court, it is not in our view ground for a rehearing.

The application is accordingly dismissed with costs.

*Motion dismissed with costs.*

*Solicitors for the applicants: Colin K. Irving and Allan R. Hilton, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

une nouvelle audition parce que la décision a été rendue par inadvertance vu qu'elle est déraisonnable compte tenu du dossier.

<sup>a</sup> Quoiqu'une partie déboutée puisse défendre ce point de vue quand elle cherche à interjeter appel devant une plus haute instance, ce n'est à notre avis pas un motif de nouvelle audition.

<sup>b</sup> La requête est par conséquent rejetée avec dépens.

*Requête rejetée avec dépens.*

<sup>c</sup> *Procureurs des requérantes: Colin K. Irving et Allan R. Hilton, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

**Susan Nelles** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, John W. Ackroyd, James Crawford, Jack Press and Anthony Warr** *Respondents*

INDEXED AS: NELLES V. ONTARIO

File No.: 19598.

1988: February 29; 1989: August 14.

Present: Dickson C.J. and Beetz\*, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Crown — Immunity — Civil action — Malicious prosecution — Whether Crown, Attorney General and Crown Attorneys are immune from suit for malicious prosecution — Whether a ruling on the issue of prosecutorial immunity should be made on an appeal of a preliminary motion — Proceedings against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rule 126.*

The appellant was charged with the murder of four infants and was discharged on all counts at the conclusion of the preliminary inquiry. She then brought an action against the Crown in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, and several police officers, alleging that the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, counselled, aided and abetted the police in charging and prosecuting her and that the Attorney General and the Crown Attorneys were actuated by malice. Proceedings were later discontinued against the police officers and the Crown Attorneys were not named as defendants. Before trial, the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice on the ground that the pleadings disclosed no reasonable cause of action and, in the alternative, for leave under Rule 124 to set down a point of law raised in the pleadings and to argue it on the return of the motion. The Supreme Court of Ontario allowed the motion and struck out the statement of claim. The Court of Appeal upheld the judgment. Both the Supreme Court of Ontario and the Court of Appeal

\* Beetz, Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

**Susan Nelles** *Appelante*

c.

**Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario, John W. Ackroyd, James Crawford, Jack Press et Anthony Warr** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: NELLES c. ONTARIO

<sup>b</sup> N° du greffe: 19598.

1988: 29 février; 1989: 14 août.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz\*, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

<sup>d</sup> *Couronne — Immunité — Action civile — Poursuites abusives — La Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient-ils d'une immunité contre les actions pour poursuites abusives? — Convient-il de statuer sur la question de l'immunité du poursuivant dans le cadre d'un appel relatif à une requête préliminaire? — Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, règle 126.*

<sup>e</sup> L'appelante, accusée du meurtre de quatre enfants en bas âge, a été acquittée relativement à chacun des chefs d'accusation à l'issue de l'enquête préliminaire. Elle a alors intenté une action contre la Couronne du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario ainsi que plusieurs policiers, alléguant que le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, avaient conseillé à la police de porter des accusations et d'engager des poursuites contre elle et l'avaient aidée et encouragée à le faire, et que le procureur général et les procureurs de la Couronne avaient agi avec malveillance. Il y a eu par la suite désistement de l'action contre les policiers et les procureurs de la Couronne n'ont pas été désignés défendeurs. Avant le procès, les intimés ont demandé par requête, en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario, le rejet de l'action au motif que les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en vertu de la règle 124, la tenue d'une audience afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. La Cour suprême

\* Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

seemed to have acted under Rule 126. This appeal is to determine whether the Crown, the Attorney General and the Crown Attorneys enjoy an absolute immunity from a suit for malicious prosecution.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting in part): The appeal should be dismissed as against the Crown. The appeal should be allowed as against the Attorney General and the matter returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The Crown enjoys absolute immunity from a suit for malicious prosecution. Section 5(6) of the Ontario *Proceedings Against the Crown Act* exempts the Crown from any proceedings in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process. The decision to prosecute is a judicial decision vested in the Attorney General and executed on his behalf by his agents, the Crown Attorneys. The Crown Attorneys and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant came within s. 5(6) of the Act and the Crown is thus immune from liability to the appellant.

*Per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: There is no need for a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity. This issue, disposed of in the courts below upon a pre-trial motion under Rule 124 or Rule 126 of the Ontario Rules of Practice, should be addressed by this Court. The issue has been given careful consideration in the Court of Appeal and in argument before this Court. To send the matter back for trial without resolving the issue would not be expeditious and would add both time and cost to an already lengthy case. The rules of civil procedure should not act as obstacles to a just and expeditious resolution of a case.

The Attorney General and Crown Attorneys are not immune from suits for malicious prosecution. A review of the authorities on the issue of prosecutorial immunity reveals that the matter ultimately boils down to a question of policy. In the interests of public policy, an absolute immunity for the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, is not justified. An absolute immunity has the effect of negating a private right of action and in some cases may bar a remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As such, the existence of absolute immunity is a threat to the

de l'Ontario a accueilli la requête et radié la déclaration, décision qui a été confirmée par la Cour d'appel. La Cour suprême de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario semblent s'être fondées sur la règle 126. Le pourvoi vise à déterminer si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre une action pour poursuites abusives.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie): Le pourvoi est rejeté en ce qui concerne la Couronne. Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le procureur général et l'affaire est renvoyée à la Cour suprême de l'Ontario pour instruction de la réclamation présentée contre le procureur général.

La Couronne jouit d'une immunité absolue contre les actions pour poursuites abusives. Le paragraphe 5(6) de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne* de l'Ontario met la Couronne à l'abri de procédures pour l'action ou l'omission d'une personne qui s'acquitte ou prétend s'acquitter d'une charge de nature judiciaire ou de responsabilités relatives à l'exécution d'actes de procédure judiciaire. La décision d'engager des poursuites est une décision de nature judiciaire qui incombe au procureur général et dont l'exécution relève des procureurs de la Couronne agissant en son nom. La décision des procureurs de la Couronne et du procureur général de poursuivre l'appellante relevait du par. 5(6) de la Loi et la Couronne bénéficie d'une immunité à l'égard de toute responsabilité envers l'appellante.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Il n'est pas nécessaire d'avoir une instruction pour statuer sur la question de l'immunité du poursuivant. La Cour doit traiter de cette question que les juridictions inférieures ont tranchée sur requête préliminaire en se fondant sur la règle 124 ou la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario. La question a été examinée soigneusement en Cour d'appel et au cours des débats devant notre Cour. Renvoyer l'affaire à l'instruction sans résoudre la question serait peu expéditif, prolongerait des procédures déjà longues et ajouterait à leur coût. Les règles de procédure civile ne devraient pas faire obstacle au règlement juste et expéditif d'un litige.

Le procureur général et les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d'une immunité absolue relativement aux actions pour poursuites abusives. Il ressort de l'examen de la jurisprudence sur la question de l'immunité du poursuivant qu'il s'agit en définitive d'une question d'intérêt public. Une immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne qui le représentent n'est pas justifiée par l'intérêt public. L'immunité absolue entraîne la négation d'un droit privé d'action et, dans certains cas, peut rendre impossible un recours fondé sur la *Charte canadienne des droits et*

individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted. While the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit, these considerations must give way to the right of a private citizen to seek a remedy when the prosecutor acts maliciously in fraud of his duties with the result that he causes damage to the victim. The tort of malicious prosecution requires not only proof of an absence of reasonable and probable cause for commencing the proceedings but also proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys. The inherent difficulty in proving a case of malicious prosecution combined with the mechanisms available within the system of civil procedure to weed out meritless claims is sufficient to ensure that the Attorney General and Crown Attorneys will not be hindered in the proper execution of their important public duties. Finally, attempts to qualify prosecutorial immunity in the United States by the so-called functional approach and its many variations have proven to be unsuccessful.

*Per La Forest J.:* The common law position as set out by Lamer J. is accepted. The *Charter* implications need not be considered.

*Per McIntyre J.:* The state of the law relating to the immunity of the Attorney General is far from clear and a ruling on a point of this importance should not be made on an appeal of a preliminary motion. Before laying down any proposition to the effect that the Attorney General and his agents enjoy absolute immunity from civil suit, there should be a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity and to provide—in the event that it is decided that the immunity is not absolute—a factual basis for a determination of whether or not in this case the conduct of the prosecution was such that the appellant is entitled to a remedy.

Furthermore, the Attorney General's immunity from judicial review, which is based on the exercise of a judicial function, does not equate with immunity from civil suit for damages for wrongful conduct in the performance of prosecutorial functions which do not involve the exercise of a judicial function. Indeed, most of the functions and acts performed by Crown Attorneys as agents of the Attorney General would fall into this category and, accordingly, the immunity may not extend

*libertés.* L'existence d'une immunité absolue menace donc les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement. Quoique les considérations d'intérêt public invoquées en faveur de l'immunité absolue aient une certaine légitimité, ces considérations doivent céder le pas au droit d'un particulier de chercher à obtenir une réparation quand il subit un préjudice du fait que le poursuivant a agi avec malveillance dans l'exercice abusif de ses fonctions. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, on doit prouver non seulement l'absence de motif raisonnable et probable d'engager les poursuites, mais aussi l'existence d'un but ou motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et de ses représentants, les procureurs de la Couronne. La difficulté à faire la preuve de poursuites abusives ainsi que les mécanismes existant dans le système de procédure civile qui permettent d'écarter les actions non fondées suffisent pour que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne soient pas entravés dans l'exécution efficace de leurs importantes charges publiques. Finalement, les tentatives américaines de limiter l'immunité du poursuivant par le recours à ce qu'on appelle l'approche fonctionnelle et aux nombreuses variantes de cette approche ont échoué.

*Le juge La Forest:* Les motifs du juge Lamer en ce qui concerne la *common law* sont adoptés. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet de la *Charte*.

*Le juge McIntyre:* L'état du droit à l'égard de l'immunité conférée au procureur général est loin d'être clair, et on ne devrait pas statuer sur une question aussi importante dans le cadre d'un appel d'une exception préliminaire. Avant d'énoncer en principe que le procureur général et ses représentants jouissent d'une immunité absolue contre les actions civiles, il doit y avoir un procès pour trancher la question de l'immunité du poursuivant et, s'il est décidé que l'immunité n'est pas absolue, pour fournir le fondement factuel permettant de déterminer si, en l'espèce, la poursuite a été menée de façon telle que l'appelante est en droit d'obtenir réparation.

De plus, l'immunité du procureur général à l'égard du contrôle judiciaire, fondée sur l'exercice d'une fonction judiciaire, n'équivaut pas à une immunité de responsabilité civile pour les dommages résultant d'un acte fautif commis dans l'accomplissement de fonctions de poursuivant ne comportant pas l'exercice d'une fonction judiciaire. En fait, la plupart des fonctions et des actes qu'exécutent les procureurs de la Couronne à titre de mandataires du procureur général relèveraient de cette

to claims for damages as a result of a prosecution, however instituted, that is carried out with malice. A ruling on a preliminary motion to the effect that Attorneys General and their agents are absolutely immune from all liability for suits for malicious prosecution may be too expansive and even ill-founded.

This case, therefore, should not have been disposed of upon a pre-trial motion under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice. Under that rule, it is only in the clearest of cases that an action should be struck out. This is not such a case.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part):* Appellant's action is completely dependent upon whether or not Attorneys General and Crown Attorneys are immune from civil suit and, as such, the matter can and should be decided by this Court in the present appeal. While, in general, important questions should not be disposed of in interlocutory fashion, this rule does not apply where the defence offered at the outset is one of law only—namely, that the right of action is barred independently of the facts alleged. There is every advantage, in terms of saving the time and cost of a trial, to decide a question of law at the outset. This, in fact, is the very reason for the existence of Rule 126 of the Ontario Rules of Practice.

Adopting the reasons of the Ontario Court of Appeal, the Attorneys General and Crown Attorneys enjoy an absolute immunity from civil suit when they are acting within the bounds of their authority. The role of absolute immunity is not to protect the interests of the individual holding the office but rather to advance the greater public good. The Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them and their freedom of action is vital to the effective functioning of our criminal justice system.

#### Cases Cited

By Lamer J.

**Considered:** *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); **referred to:** *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T.

catégorie et, en conséquence, il est possible que l'immunité ne s'étende pas aux demandes de dommages-intérêts résultant d'une poursuite menée avec malveillance, quelle que soit la façon dont elle a été engagée. Une décision rendue sur une exception préliminaire et portant que les procureurs généraux et leurs mandataires sont à l'abri de toute responsabilité en matière de poursuites abusives pourrait donc être trop large et peut-être même mal fondée.

Par conséquent, la présente affaire n'aurait pas dû être tranchée sur une requête préliminaire présentée en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario. Ce n'est que dans les cas les plus évidents que des actions sont radiées en application de cette règle. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie):* Le sort de l'action de l'appelante dépend entièrement de la réponse à la question de savoir si les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre les poursuites civiles. Une telle question peut et doit être résolue par notre Cour dans le présent pourvoi. Quoique, d'une manière générale, d'importantes questions ne devraient pas être décidées à l'occasion de requêtes interlocutoires, cette règle ne s'applique pas dans les cas où la défense est fondée uniquement sur un point de droit, savoir que le droit d'action n'existe pas, quels que soient les faits allégués. Il y a tout avantage, en termes de temps et de coût, de trancher une question de droit *in limine litis*. C'est précisément d'ailleurs la raison d'être de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario.

Les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario sont adoptés; les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne bénéficient d'une immunité absolue contre les poursuites civiles quand ils agissent dans les limites de leurs pouvoirs. L'immunité absolue a pour but non pas de protéger l'individu qui détient la charge en question, mais plutôt d'assurer le plus grand bien du public. Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant à l'opportunité de poursuivre dans des affaires qui leur sont soumises, et leur liberté d'action est vitale pour assurer le fonctionnement efficace de notre système de justice criminelle.

#### i Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

**Arrêt examiné:** *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); **arrêts mentionnés:** *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 87; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T.



93; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (1980); *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (1980), cert. denied, 450 U.S. 913 (1981); *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (1981); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429.

By McIntyre J.

**Referred to:** *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), aff'd (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27; *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Barrisove v. McDonald*, B.C.C.A., No. 490/74, November 1, 1974.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926).

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11, 24(1).  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 94.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 122, 139(2), (3), 465(1)(b), 504, 579(1) [rep. & subs. c. 27 (1st Supp.), s. 117], 737.  
*Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1980, c. 107.  
*Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1980, c. 271.  
*Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393, ss. 2(2)(d), 5(2) to (6).  
*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, Rules 1.04(1), 20, 21.01.

93; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (1980); *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (1980), cert. refusé, 450 U.S. 913 (1981); *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (1981); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370; *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429.

Citée par le juge McIntyre

**Arrêts mentionnés:** *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), conf. (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 87; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27; *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Barrisove v. McDonald*, C.A.C.-B., n<sup>o</sup> 490/74, 1<sup>er</sup> novembre 1974.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 122, 139(2), (3), 465(1)(b), 504, 579(1) [abr. & rempl. chap. 27 (1<sup>er</sup> supp.), art. 117], 737.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, art. 94.  
*Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1980, chap. 271.  
*Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 2(2)(d), 5(2) à (6).  
*Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 107.  
*Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, règles 1.04(1), 20, 21.01.

Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rules 124, 126.

#### Authors Cited

- Béliveau, Pierre and Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Translated by Josef Muskatel. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
- Edwards, John Ll. J. *The Attorney General, Politics and the Public Interest*. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Filosa, John C. "Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes," [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.
- Luppino, Anthony J. "Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity" (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487.
- Manning, Morris. "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571.
- Note, "Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits" (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173.
- Pilkington, Marilyn L. "Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), 62 *Can. Bar. Rev.* 517.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 51 O.R. (2d) 513, 21 D.L.R. (4th) 103, 16 C.R.R. 320, 1 C.P.C. (2d) 113, affirming an order of Fitzpatrick J. granting respondents' application to strike out appellant's statement of claim and dismissing her action. Appeal dismissed as against the Crown and appeal allowed as against the Attorney General, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part.

*John Sopinka, Q.C.*, and *David Brown*, for the appellant.

*T. C. Marshall, Q.C.*, and *L. A. Hunter*, for the respondents.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—I have read the reasons for judgment of my colleague McIntyre J. and I agree with his disposition of the appeal but I do so for somewhat different reasons. McIntyre J. in his reasons for judgment concludes that there must be a trial to permit a conclusion on the question of

Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, règles 124, 126.

#### Doctrine citée

- Béliveau, Pierre et Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*, t. 1. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981.
- Edwards, John Ll. J. *The Attorney General, Politics and the Public Interest*. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Filosa, John C. «Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes,» [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.
- Luppino, Anthony J. «Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity» (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487.
- Manning, Morris. «Abuse of Power by Crown Attorneys,» [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571.
- Note, «Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits» (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173.
- Pilkington, Marilyn L. «Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), 62 *R. du B. can.* 517.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, 21 D.L.R. (4th) 103, 16 C.R.R. 320, 1 C.P.C. (2d) 113, qui a confirmé une ordonnance du juge Fitzpatrick qui faisait droit à la requête des intimés en radiation de la déclaration de l'appelante et qui rejetait sa demande. Pourvoi rejeté en ce qui concerne la Couronne et accueilli en ce qui concerne le procureur général, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie.

*John Sopinka, c.r.*, et *David Brown*, pour l'appelante.

*T. C. Marshall, c.r.*, et *L. A. Hunter*, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge McIntyre et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la même façon que lui, mais pour des motifs un peu différents. Le juge McIntyre conclut qu'il doit y avoir un procès pour qu'il soit possible de statuer sur la question de l'immu-

prosecutorial immunity. I am in respectful disagreement with him in this regard. I am of the opinion that the question of immunity should be addressed by this Court in this case, and that nothing prevents the Court from so doing. I set out the relevant rules of the Ontario Rules of Practice as they were at the time of the case for ease of reference:

**124.** Either party is entitled to raise by his pleadings any point of law, and by consent of the parties or by leave of a judge, the point of law may be set down for hearing at any time before the trial, otherwise it shall be disposed of at the trial.

**126.** A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in the case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

As McIntyre J. points out the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 on the ground that the pleadings disclosed no reasonable cause of action and, in the alternative, for leave under Rule 124 to set down a point of law raised in the pleadings and to argue the same on the return of the motion. Both Fitzpatrick J. of the Supreme Court of Ontario and the Court of Appeal for Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, in allowing the motion to strike out the statement of claim, seemed to have acted under Rule 126.

A review of the cases dealing with the application of Rule 124 and Rule 126 reveals the following. The difference between the two rules lies in the summary nature of Rule 126 as opposed to the more detailed consideration of issues under Rule 124. A court should strike a pleading under Rule 126 only in plain and obvious cases where the pleading is bad beyond argument. Rule 124 is designed to provide a means of determining, without deciding the issues of fact raised by the pleadings, a question of law that goes to the root of the action. I would like to point out that what is at issue here is not whether malicious prosecution is a reasonable cause of action. A suit for malicious

nité du poursuivant. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec lui sur ce point. J'estime en effet que cette Cour doit traiter de la question de l'immunité dans cette affaire et que rien ne l'en empêche. Par souci de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes des Rules of Practice de l'Ontario, telles qu'elles étaient rédigées à l'époque en cause:

[TRADUCTION] **124.** Toute partie peut, dans un acte de procédure, soulever une question de droit et, avec le consentement des parties ou l'autorisation de la Cour, la question de droit ainsi soulevée peut faire l'objet d'une audition en tout temps avant l'instruction, sinon elle est décidée au cours de l'instruction.

**126.** Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou réponse. En pareil cas ou dans le cas d'une action ou d'une défense jugée futile ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

Comme le signale le juge McIntyre, les intimés ont demandé par requête le rejet de l'action en vertu de la règle 126 pour le motif que les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en vertu de la règle 124, la tenue d'une audience afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. Le juge Fitzpatrick de la Cour suprême de l'Ontario, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, semblent s'être fondés sur la règle 126 pour accueillir la requête en radiation de la déclaration.

Voici ce qui se dégage de la jurisprudence portant sur l'application des règles 124 et 126. Elles-ci diffèrent l'une de l'autre car la règle 126 prévoit une procédure sommaire alors que la règle 124 permet un examen plus approfondi des questions soulevées. Un tribunal ne doit radier un acte de procédure en vertu de la règle 126 que dans des cas très clairs où l'acte de procédure est incontestablement vicié. La règle 124 est destinée à fournir un moyen de trancher une question de droit qui touche à la base même de l'action sans se prononcer sur les questions de fait soulevées par les actes de procédure. Je tiens à souligner que la question qui se pose ici n'est pas de savoir si des poursuites

prosecution has been recognized at common law for centuries dating back to the reign of Edward I. What is at issue is whether the Crown, Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from suit for the well-established tort of malicious prosecution. This particular issue has been given careful consideration both by the Court of Appeal and in argument before this Court. The Court of Appeal for Ontario undertook a thorough review of authorities in the course of a lengthy discussion of arguments on both sides of the issue. As such it matters not in my view whether the matter was disposed of under Rule 124 or 126. To send this matter back for trial without resolving the issue of prosecutorial immunity would not be expeditious and would add both time and cost to an already lengthy case.

Furthermore I am of the view that the rules of civil procedure should not act as obstacles to a just and expeditious resolution of a case. Rule 1.04(1) of the Rules of Civil Procedure in Ontario confirms this principle in stating that “[t]hese rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits.”

In terms of whether the Crown enjoys absolute immunity from a suit for malicious prosecution, McIntyre J. concludes that s. 5(6) of the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393, exempts the Crown from any proceedings in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process. I am of the opinion that McIntyre J. was correct in holding that the Crown is rendered immune from liability by the express terms of s. 5(6) of the Act, for the action by the Crown Attorney and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant. I would like to point out, however, that for the reasons set out below, I am of the view that a functional approach to prosecutorial immunity at common law is inadequate.

abusives constituent une cause raisonnable d'action, car l'existence d'une action pour poursuites abusives est reconnue en *common law* depuis des siècles, depuis le règne d'Édouard I<sup>er</sup>. La question est plutôt de savoir si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient d'une immunité absolue contre toute action fondée sur le délit civil bien établi de poursuites abusives. Cette question a été examinée soigneusement en l'espèce tant par la Cour d'appel qu'au cours des débats devant notre Cour. La Cour d'appel de l'Ontario a fait une revue exhaustive de la jurisprudence dans le cadre d'une longue analyse des arguments opposés. Il importe peu, selon moi, qu'on ait eu recours à la règle 124 ou à la règle 126 pour trancher la question. Toutefois, renvoyer l'affaire à l'instruction sans résoudre la question de l'immunité du poursuivant serait peu expéditif, prolongerait des procédures déjà longues et ajouterait à leur coût.

J'estime en outre que les règles de procédure civile ne devraient pas faire obstacle au règlement juste et expéditif d'un litige. Ce principe est confirmé par le par. 1.04(1) des Règles de procédure civile de l'Ontario qui porte: «Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.»

Sur la question de savoir si la Couronne jouit d'une immunité absolue contre des actions pour poursuites abusives, le juge McIntyre conclut que le par. 5(6) de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 393, met la Couronne à l'abri de procédures pour l'action ou l'omission d'une personne qui s'acquitte ou prétend s'acquitter d'une charge de nature judiciaire ou de responsabilités relatives à l'exécution d'actes de procédure judiciaire. Je suis d'avis que le juge McIntyre a raison de conclure que la Couronne bénéficie de l'immunité du fait des termes exprimés du par. 5(6) de la Loi, pour la décision prise par le procureur de la Couronne et le procureur général de poursuivre l'appelante. Je tiens à signaler cependant que, pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis qu'il n'est pas approprié d'adopter une approche fonctionnelle en ce qui concerne

quate. In this case the applicable legislation requires the Court to draw a distinction between prosecutorial functions in so far as Crown immunity under s. 5(6) is not available unless the function is "judicial" in nature. Therefore, although I agree with McIntyre J. that in this case the decision to prosecute is a "judicial" function for the purposes of s. 5(6), I hasten to add that in dealing with the policy considerations governing the availability of absolute immunity at common law for the Attorney General and Crown Attorneys the functional approach is not the proper test. In addition it should be noted that the constitutionality of the section was not an issue and was not addressed by counsel in this appeal. As such this issue is not before this Court, and therefore the constitutionality of s. 5(6) of the Act is still an open question.

Consequently, the remaining issue at hand is whether the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, are absolutely immune from civil liability in a suit for malicious prosecution. In resolving this question, a brief review of the situation prevailing in a few jurisdictions could be helpful and useful. While McIntyre J. in his reasons provides a detailed review of the authorities, I would like to add some further observations.

### I. Different Approaches to Immunity

The situation in Canada is unclear and does not seem to be uniform throughout the country.

#### 1. *Absolute Immunity—the Ontario Position*

The Ontario Court of Appeal in the case at bar found that an absolute immunity exists, and in reaching this conclusion relied extensively on the decision by the Supreme Court of the United States in *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976). The Court of Appeal found the idea of an absolute immunity "troubling" but determined that it was justified by the following policy concerns. First, the rule encourages public trust in the fairness and impartiality of those who act and exercise discretion in the bringing and conducting

l'immunité du poursuivant en *common law*. En l'espèce, la législation applicable oblige la Cour à faire une distinction entre les fonctions de poursuivant dans la mesure où l'immunité de la Couronne en vertu du par. 5(6) ne vaut que lorsque la fonction en cause est de nature «judiciaire». En conséquence, bien que je sois d'accord avec le juge McIntyre pour dire qu'en l'espèce, la décision de poursuivre est une fonction «judiciaire» aux fins du par. 5(6), je m'empresse d'ajouter que, pour ce qui est des considérations de principe qui régissent l'existence d'une immunité absolue en *common law* pour le procureur général et les procureurs de la Couronne, l'approche fonctionnelle ne fournit pas les critères appropriés. Notons de plus que la question de la constitutionnalité de ce paragraphe n'est pas en cause et n'a pas été abordée par les avocats dans le présent pourvoi. Comme la Cour n'est pas saisie de la question de la constitutionnalité du par. 5(6) de la Loi, cette question demeure entière.

Reste donc la question de savoir si le procureur général et les procureurs de la Couronne qui le représentent jouissent d'une immunité absolue contre la responsabilité civile dans le cas d'une action pour poursuites abusives. Pour trancher cette question, il pourrait être utile d'examiner brièvement la situation dans quelques autres ressorts. Quoique le juge McIntyre fasse dans ses motifs une étude approfondie de la jurisprudence, je souhaite y ajouter quelques observations.

#### g I. Les différentes positions relatives à l'immunité

La situation au Canada est incertaine et il ne semble pas y avoir d'uniformité.

#### h 1. *L'immunité absolue—la position ontarienne*

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu en l'espèce à l'existence d'une immunité absolue, conclusion fondée dans une grande mesure sur l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), de la Cour suprême des États-Unis. Bien qu'elle ait trouvé «inquiétante» l'idée d'une immunité absolue, la Cour d'appel a jugé qu'elle se justifiait par les considérations d'intérêt public énumérées ci-après. En premier lieu, la règle favorise la confiance du public dans l'équité et l'impartialité de ceux qui agissent et qui exercent le pouvoir discrétionnaire

of criminal prosecution; the rule is designed for the benefit of the public not the benefit of the individual prosecutor. Second, the threat of personal liability for tortious conduct would have a chilling effect on the prosecutor's exercise of discretion and third, to permit civil suits against prosecutors would invite a flood of litigation which would deflect a prosecutor's energies from the discharge of his public duties. In short, the absence of an absolute immunity would open the door to unmeritorious claims and would be a threat to prosecutorial independence. The Court also relied on two decisions of the Ontario High Court, *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 and *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559. Both these decisions rely extensively on the American position as found in *Imbler, supra*. The case law in Ontario therefore, uniformly stands for the proposition that the Attorney General and Crown Attorneys enjoy absolute immunity from civil liability for malicious prosecution. Outside of Ontario, the issue is somewhat more ambiguous.

## 2. Elsewhere in Canada—Absolute Immunity Questioned

In *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87, the New Brunswick Court of Appeal held on the authority of the Ontario cases, especially the case at bar, that an absolute immunity shielded a provincial Crown prosecutor from suit for malicious prosecution. By contrast the appellate courts of Nova Scotia and Alberta have cast some doubts on the existence of an absolute immunity. First, in *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (N.S.C.A.), the Crown was sued as being vicariously liable for the action of a residential tenancy officer. Hart J.A. held that while the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, c. 239, might absolve the provincial Crown from civil liability, a Crown servant could still be personally liable for misconduct. In the course of his decision

d'intenter et de conduire des poursuites criminelles; la règle est conçue pour le bénéfice du public et non celui du poursuivant. En deuxième lieu, le risque de voir engager sa responsabilité personnelle pour une conduite délictuelle découragerait le poursuivant d'exercer son pouvoir discrétionnaire. En troisième lieu, permettre des actions civiles contre les poursuivants serait une invitation à une avalanche de litiges qui détourneraient les poursuivants de l'exécution de leurs fonctions publiques. En bref, l'absence d'une immunité absolue ouvrirait la voie à des demandes non fondées et menacerait l'indépendance de la poursuite. La Cour d'appel s'est fondée en outre sur deux décisions de la Haute Cour de l'Ontario: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 et *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559. L'une et l'autre s'inspirent en grande partie de la position américaine énoncée dans l'arrêt *Imbler*, précité. La jurisprudence ontarienne établit donc sans exception que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre la responsabilité civile pour poursuites abusives. Hors de l'Ontario, la situation est moins claire.

## 2. Ailleurs au Canada—l'immunité absolue mise en doute

Dans l'affaire *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 87, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est appuyée sur la jurisprudence ontarienne, et notamment sur la présente cause, pour conclure qu'il y avait une immunité absolue mettant un avocat de la Couronne provinciale à l'abri d'une action pour poursuites abusives. Les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta, par contre, ont soulevé des doutes quant à l'existence d'une immunité absolue. Premièrement, dans l'affaire *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (C.A.N.-É.), on a introduit contre la Couronne une instance alléguant sa responsabilité du fait d'un fonctionnaire de la commission de la location résidentielle. Le juge Hart a décidé que, si la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 239, pouvait dégager la Couronne provinciale de la responsabilité civile, il était encore possible qu'un préposé de la Couronne soit personnellement responsable de sa propre incon-

Hart J.A. considered the Ontario decisions especially that of Galligan J. in *Richman, supra* (at p. 110):

I am not prepared to go as far as Galligan J. in holding that an officer of the Crown cannot be liable for a proceeding commenced maliciously, but it is not necessary to consider that issue at the moment. I do not believe that in the case at bar it can be said that the respondent in laying the information against the appellant was in fact carrying out a judicial function similar to those carried out by Attorneys General and prosecutors.

In *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270, a Crown prosecutor was sued for alleged misconduct in the preferment of a charge of tax evasion, a charge on which the accused was acquitted. Kerans J.A. speaking for the Alberta Court of Appeal assumes throughout that a suit for malicious prosecution is possible and disposes of the case on the ground that there had been "reasonable and probable cause" to initiate the prosecution. The case was dismissed pursuant to Rule 129 of the Alberta Rules of Civil Procedure, a rule similar to the old Ontario Rule 126. In this context Kerans J.A. said the following (at p. 276):

The rule upon which I rely has much to commend it. It falls short of the absolute immunity suggested by Major and accepted by the Supreme Court of the United States in *Imbler v. Pachtman* . . . but offers some protection from the harassment which he says would otherwise afflict prosecuting counsel because suit would not be permitted to proceed if utterly without merit. It would indeed be a curious thing if we chose a stern immunity rule in preference to an effective striking-out rule.

Further support for the view that Kerans J.A. is not inclined to accept the existence of an absolute immunity for prosecutors can be found in the following statements (at pp. 277 and 286):

I will assume, for the sake of argument, that, if counsel, with malice, continues a prosecution he once thought sound but now knows is unsound, he may be sued.

duite. Dans ses motifs, le juge Hart a examiné la jurisprudence ontarienne et surtout la décision du juge Galligan dans l'affaire *Richman*, précitée (à la p. 110):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à aller aussi loin que le juge Galligan en statuant qu'un fonctionnaire de la Couronne ne peut être tenu responsable d'une poursuite engagée avec malveillance, encore qu'il n'y ait pas lieu d'examiner cette question pour le moment. En <sup>b</sup> l'espèce, je ne crois pas qu'on puisse dire qu'en faisant une dénonciation contre l'appelant, l'intimée exerçait dans les faits une fonction judiciaire analogue à celle qu'exercent les procureurs généraux et les poursuivants.

<sup>c</sup> Dans l'affaire *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270, un procureur de la Couronne était poursuivi pour inconduite en raison d'une accusation de fraude fiscale portée contre un accusé, qui en avait été acquitté par la suite. Le <sup>d</sup> juge Kerans, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, a tenu pour acquis qu'il était possible d'intenter une action pour poursuites abusives, mais a tranché le litige en disant qu'on avait eu [TRADUCTION] «des motifs raisonnables et probables» d'engager les poursuites. L'action a donc été rejetée en vertu de la règle 129 des Rules of Civil Procedure de l'Alberta, laquelle ressemble à l'ancienne règle 126 de l'Ontario. Le juge Kerans dit dans ce <sup>e</sup> <sup>f</sup> contexte (à la p. 276):

[TRADUCTION] La règle sur laquelle je me fonde est recommandable. Sans accorder l'immunité absolue proposée par Major et retenue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, [. . .] elle <sup>g</sup> offre une certaine protection contre le harcèlement auquel les avocats poursuivants seraient autrement exposés, parce qu'on ne pourrait pas aller de l'avant avec une action non fondée. Il paraîtrait étrange de choisir une stricte règle d'immunité de préférence à une règle <sup>h</sup> efficace permettant la radiation.

Que le juge Kerans soit peu disposé à accepter l'existence d'une immunité absolue pour les poursuivants se dégage également des extraits suivants (aux pp. 277 et 286):

<sup>i</sup> [TRADUCTION] Supposons pour les fins de la discussion que, si un avocat continue, avec une intention malveillante, des poursuites qu'auparavant il a cru justifiées et <sup>j</sup> sait maintenant injustifiées, il peut lui-même être poursuivi.

Counsel for the Attorney General who acts as his agent in the prosecution of a criminal case is not accountable in civil proceedings to the accused except possibly to the extent that it is alleged against him that he has not acted in good faith, and to that extent the allegation falls within the nominative tort of malicious prosecution . . . [Emphasis added.]

Therefore the Canadian position ranges from a strong assertion of absolute immunity in Ontario to an acceptance of the possibility of suing the Attorney General and Crown Attorneys if bad faith or malice can be proven as evidenced by the cases from Nova Scotia and Alberta. The situation in Quebec differs in that since 1966 the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, specifically provides for claims against the Crown in the following terms:

94. Any person having a claim to exercise against the Crown, whether it be a revendication of moveable or immoveable property, or a claim for the payment of moneys on an alleged contract, or for damages, or otherwise, may exercise it in the same manner as if it were a claim against a person of full age and capacity, subject only to the provisions of this chapter.

No provisions in this chapter prevent a suit for malicious prosecution against the Crown. However, the substantive issue of immunity of Crown prosecutors has not been finally determined.

### 3. *Immunity in the United States*

A consideration of the position in respect of prosecutorial immunity in the United States is vital both because it is relied extensively upon by the Court of Appeal in the case at bar, and because it has been the source of a healthy debate in courts and among academics in that country. This position is furthermore interesting since a variety of approaches have been proposed and many critical comments have been made.

#### i) The Functional Approach—Imbler v. Pachtman: "The Powell Judgment"

In 1972 Paul Imbler filed a claim under 42 U.S.C. § 1983 alleging that the prosecutor and various members of the police force conspired to

Le substitut du procureur général, qui agit au nom de ce dernier dans des poursuites criminelles, n'est pas comptable à l'accusé dans un recours civil, sauf peut-être dans la mesure où il y a allégation de mauvaise foi dans l'exercice de ses fonctions, savoir l'équivalent du délit civil nommé de poursuites abusives . . . [Je souligne.]

La position canadienne varie donc entre une reconnaissance non équivoque de l'immunité absolue, en Ontario, et l'acceptation de la possibilité de poursuivre le procureur général et les procureurs de la Couronne si on peut prouver qu'il y a eu mauvaise foi ou malveillance de leur part, selon les décisions de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta. Dans le cas du Québec, la situation est tout à fait différente en ce que, depuis 1966, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, prévoit spécifiquement les recours contre la Couronne de la manière suivante:

94. Toute personne ayant un recours à exercer contre la Couronne, que ce soit la revendication de biens meubles ou immeubles, ou une réclamation en paiement de deniers en raison d'un contrat allégué, ou pour dommages, ou autrement, peut l'exercer de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable, sous réserve seulement des dispositions du présent chapitre.

Aucune disposition du chapitre en question n'interdit d'actionner la Couronne pour poursuites abusives. Cependant, la question de fond de l'immunité des procureurs de la Couronne n'a pas été définitivement tranchée.

### § 3. *L'immunité aux États-Unis*

Il importe au premier chef d'examiner la position américaine relativement à l'immunité du poursuivant parce que c'est en grande partie sur elle que s'est appuyée la Cour d'appel en l'espèce et aussi parce qu'elle a suscité une saine discussion devant les tribunaux et dans la doctrine aux États-Unis. Cette position a d'ailleurs ceci d'intéressant que plusieurs approches ont été proposées et de nombreuses critiques formulées à son égard.

#### i) L'approche fonctionnelle—Imbler v. Pachtman: «Les motifs du juge Powell»

En 1972, Paul Imbler a présenté une demande en vertu de 42 U.S.C. § 1983 dans laquelle il reprochait au poursuivant et à plusieurs policiers



cause him loss of liberty by allowing a witness to give false testimony, suppressing evidence, prosecuting with knowledge of an exculpatory lie-detector test and introducing an altered police artist's sketch. Section 1983 of the *Civil Rights Act* creates a federal damage action against anyone who acts under colour of state law to deprive a person of his civil rights as protected by the U.S. Constitution. Powell J., speaking for five members of the Supreme Court, held that a prosecutor is absolutely immune from s. 1983 actions when the actions arise out of the prosecutor's initiation of prosecution and presentation of the State's case. In addition, the Court seemed to suggest that absolute immunity also attached to activities that "were intimately associated with the judicial phase of the criminal process" (p. 430). The Court then adopted what has become known as the "functional approach" of prosecutorial immunity.

The *Imbler* decision recognizes that prosecutors perform many functions in the course of fulfilling their duties, among them being the decision to initiate a prosecution, which witnesses to call, what other evidence to present, and obtaining, reviewing and evaluating evidence. The Court accepts that drawing a line between these functions is a difficult task but concludes that prosecutorial functions of a quasi-judicial or advocatory nature should be afforded absolute immunity. The Court refused to comment on whether a similar immunity attaches to what it called the "administrative" or "investigative" role of the prosecutor. In the course of justifying its position, the Court noted that the same policy considerations that afford absolute immunity to judges acting within the scope of their duties support a prosecutor's common law absolute immunity. The Court simply extended that line of reasoning to s. 1983 claims.

d'avoir comploté en vue de le priver de sa liberté en permettant à un témoin de donner un faux témoignage, en supprimant des éléments de preuve, en engageant des poursuites, tout en sachant que le résultat d'un test au détecteur de mensonges le disculpait, et en produisant en preuve un portrait-robot altéré. L'article 1983 de la *Civil Rights Act* prévoit une action fédérale en dommages-intérêts pouvant être exercée contre quiconque s'autorise d'une loi d'un État pour priver une personne des droits que lui garantit la Constitution des États-Unis. Le juge Powell, parlant au nom de cinq membres de la Cour suprême, a dit qu'un poursuivant bénéficie d'une immunité absolue contre des actions fondées sur l'art. 1983 lorsque celles-ci découlent de l'introduction des poursuites et de la présentation de la preuve de l'État par le poursuivant. De plus, la cour semble avoir reconnu également l'existence d'une immunité absolue à l'égard des activités [TRADUCTION] «intimement liées à la phase judiciaire du processus criminel» (p. 430). La cour a ensuite adopté relativement à l'immunité du poursuivant ce qu'on appelle «l'approche fonctionnelle».

L'arrêt *Imbler* reconnaît qu'en s'acquittant de leurs fonctions, les poursuivants accomplissent un grand nombre de tâches, dont décider d'engager des poursuites, quels témoins citer et quelles autres preuves produire, ainsi qu'obtenir, examiner et apprécier des éléments de preuve. La cour convient qu'il est difficile de tracer une ligne de démarcation entre ces fonctions, mais conclut qu'il devrait y avoir une immunité absolue dans le cas des fonctions du poursuivant qui revêtent un caractère quasi judiciaire ou qui tiennent du rôle d'un avocat. Elle a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le poursuivant jouit d'une immunité semblable dans son rôle «administratif» ou «d'enquêteur». Pour justifier ce point de vue, la cour fait remarquer que les raisons de principe qui justifient l'immunité absolue accordée aux juges agissant dans les limites de leurs fonctions fondent également l'immunité absolue des poursuivants en *common law*. La cour a simplement appliqué ce raisonnement aux demandes fondées sur l'art. 1983.

The policy considerations canvassed by the Court are familiar ones and can be summarized as follows:

#### 1. Public Confidence

“The public trust of the prosecutor’s office would suffer if he were constrained in making every decision by the consequences in terms of his own potential liability in a suit for damages.”

#### 2. Diversion from Duties

“... if the prosecutor could be made to answer in court each time such a person charged him with wrongdoing, his energy and attention would be diverted from the pressing duty of enforcing the criminal law.”

#### 3. Balancing of Evils

“... we find ourselves in agreement with Judge Learned Hand, who wrote of the prosecutor’s immunity from actions for malicious prosecution:

“... it has been thought in the end better to leave unredressed the wrongs done by dishonest officers than to subject those who try to do their duty to the constant dread of retaliation.” *Gregoire v. Biddle*, 177 F. (2d) 579, 581 (CA2 1949) cert. denied, 339 U.S. 949 (1950).”

#### 4. Other Available Remedies

“Even judges ... could be punished criminally for willful deprivations of constitutional rights ... The prosecutor would fare no better for his willful acts ... Moreover, a prosecutor stands perhaps unique, among officials whose acts could deprive persons of constitutional rights, in his amenability to professional discipline by an association of his peers.”

(*Imbler, supra*, at pp. 424-29)

Therefore, Powell J. affirmed the judgment of the Court of Appeal for the Ninth Circuit and held that a prosecutor is absolutely immune from suit in initiating a prosecution and in presenting the State’s case.

Les raisons de principe analysées par la cour sont bien connues et peuvent se résumer ainsi:

#### <sup>a</sup> 1. La confiance du public

[TRADUCTION] «La confiance du public dans les poursuitants serait diminuée si ces derniers se voyaient soumis à des contraintes chaque fois qu’ils prennent une décision, en raison de la possibilité de poursuites en dommages-intérêts.»

#### 2. Le détournement des fonctions

<sup>c</sup> [TRADUCTION] «... si le poursuivant pouvait être actionné chaque fois qu’une telle personne l’accusait d’inconduite, ses efforts et son attention seraient détournés de la tâche importante qu’est l’application du droit criminel.»

#### <sup>d</sup> 3. Le choix entre deux maux

[TRADUCTION] «... nous partageons l’avis du juge Learned Hand, qui a écrit au sujet de l’immunité du poursuivant contre les actions pour poursuites abusives:

<sup>e</sup> «on a finalement jugé préférable de laisser sans recours les fautes que peuvent commettre des fonctionnaires malhonnêtes plutôt que d’exposer ceux qui s’efforcent d’accomplir leur devoir à la menace constante de représailles». *Gregoire v. Biddle*, 177 F. (2d) 579, 581 (CA2 1949) cert. refusé; 339 U.S. 949 (1950).»

#### 4. Les autres recours possibles

<sup>g</sup> [TRADUCTION] «... Même les juges [...] pourraient s’attirer des sanctions pénales s’ils portaient volontairement atteinte à des droits constitutionnels [...] Il en serait de même du poursuivant pour des actes volontaires [...] De plus, un poursuivant est peut-être unique parmi les fonctionnaires dont les actes peuvent léser les droits constitutionnels d’individus parce qu’il peut faire l’objet de mesures disciplinaires prises par une association de ses pairs.»

(*Imbler*, précité, aux pp. 424 à 429)

<sup>i</sup> Le juge Powell a donc confirmé l’arrêt de la Cour d’appel du Neuvième circuit et a statué qu’un poursuivant bénéficie d’une immunité absolue lorsqu’il engage des poursuites et présente la preuve de l’État.

ii) The Functional Approach—*Imbler v. Pachtman*: “The White Judgment”

While concurring with the judgment of Powell J. and much of his reasoning, White J. (Brennan and Marshall JJ. joining) would carve out an exception to the rule of absolute immunity for the unconstitutional suppression of evidence. In doing so White J. examined the rationale for granting absolute immunity to prosecutors at common law (at p. 442):

The absolute immunity . . . is designed to encourage [the prosecutors] to bring information to the court which will resolve the criminal case. . . . Lest they withhold valuable but questionable evidence or refrain from making valuable but questionable arguments, prosecutors are protected from liability for submitting before the court information later determined to have been false to their knowledge.

According to White J. immunity from suit based on the unconstitutional suppression of evidence would “stand this immunity rule on its head” (p. 442) by discouraging precisely the disclosure of evidence sought to be encouraged by the rule (at p. 443):

A prosecutor seeking to protect himself from liability for failure to disclose evidence may be induced to disclose more than is required. But this will hardly injure the judicial process. Indeed, it will help it. Accordingly, lower courts have held that unconstitutional suppression of exculpatory evidence is beyond the scope of “duties constituting an integral part of the judicial process” and have refused to extend absolute immunity to suits based on such claims. *Hilliard v. Williams*, 465 F. 2d 1212, 1218 (CA6), cert. denied, 409 U.S. 1029 (1972) . . . .

White J.’s position then would limit the scope of absolute immunity but would not eliminate the theoretical underpinning of the Powell majority judgment, namely the functional approach to absolute immunity.

The functional approach has been criticized on a number of grounds. First, there is the ever present problem of line-drawing between functions that are quasi-judicial and those that are administrative

ii) L’approche fonctionnelle—*Imbler v. Pachtman*: «Les motifs du juge White»

Bien que souscrivant aux motifs du juge Powell et à une bonne partie de son raisonnement, le juge White (avec l’appui des juges Brennan et Marshall) était d’avis de créer une exception à la règle de l’immunité absolue pour les cas de suppression inconstitutionnelle d’éléments de preuve. À ce propos, le juge White a examiné la raison d’être de l’immunité absolue accordée aux poursuivants par la *common law* (à la p. 442):

[TRADUCTION] L’immunité absolue [. . .] est destinée à encourager [les poursuivants] à présenter à la cour des renseignements qui permettront de régler l’affaire criminelle [. . .] De crainte qu’ils ne communiquent pas des éléments de preuve utiles mais douteux ou qu’ils s’abstiennent d’avancer des arguments utiles mais douteux, les poursuivants sont protégés contre la responsabilité du fait d’avoir soumis à la cour des renseignements dont on découvre par la suite qu’ils les savaient faux.

Selon le juge White, l’immunité contre une action fondée sur la suppression inconstitutionnelle d’éléments de preuve aurait pour effet de [TRADUCTION] «pervertir la règle de l’immunité» (p. 442) en décourageant précisément la production des éléments de preuve dont la règle vise à favoriser la production (à la p. 443):

[TRADUCTION] Un poursuivant qui cherche à se protéger contre la responsabilité du fait de son omission de révéler des éléments de preuve pourrait être enclin à divulguer plus que ce qui est requis. Mais cela ne nuira guère au processus judiciaire. En fait, cela lui sera bénéfique. C’est pourquoi les juridictions inférieures ont dit que la suppression inconstitutionnelle de preuves disculpatoires ne relève pas des «fonctions faisant partie intégrante du processus judiciaire» et ont refusé d’accorder une immunité absolue contre les actions ayant une telle origine. *Hilliard v. Williams*, 465 F. 2d 1212, 1218 (CA6), cert. refusé, 409 U.S. 1029 (1972) . . . .

La position du juge White apporterait donc une restriction à l’immunité absolue sans pour autant écartier le fondement théorique des motifs de la majorité rédigés par le juge Powell, savoir l’approche fonctionnelle.

L’approche fonctionnelle a été critiquée à plusieurs titres. D’abord, il y a l’éternel problème du tracé de la ligne de démarcation entre les fonctions quasi judiciaires et les fonctions administratives ou

or investigative. Drawing the line is made more difficult by multi-faceted functions, functions that simultaneously serve quasi-judicial, administrative and investigative functions. (See Anthony Lupino, "Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity" (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487, at pp. 493-94.) Aside from the problem of distinguishing between prosecutorial functions, there is the conceptual difficulty in justifying differential treatment of malicious acts based on the criterion of function. If a prosecutor acts maliciously in the course of the prosecution of an accused, does it really matter whether the function being carried out is characterized as "quasi-judicial" or "administrative"?

An example of the difficulty with the functional approach is the disagreement in the lower courts in the United States over whether quasi-judicial absolute immunity extends to investigative functions of a prosecutor. In addition, and in light of the White concurring judgment in *Imbler*, there is disagreement over whether leaks of information and destruction or alteration of evidence are acts that are protected by absolute immunity: see cases cited by J. C. Filosa, "Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes," [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977, at pp. 985-86. In my view, these disagreements demonstrate the futility of attempting to differentiate between functions of a prosecutor in a principled way. The result is often arbitrary line-drawing which leads to seemingly unresolvable conflict and the diversion of attention from the central issue, namely whether or not a prosecutor has acted maliciously.

Second, it has been argued that the policy rationales supporting absolute immunity for prosecutors, derived as they are from judicial immunity, rely on an inaccurate reading of history. Filosa in his article challenges the derivation of the prosecutor's quasi-judicial immunity from s. 1983

d'enquête. Tracer cette ligne devient encore plus difficile dans le cas de fonctions multidimensionnelles, c'est-à-dire celles qui sont à la fois fonctions quasi judiciaires, administratives et fonctions d'enquête. (Voir Anthony Luppino, «Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity» (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487, aux pp. 493 et 494.) Outre le problème que pose la différenciation des diverses fonctions du poursuivant, il y a la difficulté conceptuelle à justifier que des actes malveillants soient jugés différemment par suite de l'application du critère de la fonction. Si un poursuivant fait preuve de malveillance dans le cadre de poursuites engagées contre un accusé, importe-t-il vraiment que la fonction exercée soit qualifiée de «quasi judiciaire» ou d'«administrative»?

Un exemple de la difficulté inhérente à l'approche fonctionnelle est le désaccord entre les juridictions inférieures des États-Unis sur la question de savoir si l'immunité absolue quasi judiciaire s'étend aux fonctions d'enquête d'un poursuivant. De plus, compte tenu des motifs concordants du juge White dans l'affaire *Imbler*, il y a divergence sur le point de savoir si les fuites de renseignements et la destruction ou l'altération d'éléments de preuve sont des actes bénéficiant de la protection d'une immunité absolue: voir la jurisprudence citée par J. C. Filosa, «Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes», [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977, aux pp. 985 et 986. À mon avis, ces désaccords démontrent la futilité de tenter de différencier les fonctions d'un poursuivant en ayant recours à quelque principe. Souvent cela n'aboutit qu'à l'établissement de lignes arbitraires qui amènent des conflits apparemment impossibles à régler et la question fondamentale, celle de savoir si un poursuivant a fait preuve de malveillance, est reléguée à l'arrière-plan.

Deuxièmement, on a prétendu que les raisons de principe invoquées comme fondement d'une immunité absolue pour les poursuivants, lesquelles dérivent du principe de l'immunité judiciaire, reposent sur une interprétation erronée de l'histoire. Dans son article, Filosa conteste l'idée que l'immunité quasi judiciaire du poursuivant contre les actions fondées sur l'art. 1983 découle de l'immunité abso-

claims from the absolute immunity of judges at common law (at pp. 980-81):

In the sixteenth century, English judges were typically liable for their torts. Throughout the nineteenth century, judges remained liable for malicious conduct done without reasonable and probable cause. In America before *Bradley v. Fisher* [80 U.S. (13 Wall.) 335 (1872)], courts held many judicial officers liable for their wrongful acts . . . . Of the thirty-seven states in existence in 1871, thirteen had judicial immunity, six states held judges liable for malicious actions, nine had not taken a clear position, and nine had not faced the question.

Filosa goes on to argue that Congress could not have meant to incorporate a doctrine of absolute immunity into s. 1983 because *Bradley*, which firmly entrenched judicial immunity in the common law, was not decided until 1872, one year after the *Civil Rights Act of 1871* that contained s. 1983.

#### 4. *Alternatives to Imbler*

##### i) The Functional Approach Reapproached

The difficulties in applying the functional test have led American courts and academic commentators to suggest alternatives or reassessments of the test. One such attempt has been described by its proponent as the "functional approach reapproached". (See Note, "Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits" (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173, at pp. 190-91.) This approach seeks to avoid a judicial hearing to determine whether a prosecutor's action is quasi-judicial. As such the test states that "the only duties clearly not entitled to quasi-judicial immunity are those so divorced from the judicial process that they could readily be assigned to another official who could be completely independent of the prosecutor" (see Note, *loc. cit.*, at p. 191). This approach seeks to grant to the prosecutor absolute immunity in a wider sphere of activities in the hopes of clarifying the distinction between quasi-judicial and investigative activities. In my view, this modification still has the drawback of requiring a line to be drawn between

lue dont jouissaient les juges en *common law* (aux pp. 980 et 981):

[TRADUCTION] Au seizième siècle, les juges anglais étaient en règle générale responsables des délits civils qu'ils commettaient. Tout au cours du dix-neuvième siècle, les juges continuaient à répondre de tout acte malveillant qu'ils accomplissaient sans motif raisonnable ou probable. Aux États-Unis, avant la décision *Bradley v. Fisher* [80 U.S. (13 Wall.) 335 (1872)], les tribunaux ont jugé beaucoup de fonctionnaires judiciaires responsables de leurs actes dommageables . . . Sur les trente-sept États qui existaient en 1871, treize reconnaissaient l'immunité judiciaire, six tenaient les juges pour responsables de leurs actes malveillants, neuf n'avaient pas pris de position nette et neuf n'avaient pas abordé la question.

Filosa soutient ensuite que le Congrès n'a pas pu vouloir incorporer dans l'art. 1983 un principe d'immunité absolue parce que la décision *Bradley*, qui consacrait en *common law* la notion d'immunité judiciaire, n'a été rendue qu'en 1872, soit un an après l'adoption de la *Civil Rights Act of 1871*, dans laquelle figurait l'art. 1983.

#### e 4. *Positions de rechange face à l'arrêt Imbler*

##### i) Réexamen de l'approche fonctionnelle

Les difficultés d'application du critère fonctionnel ont amené les tribunaux et les commentateurs américains à proposer d'autres critères ou la réévaluation du critère existant. Une de ces propositions a été décrite par son auteur comme le [TRADUCTION] «réexamen de l'approche fonctionnelle». (Voir Note, «Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits» (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173, aux pp. 190 et 191.) On y cherche à éviter la tenue d'une audience judiciaire pour déterminer si l'acte du poursuivant revêt un caractère quasi judiciaire. Donc, suivant ce critère, [TRADUCTION] «des seules fonctions qui ne donnent manifestement pas lieu à une immunité quasi judiciaire sont celles qui sont à ce point étrangères au processus judiciaire qu'elles pourraient facilement être attribuées à un autre fonctionnaire totalement indépendant du poursuivant» (voir Note, *loc. cit.*, à la p. 191). Cette approche vise à accorder au poursuivant une immunité absolue dans des champs d'activité plus étendus, avec l'espoir de parvenir à préciser la

prosecutorial functions, a difficult task in itself. The modification, in seeking to make that task easier, errs on the side of including more activities within the realm of absolute prosecutorial immunity, a modification that, with respect, offers an immunity considerably wider than that given to judges from which prosecutorial immunity is allegedly derived.

ii) General Features Test: *Wilkinson v. Ellis*

In *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (E.D. Pa. 1980), the plaintiff alleged that a prosecutor destroyed a tape recorded interview with a man who admitted involvement in the alleged criminal activity, thereby exonerating the plaintiff. The prosecutor moved to dismiss the action, arguing that the destruction of evidence is a quasi-judicial act shielded by absolute immunity. The *Wilkinson* court refused to characterize the destruction as either investigative or quasi-judicial. Rather, it resolved the difficulty of classifying activities by asking whether the activity contained features "which generally characterize quasi-judicial activity" (p. 1083). In deciding that the destruction did not have the "general features" of quasi-judicial activity, the court identified three factors to be taken into account: (1) the activity's physical and temporal proximity to the judicial process; (2) the degree of dependence upon legal opinions and prosecutorial discretion involved in the conduct; and (3) whether the activity is primarily advocacy (p. 1080). This approach in my view, does little to get away from the inherent problems involved in categorizing prosecutorial actions.

iii) The *Imbler* "Umbrella"

This variation of the functional approach involves limiting the scope of the prosecutor's quasi-judicial function to conduct that falls within the

distinction entre les activités quasi judiciaires et les activités d'enquête. À mon avis, cette modification présente encore l'inconvénient d'obliger à tracer une ligne de démarcation entre les différentes fonctions du poursuivant, ce qui représente déjà une tâche difficile. En tentant de faciliter cette tâche, la modification pêche par l'extension de l'immunité absolue du poursuivant à un plus grand nombre d'activités et j'estime, avec égards, qu'elle offre au poursuivant une immunité nettement plus large que celle accordée aux juges, dont elle est censée dériver.

ii) Le critère des caractéristiques générales: *Wilkinson v. Ellis*

Dans l'affaire *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (E.D. Pa. 1980), le demandeur prétendait qu'un poursuivant avait détruit l'enregistrement d'une entrevue avec un homme qui avouait sa participation à l'acte criminel et qui en conséquence disculpait le demandeur. Le poursuivant a demandé le rejet de l'action, parce que la destruction d'éléments de preuve constitue un acte quasi judiciaire qui bénéficie d'une immunité absolue. La cour dans l'affaire *Wilkinson* a refusé de caractériser la destruction de la preuve comme un acte d'enquête ou un acte quasi judiciaire. Au lieu de cela, elle a résolu la difficulté de la classification des activités en se demandant si l'acte en cause comportait des traits [TRADUCTION] «qui caractérisent généralement les actes quasi judiciaires» (p. 1083). En décidant que la destruction de la preuve ne présentait pas les [TRADUCTION] «caractéristiques générales» d'un acte quasi judiciaire, la cour a énuméré trois facteurs à prendre en considération: (1) l'étroitesse du lien matériel et temporel de l'acte avec le processus judiciaire; (2) la part des opinions juridiques et du pouvoir discrétionnaire du poursuivant dans l'acte en cause; et (3) le fait que l'acte relève ou non principalement des fonctions d'un avocat (p. 1080). Cette approche, selon moi, ne contribue guère à résoudre les problèmes inhérents à la catégorisation des actes d'un poursuivant.

iii) Le «champ» de l'arrêt *Imbler*

Cette variante de l'approche fonctionnelle consiste à limiter l'étendue du rôle quasi judiciaire du poursuivant à la conduite qui s'inscrit dans les

narrowest confines of the *Imbler* test: in other words within the “umbrella” of coverage defined by the language of *Imbler*. Acts that are under the “umbrella” attract absolute immunity; all others receive at most qualified immunity. (See *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (5th Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 913 (1981).) This approach merely re-states the categorization problem found in *Imbler*. The test requires a determination of what constitutes the coverage of the so-called “*Imbler* umbrella” and thereby takes us back to the original problem of line-drawing.

#### iv) The Harm Test

This variation of *Imbler* construes that decision broadly by granting absolute immunity to prosecutorial conduct that causes a defendant to “face prosecution, or to suffer imprisonment or pretrial detention”. (See *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (2d Cir. 1981), at p. 453.) The test denies absolute immunity to prosecutorial conduct that inflicts harm independent of the prosecution itself. This approach looks to the effects of prosecutorial conduct and as such purports to reduce the issue to a factual determination of harms. If the harm is unrelated to the judicial phase of the criminal justice process then the prosecutorial act causing the harm is not quasi-judicial.

#### v) The Supplemental Functional Approach

This approach involves a two-step process: first, determining what conduct normally merits absolute or qualified immunity and second, in the remaining cases, identifying the substantive values affected by conduct that is not susceptible to traditional categorization. (See Luppino, loc. cit., at p. 505.) This variation recognizes that there will be occasions when conduct does not clearly fall into one of the two traditional categories: quasi-judicial and non-quasi-judicial. When conduct does not fall into either category explicit balancing of competing interests becomes necessary. In this respect,

limites les plus étroites du critère établi dans l’arrêt *Imbler* ou qui, en d’autres termes, relève du «champ» couvert par cet arrêt. Les actes compris dans ce «champ» bénéficient d’une immunité absolue; les autres donnent lieu tout au plus à une immunité restreinte. (Voir *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (5th Cir. 1980), cert. refusé, 450 U.S. 913 (1981).) Cette approche n’est autre qu’une reformulation du problème de classification qui se pose dans l’affaire *Imbler*. Il s’agit d’un critère qui exige la détermination de l’étendue de ce qu’on appelle le «champ de l’arrêt *Imbler*» et cela nous ramène au problème initial du tracé de lignes de démarcation.

#### iv) Le critère du préjudice

Cette variante du principe posé dans l’arrêt *Imbler* donne à cet arrêt une interprétation large en accordant une immunité absolue à l’égard de toute conduite du poursuivant par suite de laquelle un défendeur doit [TRADUCTION] «faire face à des poursuites ou subir l’incarcération ou la détention préventive». (Voir *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (2d Cir. 1981), à la p. 453.) Ce critère ne confère pas d’immunité absolue dans le cas d’une conduite de la part du poursuivant qui porte préjudice indépendamment des poursuites elles-mêmes. Cette approche tient compte des conséquences de la conduite du poursuivant et, de ce fait, vise à réduire la question à une détermination objective du préjudice. Si le préjudice n’a aucun rapport avec la phase judiciaire du processus de justice criminelle, l’acte dommageable du poursuivant ne revêt pas un caractère quasi judiciaire.

#### v) L’approche fonctionnelle complémentaire

Cette approche comporte deux étapes. D’abord, on doit décider quelle conduite mérite normalement une immunité absolue ou restreinte. Ensuite, dans les autres cas, il faut déterminer quelles valeurs fondamentales sont touchées par une conduite qui ne se prête pas à la classification traditionnelle. (Voir Luppino, loc. cit., à la p. 505.) Cette variante reconnaît qu’il y a des situations où une conduite ne relève pas clairement de l’une des deux catégories traditionnelles: le quasi judiciaire et ce qui ne l’est pas. Lorsqu’une conduite ne tombe ni dans l’une ni dans l’autre catégorie, il

courts should weigh the cost to the judicial system resulting from the unredressed civil wrong against the cost to the efficiency of the criminal justice system. This approach recognizes that the *Imbler* functional approach cannot account for all prosecutorial functions; there will be some conduct that is multi-faceted and uncategorizable. As a result the approach resorts to a consideration of first principles, namely a balancing of the policy considerations both in favour and opposed to prosecutorial immunity in the first place. In short, we have come full circle.

The American position, in any of its forms, demonstrates the impracticality of the functional approach to prosecutorial immunity. In my view, the functional approach leads to arbitrary line drawing between prosecutorial functions. This line drawing exercise is made nearly impossible by the reality that many prosecutorial functions are multi-faceted and cannot be neatly categorized. Further, it must be noted that however one categorizes a prosecutor's function it is still that of the prosecutor. If it can be demonstrated that a prosecutor has acted without reasonable cause and has acted with malice then does it really matter which functions he was carrying out? In my view to decide the scope of immunity on the basis of categorization of functions is an unprincipled approach that obscures the central issue, namely whether the prosecutor has acted maliciously. If immunity is to be qualified it should be done in a manner other than by the drawing of lines between quasi-judicial and other prosecutorial functions.

### 5. *The English Position*

The position in respect of prosecutorial immunity in England is somewhat unique in that jurisdiction owing in part to the tradition of private prosecution. Private prosecutors have always been liable to suit for malicious prosecution though few, if any, reported cases exist. The Director of Public Prosecutions, who performs the same or similar

faut alors soupeser les intérêts en conflit. Dans ce contexte, il incombe aux tribunaux de mettre en balance le coût pour le système judiciaire d'un délit civil non réparé et le coût pour l'efficacité du système de justice criminelle. Cette démarche reconnaît que l'approche fonctionnelle de l'arrêt *Imbler* ne peut tenir compte de la totalité des fonctions du poursuivant; certains actes seront multidimensionnels et non susceptibles de catégorisation. Il faut donc recourir à l'examen des principes de base, c'est-à-dire soupeser les considérations d'intérêt public militant à l'origine pour ou contre l'immunité du poursuivant. En bref, nous revenons au point de départ.

La position américaine, sous ses diverses formes, démontre l'impraticabilité de l'approche fonctionnelle dans le domaine de l'immunité du poursuivant. À mon avis, cette approche conduit à tracer des lignes de démarcation arbitraires entre les diverses fonctions du poursuivant. Or, le tracé de ces lignes est rendu presque impossible du fait qu'un bon nombre des fonctions en question sont multidimensionnelles et ne peuvent pas être classées dans des catégories déterminées. Il faut souligner en outre que, peu importe la façon dont on caractérise telle ou telle fonction du poursuivant, elle n'en demeure pas moins une fonction du poursuivant. Si l'on peut prouver qu'un poursuivant a agi sans motif raisonnable et avec malveillance, les fonctions précises dont il s'acquittait importent-elles vraiment? Je suis d'avis qu'avoir recours à la catégorisation de fonctions pour déterminer l'étendue de l'immunité est une méthode qui ne repose sur aucun principe et qui embrouille la question fondamentale: celle de savoir si le poursuivant a fait preuve de malveillance. Si l'immunité doit être restreinte, il faut le faire autrement qu'en traçant des lignes de démarcation entre les fonctions quasi judiciaires et les autres fonctions du poursuivant.

### 5. *La position anglaise*

La position anglaise à l'égard de l'immunité du poursuivant est assez unique, en raison partiellement de la tradition des poursuites privées. Les poursuivants privés ont toujours été exposés à des actions pour poursuites abusives, quoiqu'il existe peu, ou point, de décisions publiées dans ce domaine. La charge d'avocat général (*Director of*



function as a Canadian provincial Attorney General, was not created until 1879. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the Court said the following in respect of suits against the D.P.P. (at p. 941):

I do not wish to be taken as saying that there may never be a case where a prosecution has been initiated and pursued by the Director of Public Prosecutions in which it would be impossible for an acquitted defendant to succeed in an action for malicious prosecution, or as saying, that the existence of the Attorney General's fiat where required conclusively negates the existence of malice and conclusively proves that there was reasonable and probable cause for the prosecution. There may be cases where there has been, by even a responsible authority, the suppression of evidence which has led to a false view being taken by those who carried on a prosecution and by those who ultimately convicted.

The English position then, at the very least, leaves the door open for suits against the equivalent of our Attorneys General and Crown Attorneys when what is at issue is the suppression of evidence. It is apposite to note that this position is reflective of White J.'s concurring opinion in *Imbler, supra*, wherein he carved out an exception to the rule of absolute immunity for the unconstitutional suppression of evidence.

#### 6. *Scotland*

It would appear that in Scotland the equivalent of our Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from civil liability. In *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370, the court said at p. 377:

It is, therefore, an essential element in the very structure of our criminal administration in Scotland that the Lord Advocate is protected by an absolute privilege in respect of matters in connexion with proceedings brought before a Scottish Criminal Court by way of indictment . . . Never in our history has a Lord Advocate been sued for damages in connexion with such proceedings. On the contrary, our Courts have consistently affirmed the existence of such immunity on his part.

*Public Prosecutions*), dont les fonctions sont identiques ou semblables à celles d'un procureur général provincial au Canada, n'a été créée qu'en 1879. Dans l'arrêt *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), la cour disait ceci quant aux actions intentées contre le D.P.P. (à la p. 941):

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on interprète mes propos comme signifiant qu'il est impossible qu'un défendeur acquitté à l'issue de poursuites intentées par l'avocat général ait gain de cause dans une action pour poursuites abusives. Je ne dis pas non plus que l'autorisation du procureur général, lorsqu'elle est requise, efface péremptoirement toute trace de malveillance et constitue la preuve irréfutable que la poursuite était fondée sur un motif raisonnable et probable. On peut songer à des cas où il y a eu, même de la part d'une administration responsable, suppression d'éléments de preuve faussant la perception de ceux qui ont mené la poursuite et de ceux qui, finalement, ont prononcé la condamnation.

La position anglaise admet donc au moins la possibilité d'actions contre les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne lorsque la suppression d'éléments de preuve est en cause. Il convient de faire remarquer que cette position rejoint l'opinion concordante du juge White, dans l'affaire *Imbler*, précitée, qui a prévu une exception à la règle de l'immunité absolue dans le cas de la suppression inconstitutionnelle d'éléments de preuve.

#### g 6. *L'Écosse*

En Écosse, les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne paraissent jouir d'une immunité absolue contre la responsabilité civile. Dans l'affaire *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370, la cour dit, à la p. 377:

[TRADUCTION] L'immunité absolue du Lord Advocate relativement à tout ce qui se rapporte aux procédures engagées par voie de mise en accusation devant une instance criminelle écossaise est un élément essentiel de la structure même de l'administration criminelle en Écosse [. . .] Jamais un Lord Advocate n'a fait l'objet d'une action en dommages-intérêts par suite de telles procédures. Au contraire, nos tribunaux ont toujours maintenu son immunité.

The rationale underlying this comment has been disputed by Professor Edwards in *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (1984) in which he argues that the Scottish rationale is based upon the idea that the Lord Advocate and his agents enjoy a constitutional trust which assumes good faith in commencing a prosecution, a rationale far removed from that invoked by the Ontario courts.

### 7. *Australia and New Zealand*

The position in respect of prosecutorial immunity in Australia and New Zealand is not clear. As far as I can determine, there does not seem to be any reported case on the issue.

Although the situation prevailing in European civil law jurisdictions is interesting, its application to the case at bar is of limited usefulness because of the wide differences between the civil law system and our common law tradition.

## II. The Preferred Canadian Position

### 1. *The Role of the Attorney General and Crown Attorney*

Historically the Attorney General's role was that of legal adviser to the Crown and to the various departments of government. More specifically the principal function was and still is the prosecution of offenders. The appointment of Crown Attorneys as agents of the Attorney General, arose from the increasing difficulty of the Attorney General to attend effectively to all of his duties amid increases in population, and the expansion of settlement.

The office of the Crown Attorney has as its main function the prosecution of and supervision over indictable and summary conviction offences. The Crown Attorney is to administer justice at a local level and in so doing acts as agent for the Attorney General. Traditionally the Crown Attorney has been described as a "minister of justice" and "ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate". (Morris Manning, "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, at p. 580, quoting Henry Bull, Q.C.) As regards the proper role of the

Le fondement de cette opinion a été contesté par le professeur Edwards qui, dans *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (1984), soutient que la position écossaise repose sur l'idée que le Lord Advocate et ses représentants se sont vu confier un devoir constitutionnel qui suppose qu'ils agissent de bonne foi en engageant des poursuites, ce qui est bien différent de la justification invoquée par les tribunaux ontariens.

### 7. *L'Australie et la Nouvelle-Zélande*

La position de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande sur l'immunité du poursuivant n'est pas claire. À ma connaissance, aucun jugement publié ne traite de la question.

Malgré l'intérêt que peut présenter la situation dans les ressorts civilistes européens, elle n'a que peu d'utilité en l'espèce compte tenu des différences marquées entre le système de droit civil et la *common law*.

## II. La position canadienne

### 1. *Le rôle du procureur général et du procureur de la Couronne*

Traditionnellement, le procureur général jouait le rôle de conseiller juridique auprès de la Couronne et des différents ministères du gouvernement. Plus spécifiquement, sa tâche principale consistait, et consiste encore, à poursuivre les délinquants. La nomination de procureurs de la Couronne pour représenter le procureur général tient au fait que ce dernier avait de plus en plus de difficulté à s'acquitter efficacement de toutes ses fonctions, devant l'accroissement de la population et l'expansion des régions habitées.

Le rôle premier du procureur de la Couronne consiste à poursuivre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et à exercer une surveillance à cet égard. Le procureur de la Couronne administre la justice au niveau local et, en cela, agit au nom du procureur général. Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] «représentant de la justice» qui «devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat». (Morris Manning, "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] *L.S.U.C.*

Crown Attorney, perhaps no more often quoted statement is that of Rand J. in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Among the many powers of a prosecutor are the following: the power to detain in custody, the power to prosecute, the power to negotiate a plea, the power to charge multiple offences, the power of disclosure/non-disclosure of evidence before trial, the power to prefer an indictment, the power to proceed summarily or by indictment, the power to withdraw charges, and the power to appeal. (For a fuller description of the genesis and operation of these powers see Manning, *loc. cit.*, at pp. 586-608, and P. Béliveau, J. Bellemare and J.-P. Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), at pp. 69-83.)

With this background in mind, it is now necessary to turn to a consideration of the tort at issue, malicious prosecution, and the policy rationales in favour of an absolute immunity for the Attorney General and Crown Attorneys in respect of that tort.

## 2. *The Tort of Malicious Prosecution*

There are four necessary elements which must be proved for a plaintiff to succeed in an action for malicious prosecution:

*Lectures 571*, à la p. 580, citant Henry Bull, c.r.) Sur le rôle qui est propre au procureur de la Couronne, il n'y a probablement aucun passage qui soit aussi souvent cité que cet extrait des motifs du juge Rand dans l'affaire *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Parmi les nombreux pouvoirs d'un poursuivant, on trouve notamment: le pouvoir de détenir préventivement, le pouvoir d'exercer des poursuites, le pouvoir de négocier sur le plaidoyer, le pouvoir de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions, le pouvoir de révéler ou de ne pas révéler la preuve avant le procès, le pouvoir de présenter un acte d'accusation, le pouvoir de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation, le pouvoir de retirer des accusations et le pouvoir d'interjeter appel. (Pour un exposé plus complet des origines et de l'exercice de ces pouvoirs, voir Manning, *loc. cit.*, aux pp. 586 à 608, et P. Béliveau, J. Bellemare et J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale* (1981), aux pp. 63 à 74).

Ayant ce contexte présent à l'esprit, il nous faut maintenant examiner le délit civil en cause, celui de poursuites abusives, ainsi que les considérations d'intérêt public militant en faveur d'une immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne relativement à ce délit civil.

## 2. *Le délit civil de poursuites abusives*

Le demandeur doit prouver quatre éléments pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives:

- |   |  |
|---|--|
| <p>a) the proceedings must have been initiated by the defendant;</p> <p>b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;</p> <p>c) the absence of reasonable and probable cause;</p> <p>d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.</p> | <p>a) les procédures ont été engagées par le défendeur;</p> <p>b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;</p> <p>c) l'absence de motif raisonnable et probable;</p> <p>d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi.</p> |
|---|--|

(See J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5th ed. 1977), at p. 598.)

(Voir J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5<sup>e</sup> éd. 1977), à la p. 598.)

The first two elements are straightforward and largely speak for themselves. The latter two elements require explicit discussion. Reasonable and probable cause has been defined as "an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded on reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious man, placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed" (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, at p. 171, Hawkins J.)

Les deux premiers éléments sont clairs et, d'une manière générale, se passent d'explication. Les deux derniers en revanche exigent une analyse détaillée. Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [TRADUCTION] «la croyance de bonne foi en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé et prudent, à la place de l'accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question» (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, à la p. 171, le juge Hawkins).

This test contains both a subjective and objective element. There must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. The existence of reasonable and probable cause is a matter for the judge to decide as opposed to the jury.

Ce critère comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. La question de l'existence d'un motif raisonnable et probable est à décider par le juge et non par le jury.

The required element of malice is for all intents, the equivalent of "improper purpose". It has according to Fleming, a "wider meaning than spite, ill-will or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage" (Fleming, *op. cit.*, at p. 609). To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of "minister of jus-

L'élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un «but illégitime». D'après Fleming, la malveillance [TRADUCTION] «veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel» (Fleming, *op. cit.*, à la p. 609). Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de pro-

tice". In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct. (See for example breach of trust, s. 122, conspiracy re: false prosecution s. 465(1)(b), obstructing justice s. 139(2) and (3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.)

Further, it should be noted that in many, if not all cases of malicious prosecution by an Attorney General or Crown Attorney, there will have been an infringement of an accused's rights as guaranteed by ss. 7 and 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

By way of summary then, a plaintiff bringing a claim for malicious prosecution has no easy task. Not only does the plaintiff have the notoriously difficult task of establishing a negative, that is the absence of reasonable and probable cause, but he is held to a very high standard of proof to avoid a non-suit or directed verdict (see Fleming, *op. cit.*, at p. 606, and *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, at pp. 469-71). Professor Fleming has gone so far as to conclude that there are built-in devices particular to the tort of malicious prosecution to dissuade civil suits (at p. 606):

The disfavour with which the law has traditionally viewed the action for malicious prosecution is most clearly revealed by the hedging devices with which it has been surrounded in order to deter this kind of litigation and protect private citizens who discharge their public duty of prosecuting those reasonably suspected of crime.

### 3. Policy Considerations

In light of what I have said regarding the role of the prosecutor in Canada, and the tort of malicious

cureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de «représentant de la justice». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. (Voir, par exemple, l'abus de confiance, art. 122, le complot en vue d'engager des poursuites injustifiées, al. 465(1)b), l'entrave à la justice, par. 139(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.)

Notons en outre que bien souvent, sinon toujours, les cas de poursuites abusives exercées par un procureur général ou un procureur de la Couronne, comporteront une atteinte aux droits garantis à l'accusé par les art. 7 et 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Pour résumer donc, un demandeur qui intente une action pour poursuites abusives ne se lance pas dans une entreprise facile. Il doit non seulement s'acquitter de la tâche notoirement difficile de prouver un fait négatif, c'est-à-dire l'absence de motif raisonnable et probable, mais il doit également satisfaire à une norme très élevée en matière de preuve s'il veut éviter le non-lieu ou le verdict imposé (voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 606, et *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, aux pp. 469 à 471). Le professeur Fleming va même jusqu'à conclure que le délit civil de poursuites abusives comporte certaines particularités destinées à décourager les actions civiles (à la p. 606):

[TRADUCTION] La désapprobation que le droit a traditionnellement manifestée à l'égard de l'action pour poursuites abusives ressort le plus nettement des restrictions qui lui ont été apportées afin de faire obstacle à ce type d'actions et de protéger les particuliers qui s'acquittent de leur devoir public de poursuivre les personnes raisonnablement soupçonnées d'avoir commis des crimes.

### 3. Les considérations d'intérêt public

Compte tenu de ce que j'ai dit concernant le rôle du poursuivant au Canada et le délit civil de

prosecution, it now is necessary to assess the policy rationales. I would begin by noting that even those decisions that have come out firmly in favour of absolute immunity have described the rule as “troubling”, a “startling proposition”, “strained and difficult to sustain” (see *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (Ont. C.A.), at p. 531, and *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), at p. 794).

It is said by those in favour of absolute immunity that the rule encourages public trust and confidence in the impartiality of prosecutors. However, it seems to me that public confidence in the office of a public prosecutor suffers greatly when the person who is in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct is shielded from civil liability when he abuses the process through a malicious prosecution. The existence of an absolute immunity strikes at the very principle of equality under the law and is especially alarming when the wrong has been committed by a person who should be held to the highest standards of conduct in exercising a public trust. (See *Filosa*, loc. cit., at p. 982, and Marilyn L. Pilkington, “Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1984), 62 *Can. Bar. Rev.* 517, at pp. 560-61.)

Regard must also be had for the victim of the malicious prosecution. The fundamental flaw with an absolute immunity for prosecutors is that the wrongdoer cannot be held accountable by the victim through the legal process. As I have stated earlier, the plaintiff in a malicious prosecution suit bears a formidable burden of proof and in those cases where a case can be made out, the plaintiff’s *Charter* rights may have been infringed as well. Granting an absolute immunity to prosecutors is akin to granting a license to subvert individual rights. Not only does absolute immunity negate a private right of action, but in addition, it seems to me, it may be that it would effectively bar the seeking of a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. It seems clear that in using his office to maliciously prosecute an accused, the prosecutor would be depriving an individual of the right to

poursuites abusives, nous devons examiner maintenant les considérations d’intérêt public. Je commence par souligner que même les décisions prenant fermement position en faveur de l’immunité absolue ont qualifié cette règle de [TRADUCTION] «inquiétante», «alarmante», et «forcée et difficilement justifiable» (voir *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (C.A. Ont.), à la p. 531, et *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), à la p. 794).

Les partisans de la règle de l’immunité absolue soutiennent qu’elle favorise la confiance du public dans l’impartialité des poursuivants. Il me semble toutefois que la confiance du public dans l’institution du poursuivant public diminue beaucoup lorsque la personne qui est en mesure de connaître l’impact constitutionnel et juridique de sa conduite est mise à l’abri de la responsabilité civile quand elle abuse du processus en engageant des poursuites abusives. L’immunité absolue va à l’encontre du principe même de l’égalité devant la loi et elle est particulièrement inquiétante lorsqu’il s’agit d’une faute commise par une personne qui devrait être tenue à une conduite exemplaire dans l’exercice de sa charge publique. (Voir *Filosa*, loc. cit., à la p. 982, et Marilyn L. Pilkington, «Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), 62 *R. du B. can.* 517, aux pp. 560 et 561.)

On doit penser également à la victime des poursuites abusives. La notion d’immunité absolue des poursuivants présente cette faille fondamentale que l’auteur du délit civil ne peut être obligé par la victime d’en répondre devant les tribunaux. Comme je l’ai déjà dit, la charge de la preuve incombant au demandeur dans une action pour poursuites abusives est extrêmement lourde et, dans les cas où il est en mesure d’établir sa cause, il est possible qu’il ait aussi été victime d’une atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Accorder aux poursuivants une immunité absolue revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels. Non seulement l’immunité absolue réduit à néant le droit des particuliers d’intenter des actions, mais en outre, me semble-t-il, il se peut qu’elle rende impossible l’exercice d’un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il

liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. Such an individual would normally have the right under s. 24(1) of the *Charter* to apply to a court of competent jurisdiction to obtain a remedy that the court considers appropriate and just if he can establish that one of his *Charter* rights has been infringed. The question arises then, whether s. 24(1) of the *Charter* confers a right to an individual to seek a remedy from a competent court. In my view it does. When a person can demonstrate that one of his *Charter* rights has been infringed, access to a court of competent jurisdiction to seek a remedy is essential for the vindication of a constitutional wrong. To create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the *Charter* which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur. Whether or not a common law or statutory rule can constitutionally have the effect of excluding the courts from granting the just and appropriate remedy, their most meaningful function under the *Charter*, does not have to be decided in this appeal. It is, in any case, clear that such a result is undesirable and provides a compelling underlying reason for finding that the common law itself does not mandate absolute immunity.

It is also said in favour of absolute immunity that anything less would act as a "chilling effect" on the Crown Attorney's exercise of discretion. It should be noted that what is at issue here is not the exercise of a prosecutor's discretion within the proper sphere of prosecutorial activity as defined by his role as a "minister of justice". Rather, in cases of malicious prosecution we are dealing with allegations of misuse and abuse of the criminal process and of the office of the Crown Attorney. We are not dealing with merely second-guessing a Crown Attorney's judgment in the prosecution of a case but rather with the deliberate and malicious

semble évident qu'en se prévalant de son poste pour engager des poursuites abusives contre un accusé, le poursuivant porte atteinte au droit d'un individu à la liberté et à la sécurité de sa personne, et ce, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. À condition de prouver la violation d'un de ses droits garantis par la *Charte*, cet individu jouirait normalement aux termes du par. 24(1) de la *Charte* du droit de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que ce tribunal estime convenable et juste. La question qui se pose est donc de savoir si le par. 24(1) de la *Charte* confère aux particuliers le droit de demander une réparation au tribunal compétent. Personnellement, je crois que oui. Quand une personne peut démontrer qu'elle a été victime d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il est indispensable pour assurer la sanction de cette violation de la Constitution que la personne en question puisse s'adresser au tribunal compétent afin d'obtenir réparation. Créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la *Charte* qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution. Nous n'avons pas à trancher dans ce pourvoi la question de savoir si une règle de droit découlant de la *common law* ou d'un texte législatif peut constitutionnellement empêcher les tribunaux d'accorder une réparation juste et convenable, ce qui est leur fonction la plus importante sous le régime de la *Charte*. De toute façon, il est évident qu'un tel résultat n'est pas souhaitable et constitue une raison puissante et fondamentale de conclure que la *common law* elle-même ne prévoit pas d'immunité absolue.

On soutient en outre que reconnaître moins que l'immunité absolue aurait un «effet paralysant» sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la Couronne. Notons que ce dont il s'agit ici n'est pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un poursuivant dans sa sphère légitime d'activité, telle que définie par son rôle de «représentant de la justice». En effet, dans des cas de poursuites abusives il s'agit plutôt d'allégations d'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il ne s'agit pas d'une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d'engager des poursui-

use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function.

Therefore it seems to me that the “chilling effect” argument is largely speculative and assumes that many suits for malicious prosecution will arise from disgruntled persons who have been prosecuted but not convicted of an offence. I am of the view that this “flood-gates” argument ignores the fact that one element of the tort of malicious prosecution requires a demonstration of improper motive or purpose; errors in the exercise of discretion and judgment are not actionable. Furthermore, there exist built-in deterrents on bringing a claim for malicious prosecution. As I have noted, the burden on the plaintiff is onerous and strict. The fact that the absence of reasonable cause is a matter of law to be decided by a judge means that an action for malicious prosecution can be struck before trial as a matter of substantive inadequacy (see Rule 21.01 of the Ontario Rules of Civil Procedure for example). In fact this was the approach adopted by Kerans J.A. in *German v. Major, supra*. I agree with Kerans J.A. that “[i]t would indeed be a curious thing if we chose a stern immunity rule in preference to an effective striking-out rule” (p. 276). In addition most jurisdictions, including Ontario, have provisions that allow a defendant to move for summary judgment before a full-fledged trial takes place (see for example Rule 20 in Ontario). Finally, the potential that costs will be awarded to the defendant if an unmeritorious claim is brought acts as financial deterrent to meritless claims. Therefore, ample mechanisms exist within the system to ensure that frivolous claims are not brought. In fact, the difficulty in proving a claim for malicious prosecution itself acts as a deterrent. This high threshold of liability is evidenced by the small number of malicious prosecution suits brought against police officers each year. In addition, since 1966, the province of Quebec permits suits against the Attorney General and Crown prosecutors without any evi-

tes; mais plutôt l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant.

a Il me semble en conséquence que l'argument fondé sur «l'effet paralysant» est largement spéculatif et suppose que de nombreuses actions pour poursuites abusives seront intentées par des personnes dépitées qui, ayant été poursuivies, n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction. Je suis d'avis que cet argument qui agite le spectre d'une «avalanche» d'actions ne tient pas compte du fait que le délit civil de poursuites abusives exige la preuve d'un motif ou d'un but illégitimes; les erreurs commises dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire et les erreurs de jugement ne donnent pas lieu à des actions en justice. D'autre part, l'action pour poursuites abusives comporte ses propres moyens de dissuasion. Comme je l'ai déjà dit, la charge de la preuve incombant au demandeur est lourde et stricte. Puisque l'absence de motif raisonnable est une question de droit à décider par le juge, une action pour poursuites abusives peut être radiée pour absence de fondement suffisant (voir la règle 21.01 des Règles de procédure civile de l'Ontario, par exemple). C'est précisément cette démarche qu'a adoptée le juge Kerans de la Cour d'appel dans l'arrêt *German v. Major*, précité. Je suis d'accord avec le juge Kerans que [TRADUCTION] «[i] paraîtrait étrange de choisir une stricte règle d'immunité de préférence à une règle efficace permettant la radiation» (p. 276). En outre, dans la plupart des ressorts, y compris l'Ontario, il existe des dispositions autorisant un défendeur à présenter une requête en jugement sommaire avant la tenue d'une instruction complète (voir, par exemple, la règle 20 en Ontario). Finalement, la possibilité de l'adjudication de dépens au défendeur aura un effet préventif contre les poursuites frivoles. Il existe donc à l'intérieur du système tous les mécanismes voulus pour prévenir les actions frivoles. En fait, la difficulté de prouver une allé-  
gation de poursuites abusives constitue elle-même un empêchement. Que le seuil de responsabilité en matière de poursuites abusives soit très élevé est confirmé par le peu d'actions de ce genre intentées chaque année contre des policiers. Par ailleurs, la province de Québec permet les actions contre le procureur général et les procureurs de la Couronne



dence of a flood of claims. Therefore, I find unper-  
suasive the claim that absolute immunity is neces-  
sary to prevent a flood of litigation.

As for alternative remedies available to persons  
who have been maliciously prosecuted, none seem  
to adequately redress the wrong done to the plain-  
tiff. The use of the criminal process against a  
prosecutor who in the course of a malicious pros-  
ecution has committed an offence under the  
*Criminal Code*, addresses itself mainly to the vin-  
dication of a public wrong not the affirmation of a  
private right of action. Of special interest in this  
regard is s. 737 of the *Criminal Code* which deals  
with the making of a probation order. Section  
737(2) stipulates that certain conditions may be  
prescribed in a probation order, one of them being  
that the convicted person "make restitution or  
reparation to any person aggrieved or injured by  
the commission of the offence for the actual loss or  
damage sustained by that person as a result there-  
of" (s. 737(2)(e)). This section would seem to be  
an indirect method of at least partially remedying  
a wrong done to an individual as a result of a  
malicious prosecution. However the section is only  
operative when an accused has been convicted of  
an offence and when a probation order is made. In  
addition, the Court's power to award compensation  
to a victim is limited to damages that are relatively  
concrete and ascertainable. (See *R. v. Groves*  
(1977), 37 C.C.C. (2d) 429 (Ont. H.C.)) As such  
it would seem a rather inadequate substitute for a  
private right of action. I do however pause to note  
that many cases of genuine malicious prosecution  
will also be offences under the *Criminal Code*, and  
it seems rather odd if not incongruous for repara-  
tion to be possible through a probation order but  
not through a private right of action.

Further, the use of professional disciplinary pro-  
ceedings, while serving to some extent as punish-  
ment and deterrence, do not address the central  
issue of making the victim whole again. And as has  
already been noted, it is quite discomfoting to  
realize that the existence of absolute immunity  
may bar a person whose *Charter* rights have been

depuis 1966 sans que cela ait provoqué une avalan-  
che d'actions. En conséquence, je tiens pour peu  
convaincant l'argument selon lequel l'immunité  
absolue s'impose pour éviter une avalanche de  
a litiges.

Des autres recours qui s'offrent aux personnes  
visées par des poursuites abusives, aucun ne semble  
adéquat pour réparer le préjudice subi. L'exercice  
de poursuites criminelles contre un poursuivant  
qui, dans le cadre de poursuites abusives, commet  
une infraction au *Code criminel*, vise surtout le  
redressement d'un tort public et n'a rien à voir  
avec un droit privé d'action. L'article 737 du *Code*  
c *criminel*, portant sur le prononcé d'une ordonnance  
de probation, est particulièrement intéressant à cet  
égard. Aux termes du par. 737(2), une ordonnance  
de probation peut prescrire certaines conditions,  
dont l'obligation de la part du coupable de «faire  
d restitution ou réparation, à toute personne lésée ou  
blessée du fait de l'infraction, de la perte ou du  
dommage véritables soufferts de ce fait par cette  
personne» (al. 737(2)e)). Cette disposition semble  
e constituer un moyen indirect de réparer, du moins  
partiellement, le préjudice occasionné à un indi-  
vidu par des poursuites abusives. L'alinéa en ques-  
tion ne joue cependant que lorsqu'un accusé est  
déclaré coupable d'une infraction et qu'une ordon-  
f nance de probation est rendue. De plus, le pouvoir  
du tribunal d'accorder une indemnisation à une  
victime se limite aux dommages qui sont relative-  
ment concrets et déterminables (voir *R. v. Groves*  
(1977), 37 C.C.C. (2d) 429 (H.C. Ont.)) Ce pou-  
voir paraît donc se substituer assez mal à un droit  
privé d'action. Je fais remarquer toutefois que bien  
des cas de poursuites abusives véritables constitue-  
ront également des infractions au *Code criminel* et  
il semble plutôt curieux, voire absurde, qu'une  
réparation puisse être obtenue par le biais d'une  
ordonnance de probation, mais non par l'exercice  
d'un droit privé d'action.

i En outre, les procédures disciplinaires profes-  
sionnelles, quoique possédant un certain caractère  
punitif et dissuasif, n'atteignent pas le but prin-  
cipal qui est de remettre la victime dans son état  
antérieur et, ainsi que je l'ai déjà indiqué, il serait  
inquietant que l'existence d'une immunité absolue  
j puisse empêcher la victime d'une violation des

infringed from applying to a competent court for a just and appropriate remedy in the form of damages.

### III. Conclusion

A review of the authorities on the issue of prosecutorial immunity reveals that the matter ultimately boils down to a question of policy. For the reasons I have stated above I am of the view that absolute immunity for the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, is not justified in the interests of public policy. We must be mindful that an absolute immunity has the effect of negating a private right of action and in some cases may bar a remedy under the *Charter*. As such, the existence of absolute immunity is a threat to the individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted. Further, it is important to note that what we are dealing with here is an immunity from suit for malicious prosecution; we are not dealing with errors in judgment or discretion or even professional negligence. By contrast the tort of malicious prosecution requires proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys.

There is no doubt that the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit. But in my view those considerations must give way to the right of a private citizen to seek a remedy when the prosecutor acts maliciously in fraud of his duties with the result that he causes damage to the victim. In my view the inherent difficulty in proving a case of malicious prosecution combined with the mechanisms available within the system of civil procedure to weed out meritless claims is sufficient to ensure that the Attorney General and Crown Attorneys will not be hindered in the proper execution of their important public duties. Attempts to qualify prosecutorial immunity in the United States by the so-called functional approach and its many variations have proven to be unsuccessful and unprincipled as I have previously

droits garantis par la *Charte* de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir une réparation juste et convenable sous la forme de dommages-intérêts.

### <sup>a</sup> III. Conclusion

Il ressort de l'examen de la jurisprudence sur la question de l'immunité du poursuivant qu'il s'agit en définitive d'une question d'intérêt public. Pour les raisons déjà exposées, j'estime qu'une immunité absolue pour le procureur général et ses mandataires, les procureurs de la Couronne, n'est pas justifiée par l'intérêt public. Il ne faut pas oublier que l'immunité absolue entraîne la négation d'un droit privé d'action et, dans certains cas, pourrait rendre impossible un recours fondé sur la *Charte*. L'existence d'une immunité absolue menace donc les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement. De plus, il importe de souligner qu'il s'agit ici d'une immunité contre des actions pour poursuites abusives; il n'est question ni d'erreurs de jugement, ni d'erreurs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ni même de négligence professionnelle. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, par contre, on doit prouver l'existence d'un but ou d'un motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne qui agissent en son nom.

Il ne fait pas de doute que les considérations d'intérêt public invoquées en faveur de l'immunité absolue ont une certaine légitimité. J'estime toutefois que ces considérations doivent céder le pas au droit d'un particulier de chercher à obtenir une réparation quand il subit un préjudice du fait que le poursuivant a agi avec malveillance dans l'exercice abusif de ses fonctions. À mon avis, la difficulté à faire la preuve de poursuites abusives ainsi que les mécanismes qui permettent, dans le système de procédure civile, d'écarter les actions non fondées suffisent pour que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne soient pas entravés dans l'exécution efficace de leurs importantes charges publiques. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, les tentatives américaines de limiter l'immunité du poursuivant par le recours à ce

noted. As a result I conclude that the Attorney General and Crown Attorneys do not enjoy an absolute immunity in respect of suits for malicious prosecution. I would therefore dismiss the appeal as against the Crown, there being no order as to costs. I would allow the appeal as against the Attorney General with costs and direct that the matter be returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the question of the liability of the Crown and the Attorney General of the province in a suit for malicious prosecution arising out of the institution of criminal proceedings, charges of murder, brought against the appellant.

In March, 1981, the appellant, then a nurse at the Toronto Hospital for Sick Children, was charged with the murder of four infant patients. At the conclusion of her preliminary hearing, the Provincial Court Judge who conducted the proceedings discharged the appellant upon a finding of an absence of evidence: (1982), 16 C.C.C. (3d) 97. The appellant later commenced an action against the Crown in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, and several police officers, alleging that the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, counselled, aided and abetted the police in charging and prosecuting the plaintiff, and that in so doing the Attorney General, the Crown Attorneys, and police were acting as agents for the Crown in right of Ontario. It was also alleged that in the prosecution the Attorney General and the Crown Attorneys were actuated by malice while acting as agents for the Crown. Proceedings were later discontinued against the police officers and the Crown Attorneys were not named as defendants. The Crown and the Attorney General remained the only defendants and are the respondents in this Court.

qu'on appelle l'approche fonctionnelle et aux nombreuses variantes de cette approche ont échoué et n'ont aucun fondement dans les principes. Je conclus en conséquence que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d'une immunité absolue relativement aux actions pour poursuites abusives. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la Couronne, sans adjudication de dépens. Je suis par ailleurs d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne le procureur général, avec dépens, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à la Cour suprême de l'Ontario pour qu'elle instruisse l'action intentée contre le procureur général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi pose la question de la responsabilité de la Couronne et du procureur général de la province dans une action pour poursuites abusives résultant des procédures criminelles engagées contre l'appelante relativement à des accusations de meurtre.

L'appelante était infirmière au Hospital for Sick Children de Toronto lorsqu'au mois de mars 1981, elle a été accusée du meurtre de quatre patients en bas âge. À l'issue de son enquête préliminaire, le juge de la Cour provinciale qui présidait l'audience l'a acquittée faute de preuve: (1982), 16 C.C.C. (3d) 97. L'appelante a par la suite intenté une action contre la Couronne du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario ainsi que plusieurs policiers, alléguant que le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, avaient conseillé à la police de porter des accusations contre la demanderesse et l'avaient aidée et encouragée à le faire et à engager contre elle des poursuites, et que, ce faisant, le procureur général, les procureurs de la Couronne et la police agissaient au nom de la Couronne du chef de l'Ontario. Elle a également allégué que, dans la conduite des poursuites, le procureur général et les procureurs de la Couronne avaient agi avec malveillance en leur qualité de représentants de la Couronne. Il y a eu par la suite désistement de l'action contre les policiers, et les procureurs de la Couronne n'ont pas été désignés défendeurs. La Couronne et le procureur général sont donc restés les seuls défendeurs à l'instance: ce sont les intimés devant cette Cour.

Before trial, the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice, on the ground that the pleadings disclosed no reasonable cause of action and, in the alternative, for leave under Rule 124 to set down a point of law raised in the pleadings and to argue the same on the return of the motion. Rule 124 and Rule 126 are set out hereunder:

**124.** Either party is entitled to raise by his pleadings any point of law, and by consent of the parties or by leave of a judge, the point of law may be set down for hearing at any time before the trial, otherwise it shall be disposed of at the trial.

**126.** A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

The question of law for which leave was sought was in these terms:

A defendant in a preliminary inquiry held under the provisions of the Criminal Code of Canada and discharged thereof has no cause of action based in malicious prosecution or negligence against the Crown Attorneys conducting such proceedings or as against those in law responsible for their conduct.

Fitzpatrick J., of the Supreme Court of Ontario, allowed the motion and struck out the statement of claim. In doing so, he seems to have acted under Rule 126. He concluded on the basis of two decisions of the Supreme Court of Ontario (*Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 (Ont. H.C.), and *Richman v. McMurry* (1983), 41 O.R. (2d) 559 (Ont. H.C.)), that the Attorney General for Ontario has an absolute immunity from civil action while performing his duties as a public prosecutor, even if he acted maliciously. He concluded that the immunity had not been removed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and allowed the motion and struck out the statement of claim.

Avant le procès, les intimés ont demandé, par requête en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario, le rejet de l'action au motif que les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en application de la règle 124, la tenue, d'une audition afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. Les règles 124 et 126 prévoient:

[TRADUCTION] **124.** Toute partie peut, dans un acte de procédure, soulever une question de droit et, avec le consentement des parties ou l'autorisation de la Cour, la question de droit ainsi soulevée peut faire l'objet d'une audition en tout temps avant l'instruction, sinon elle est décidée au cours de l'instruction.

**126.** Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou réponse. En pareil cas ou dans le cas d'une action ou d'une défense jugée futile ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

La question de droit faisant l'objet de la demande d'audition sur autorisation de la Cour était ainsi formulée:

[TRADUCTION] Un défendeur, libéré au terme d'une enquête préliminaire tenue en application des dispositions du Code criminel du Canada, n'a aucune cause d'action, fondée sur les poursuites abusives ou la négligence, à faire valoir à l'encontre des procureurs de la Couronne qui ont mené les poursuites ou ceux qui sont légalement responsables de leur conduite.

Le juge Fitzpatrick de la Cour suprême de l'Ontario a accueilli la requête et radié la déclaration, apparemment en vertu de la règle 126. S'appuyant sur deux arrêts de cette même cour (*Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 (H.C. Ont.), et *Richman v. McMurry* (1983), 41 O.R. (2d) 559 (H.C. Ont.)), il a conclu que le procureur général de la province jouit d'une immunité absolue contre toute poursuite civile dans l'exercice de ses fonctions d'avocat du ministère public, et ce, même s'il a agi avec malveillance. Jugeant que cette immunité subsistait malgré la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a accueilli la requête et radié la déclaration.

An appeal was dismissed in the Ontario Court of Appeal: (1985), 51 O.R. (2d) 513. At the outset, Thorson J.A., speaking for the Court (Houlden, Thorson and Robins J.J.A.) said, at pp. 514-15:

This Court reserved its judgment on the appeal following lengthy argument on whether, as a matter of law, any action can be asserted against the Crown or the Attorney-General, or both, in the circumstances which are found to be present in this case. My conclusion is that as a matter of law it cannot, and that the plaintiff's appeal must therefore be dismissed. The reasons for this conclusion follow.

From the foregoing, it may be somewhat doubtful whether the Court of Appeal acted under Rule 124 or 126. The record, however, does not disclose any consent by the parties or any grant of leave for the hearing of the point of law under Rule 124. Furthermore, in answer to arguments raised in the Court of Appeal in this form, at p. 518:

At the outset of his submissions counsel for the appellant, Mr. Sopinka, contended that on an application to a judge under Rule 126 of the Rules of Practice, the judge hearing the application ought not to strike out a plaintiff's statement of claim unless he was persuaded that the claim could have no hope of succeeding, even if the facts alleged in the statement of claim were proved. In considering such an application, the facts must be taken to be as they are alleged in the statement of claim. Moreover, where the statement of claim raises a "substantial issue of law" it ought not to be struck out under Rule 126, and where an allegation is made that an executive of ministerial act has been performed in bad faith or for an improper purpose, that issue should not be dealt with on a summary application under Rule 126 but should be left to be determined by the judge at trial. Similarly, where an issue arises as to whether any conduct is unconstitutional, it is important to have the kind of factual underpinning which is needed to determine that issue and which can only be brought out at a trial in the ordinary course.

Thorson J.A. said, at pp. 518-19:

With respect I cannot agree that Fitzpatrick J. erred in dealing with this application as one properly brought under Rule 126, albeit that the power conferred on a judge under that rule is one that ought to be used "sparingly", as noted by Dupont J. in *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 at p.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté contre cette décision: (1985), 51 O.R. (2d) 513. Le juge Thorson, au nom de la cour (les juges Houlden, Thorson et Robins), déclare ceci, au début de ses motifs, aux pp. 514 et 515:

[TRADUCTION] Après avoir entendu la longue argumentation des parties, la présente cour a mis en délibéré la question de savoir si, en droit, on peut intenter une action contre la Couronne ou le procureur général, ou les deux, dans les circonstances de l'espèce. Je conclus qu'en droit on ne le peut pas et que l'appel de la demanderesse doit donc être rejeté. Voici quels sont les motifs de cette conclusion.

D'après ce qui précède, on peut se demander si la Cour d'appel s'est fondée sur la règle 124 ou sur la règle 126. Le dossier, cependant, ne révèle aucun consentement des parties ni aucune autorisation quant à l'audition de la question de droit, conformément à la règle 124. En outre, à la p. 518, la Cour d'appel fait ainsi état des arguments soulevés devant elle:

[TRADUCTION] Au début de sa plaidoirie, l'avocat de l'appelante, M<sup>c</sup> Sopinka, a soutenu que, sur requête faite à un juge en vertu de la règle 126 des Rules of Practice, le juge présidant l'audition ne devrait radier une déclaration que s'il est persuadé que la demande n'a aucune chance de succès, même si les faits allégués sont prouvés. Dans l'examen d'une requête de cette nature, les faits allégués doivent donc être tenus pour avérés. De plus, lorsque la déclaration soulève une «importante question de droit», elle ne devrait pas être radiée en vertu de la règle 126; et lorsqu'il est allégué qu'un acte ministériel ou de l'exécutif a été exécuté de mauvaise foi ou pour une fin illégitime, cette question ne devrait pas non plus être tranchée sur demande sommaire présentée en vertu de cette règle, mais être tranchée par le juge au procès. De même, lorsqu'il s'agit de statuer sur le caractère constitutionnel d'une conduite, il importe de régler la question à partir d'un fondement factuel qui ne peut se dégager que de l'audition normale de l'affaire.

Le juge Thorson fait la réponse suivante, aux pp. 518 et 519:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis souscrire à l'argument selon lequel le juge Fitzpatrick a commis une erreur en statuant comme si la requête avait été faite à bon droit en vertu de la règle 126, encore que le pouvoir conféré aux termes de cette règle doive être utilisé «avec parcimonie», comme l'a souligné le juge Dupont dans

102. Nor can I agree with the assertion that merely because the statement of claim raises a "substantial issue of law" it ought not to be dealt with on an application under that rule. If the latter assertion were correct, it seems to me that the purpose of the rule would be largely defeated. That purpose, surely, is to make it possible for a person who has been named in an action to avoid having to go to the considerable trouble and expense of defending himself in court against a claim made in that action which has no reasonable expectation of succeeding against him, even if all the facts alleged are proved. If, in this case, the learned motions court judge had concluded that the Attorney-General, and thus by extension the Crown, did not enjoy an absolute immunity in law, it might well have been improper to decide the issue before him on an application under Rule 126 since in that event, and for the reasons explained by Linden J. in *King v. Liquor Control Board of Ontario* (1981), 33 O.R. (2d) 816 at p. 825, . . . a "factual underpinning" for the claim would then have been necessary for its disposition, but where, as here, he concluded that the immunity was absolute, the same kind of factual underpinning was not needed, for even if the facts as alleged were proved the claim could not succeed. Accordingly, I find no error on the part of Fitzpatrick J. in acting on the application as one which could be properly considered and dealt with by him under Rule 126 . . .

Therefore, I will proceed on the basis that the Court of Appeal reached its determination by the application of Rule 126. In so doing, the court concluded that there existed an absolute immunity for the Crown and the Attorney General and the Crown Attorneys against suit for all acts done in relation to criminal proceedings, even though malice be shown. If this Court should hold that the immunity asserted for the Crown and the Attorney General is clearly absolute, the action would be at an end. If, however, it should conclude that the immunity is in any way limited or qualified or that its existence is doubtful, the matter would have to go to trial in the usual way, so that evidence could be heard on the matters of fact and the issues raised in order to provide a factual underpinning for the determination of any possible liability. In approaching the matter at this stage, it must be borne in mind that in proceedings under Rule 126 the facts alleged must be taken as true and this

l'arrêt *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96, à la p. 102. Je ne puis davantage être en accord avec la prétention que pour la simple raison que la déclaration soulève une «importante question de droit», elle ne devrait pas être radiée à la suite d'une requête présentée en vertu de cette règle. Cette prétention serait-elle exacte qu'elle irait, à mon sens, largement à l'encontre de l'objet même de la règle. Cette dernière vise incontestablement à faire en sorte qu'une personne assignée en justice puisse éviter les ennuis et les frais considérables qu'entraîne l'obligation de se défendre contre une demande n'ayant aucune chance raisonnable de succès, à supposer même que tous les faits allégués soient prouvés. Si, en l'espèce, le juge des requêtes avait conclu que le procureur général, et par extension la Couronne, ne jouissaient pas d'une immunité absolue en droit, il aurait peut-être été inopportun de trancher la question dans le contexte d'une requête en vertu de la règle 126 puisque, dans ce cas, et pour les motifs qu'a énoncés le juge Linden dans l'arrêt *King v. Liquor Control Board of Ontario* (1981), 33 O.R. (2d) 816, à la p. 825, un «fondement factuel» aurait été nécessaire à l'examen de la demande; mais lorsque, comme en l'espèce, on conclut que l'immunité est absolue, un tel fondement factuel devient inutile puisque la demande n'a aucune chance de succès même en supposant prouvés tous les faits allégués. En conséquence, je ne puis conclure que le juge Fitzpatrick a commis une erreur en considérant que la requête pouvait être considérée et tranchée par lui en vertu de la règle 126 . . .

Je poursuivrai donc en présumant que la Cour d'appel a rendu son jugement en appliquant la règle 126. Elle a ainsi conclu que la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissaient d'une immunité absolue pour tout acte, même malveillant, relatif à des poursuites criminelles. Si cette Cour devait statuer que l'immunité revendiquée au nom de la Couronne et du procureur général possède un caractère aussi manifestement absolu, l'action prendrait fin. Cependant, si elle devait conclure que cette immunité est, de quelque façon, limitée ou relative, ou que son existence même est douteuse, l'affaire devrait être renvoyée pour être instruite de la manière habituelle, afin que la preuve des faits et des points en litige puisse être présentée et que soit ainsi établi le fondement factuel nécessaire à l'examen de la responsabilité. À ce stade de l'analyse, il ne faut pas perdre de vue qu'aux fins d'une requête présentée en vertu de la règle 126, les faits allégués

motion must be disposed of on the basis that the Crown Attorneys and the Attorney General acted with malice in the initiation and conduct of these proceedings.

There are four necessary elements which must be proved for success in an action for malicious prosecution:

- A. The proceedings must have been initiated by the defendant.
- B. The proceedings must have terminated in favour of the plaintiff.
- C. The plaintiff must show that the proceedings were instituted without reasonable cause, and
- D. The defendant was actuated by malice.

This appeal must therefore be approached on the footing that all these elements are shown.

It was argued on behalf of the Crown that it enjoyed a complete immunity from liability for malicious prosecution, on the basis of a common law immunity of the Attorney General and the Crown Attorneys. Any liability on the part of the Crown arising from the conduct of its servants would be vicarious. Therefore, it was contended that because the common law accorded a full immunity to the Crown's servants, the Crown itself would not be liable. It was also contended that the Crown had an absolute immunity under the provisions of the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393 (the Act).

Any consideration of Crown liability must now be based upon the Act and I do not find it necessary for the purposes of this case to consider the common law position respecting Crown immunity. The purpose of the Act, clearly discernible from its form and structure, was to remove Crown immunities and place the Crown upon the same footing as any other person before the courts, save for the exceptions which are set out in the Act. The

doivent être tenus pour vrais et donc qu'il faut trancher la présente requête en partant de l'hypothèse que les procureurs de la Couronne et le procureur général ont agi avec malveillance en engageant et en menant les poursuites en cause.

Quatre éléments doivent être prouvés pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives:

- A. Les poursuites ont été engagées par le défendeur.
- B. Le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur.
- C. Le demandeur a établi que les poursuites ont été intentées sans motif raisonnable.
- D. Le défendeur a agi par malveillance.

C'est donc en présumant établie la présence de tous ces éléments qu'il nous faut aborder le présent pourvoi.

On prétend, au nom de la Couronne, que cette dernière jouit d'une immunité complète en matière de responsabilité pour poursuites abusives en raison de l'immunité reconnue en *common law* au procureur général et aux procureurs de la Couronne. Or, toute responsabilité imputée à la Couronne en raison de la conduite de ses préposés relèverait de la responsabilité du fait d'autrui. Par conséquent, fait-on valoir, comme la *common law* accorde pleine immunité aux préposés de la Couronne, la responsabilité de la Couronne elle-même n'est pas engagée. On soutient également que la Couronne jouit d'une immunité absolue en vertu des dispositions de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 393 (ci-après la Loi).

Tout examen de la responsabilité de la Couronne doit maintenant être fondé sur la Loi et, je ne crois pas qu'il soit nécessaire, pour les fins de l'espèce, de prendre en compte la position de la *common law* sur la question de l'immunité. L'objet de la Loi, tel qu'il ressort clairement de sa forme et de sa structure était de lever les immunités dont jouissait la Couronne et la placer sur un pied d'égalité avec toute autre personne devant les tri-

effective sections for this purpose are ss. 2 and 5. Section 2(2)(d) was relied upon by the Crown. It provides:

2. ...

(2) Nothing in this Act

(d) subjects the Crown to proceedings under this Act in respect of anything done in the due enforcement of the criminal law or of the penal provisions of any Act of the Legislature;

It may be argued that commencing and conducting proceedings with malice against the object of the proceedings could not be considered as the "due" enforcement of the criminal law. But any opening in the wall of immunity found by the Court of Appeal would be, in my view, effectively closed by s. 5(6) of the Act, which provides:

5. ...

(6) No proceedings lie against the Crown under this section in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in him or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process.

Section 5 expresses the general rule which subjects the Crown to all liabilities in tort to which, if it were a person of full age and capacity, it would be subject. Subsections (2) to (5) provide interpretative guides while subs. (6), excepts from the general rule Crown liability "in respect of anything done or omitted to be done by a person, while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in him or responsibilities that he has in connection with the execution of the judicial process".

The claim asserted here depends upon the actions of the Crown Attorneys and the Attorney General, specifically the decision to prosecute the appellant for murder. The decision to prosecute is a judicial decision and is obviously vested in the Attorney General and executed on his behalf by his agents, the Crown Attorneys: see *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and*

bunaux, sous réserve des exceptions expressément prévues. Les dispositions pertinentes à cet égard sont les art. 2 et 5. La Couronne a invoqué l'al. 2(2)d):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] 2. ...

(2) La présente loi n'a pas pour effet:

<sup>b</sup> d) d'exposer la Couronne à une instance en application de la présente loi en raison de tout acte accompli dans l'application légitime du droit criminel ou des dispositions pénales d'une loi de la Législature;

<sup>c</sup> On pourrait soutenir que le fait d'introduire des poursuites et d'en assumer la conduite dans une intention malveillante à l'égard du sujet poursuivi ne saurait constituer une application «légitime» du droit criminel. Mais toute brèche dans le mur de <sup>d</sup> l'immunité reconnue par la Cour d'appel serait, à mon avis, colmatée hermétiquement par le par. 5(6) de la Loi, que voici:

[TRADUCTION] 5. ...

<sup>e</sup> (6) Aucune instance ne peut être intentée contre la Couronne en vertu du présent article pour l'action ou l'omission d'une personne dans l'accomplissement réel ou présumé d'une charge de nature judiciaire dont elle est investie ou dont elle doit s'acquitter relativement à <sup>f</sup> l'exécution d'actes de procédure judiciaire.

L'article 5 énonce la règle générale selon laquelle la Couronne engage sa responsabilité délictuelle comme si elle était une personne majeure et capable. Les paragraphes (2) à (5) sont des règles d'interprétation tandis que le par. (6) précité prévoit une exception à la règle générale de la responsabilité «pour l'action ou l'omission d'une personne dans l'accomplissement réel ou présumé d'une <sup>h</sup> charge de nature judiciaire dont elle est investie ou dont elle doit s'acquitter relativement à l'exécution d'actes de procédure judiciaire.»

<sup>i</sup> L'immunité revendiquée en l'espèce vise les actes des procureurs de la Couronne et ceux du procureur général, en particulier la décision de poursuivre l'appelante pour meurtre. La décision d'intenter des poursuites est une décision de nature judiciaire qui incombe manifestement au procureur général et dont l'exécution relève des procureurs de la Couronne agissant en son nom: voir



*Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909 (C.A.) A.L. Smith L.J. said, at pp. 913-14:

I wish to say a word or two about the position of the Attorney-General, because in my judgment it is of importance in this case, and his position appears likely to be lost sight of. Everybody knows that he is the head of the English Bar. We know that he has had from the earliest times to perform high judicial functions which are left to his discretion to decide. For example, where a man who is tried for his life and convicted alleges that there is error on the record, he cannot take advantage of that error unless he obtains the fiat of the Attorney-General, and no Court in the kingdom has any controlling jurisdiction over him. That perhaps is the strongest case that can be put as to the position of the Attorney-General in exercising judicial functions. Another case in which the Attorney-General is pre-eminent is the power to enter a nolle prosequi in a criminal case. I do not say that when a case is before a judge a prosecutor may not ask the judge to allow the case to be withdrawn, and the judge may do so if he is satisfied that there is no case; but the Attorney-General alone has power to enter a nolle prosequi, and that power is not subject to any control. Another case is that of a criminal information at the suit of the Attorney-General—a practice which has, I am sorry to say, fallen into disuse. The issue of such an information is entirely in the discretion of the Attorney-General, and no one can set such an information aside. There are other cases to which I could refer to be found in old and in recent statutes, but I have said enough to shew the high judicial functions which the Attorney-General performs . . .

The Crown Attorneys and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant would therefore come within s. 5(6) of the Act, and the Crown would have its statutory immunity despite any uncertainty which might arise because of an argument under s. 2(2)(d) of the Act, based on the concept of “due” enforcement of the criminal law. The Attorney General and his agents, whatever the motives underlying their conduct, were surely, in the words of s. 5(6), “discharging or purporting” to discharge responsibilities of a judicial nature. In my view, the Crown is rendered immune by the express terms of s. 5(6) of the Act from liability to the appellant.

*The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909 (C.A.) Voici ce qu'affirme lord juge A.L. Smith, aux pp. 913 et 914:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Je voudrais dire quelques mots au sujet du statut du procureur général, question à mon avis importante en l'espèce et qui risque de passer inaperçue. Nul n'ignore que le procureur général est à la tête du barreau anglais. Chacun sait également que depuis les temps les plus reculés, il a été investi de hautes fonctions judiciaires dont l'exercice a été laissé à son pouvoir discrétionnaire. Ainsi, lorsqu'un accusé, condamné à la peine capitale, allègue qu'il y a erreur au dossier, il ne peut bénéficier de cette erreur à moins <sup>b</sup> d'obtenir l'autorisation du procureur général dont la décision ne peut être révisée par aucun tribunal du royaume. Voilà peut-être le cas le plus manifeste où le procureur général exerce des fonctions judiciaires. Autre exemple du rôle prééminent qu'il occupe: son pouvoir <sup>c</sup> d'ordonner l'arrêt des procédures par nolle prosequi dans une affaire criminelle. Certes, au procès, le poursuivant peut toujours demander le retrait de l'accusation et, le cas échéant, le juge rendra un non-lieu; mais c'est au procureur général seul qu'il appartient d'ordonner l'arrêt <sup>d</sup> des procédures par nolle prosequi et ce pouvoir n'est assujéti à aucun contrôle. On peut également songer à la dénonciation criminelle à l'initiative du procureur général—pratique qui, je regrette de le dire, est tombée en désuétude. Encore ici, le dépôt d'une telle dénonciation <sup>e</sup> relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du procureur général et nul ne peut l'annuler. Je pourrais évoquer d'autres exemples tirés des lois anciennes et récentes, mais ce qui précède témoigne amplement des hautes fonctions judiciaires qu'exerce le procureur général . . .

Ainsi, la décision par les procureurs de la Couronne et le procureur général de poursuivre l'appelante, relèverait du par. 5(6) de la Loi et la Couronne bénéficierait de l'immunité légale, malgré toute incertitude que pourrait faire naître l'argument fondé sur la notion d'application «légitime» du droit criminel, selon la formule utilisée à l'al. 2(2)d). Quels que soient en effet les motifs à l'origine de leur conduite, le procureur général et ses représentants se trouvaient indéniablement, aux termes du par. 5(6) «dans l'accomplissement réel ou présumé» d'une charge de nature judiciaire. À mon avis, le par. 5(6) confère expressément à la Couronne, une immunité à l'égard de toute responsabilité envers l'appelante.

The fact of Crown immunity in this case does not necessarily mean that a similar immunity for the Attorney General and his agents follows. Any immunity that they might enjoy must find its own independent footing and the fact that the Act extends an immunity to the Crown in this case, therefore, cannot be understood as conferring or evidencing an immunity for the Attorney General and the Crown Attorneys. This point was made by Hart J.A. in the case of *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (N.S.C.A.), where he held that, while the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, c. 239, at p. 107, might absolve the provincial Crown from liability, a Crown servant, in that case a residential tenancy officer, could still be personally liable for misconduct:

It seems to me that we are dealing here, once again, with the immunity of the Crown and not that of a tortfeasor.

It has been pointed out that the *Proceedings Against the Crown Act* was passed to give citizens the right to sue the Crown for the tortious acts of its officers and servants. The Act also prevents suits against the Crown for acts of its officers or servants carried out in the due enforcement of valid legislation. The Act was not designed, however, to protect the officers and servants of the Crown personally from actions arising out of torts committed by them against members of the public, whether during the course of their employment or not, which were not done solely for the due enforcement of the criminal law or the provisions of any act of the Legislature . . . .

What then is the nature of the immunity, if any, enjoyed by the Attorney General at common law?

There is clear authority in the jurisprudence of most common law, and some civil law, jurisdictions for the proposition that public officers and officials discharging or purporting to discharge the duties and powers of their offices may be personally liable in damages for wrongful conduct. The leading case in Canada on this point is *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. The facts are well known. Roncarelli was a restaurant owner in

Le fait qu'il y ait immunité en faveur de la Couronne en l'espèce ne signifie pas nécessairement que le procureur général et ses représentants jouissent d'une immunité semblable. La protection dont ils pourraient bénéficier doit reposer sur un fondement indépendant et on ne saurait par conséquent interpréter l'immunité que la Loi confère à la Couronne dans la présente affaire comme conférant une immunité au procureur général et aux procureurs de la Couronne. Le juge Hart de la Cour d'appel a apporté cette précision dans l'arrêt *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (C.A.N.-É.) où il a conclu, à la p. 107, que même si la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 239, pouvait dégager la Couronne provinciale de toute responsabilité, un préposé de la Couronne, en l'occurrence un fonctionnaire de la commission à la location résidentielle, pouvait encore être tenu personnellement responsable de son inconduite:

[TRADUCTION] Il me semble qu'il s'agit, là encore, de l'immunité de la Couronne, et non de celle de l'auteur du délit.

On a souligné que la *Proceedings Against the Crown Act* avait été adoptée afin d'accorder aux citoyens le droit de poursuivre la Couronne pour les actes délictueux commis par ses préposés ou fonctionnaires. Cette loi empêche aussi toute poursuite contre la Couronne pour les actes accomplis par ces derniers dans l'application légitime de lois valides. Elle ne vise cependant pas à protéger personnellement les préposés et fonctionnaires de la Couronne contre les recours résultant des délits civils qu'ils ont commis contre des membres du public, dans l'exercice ou non de leur emploi, mais non uniquement dans l'application légitime du droit criminel ou des dispositions d'une loi de la Législature . . . .

Quelle est donc la nature de l'immunité que pourrait avoir le procureur général en vertu de la *common law*?

Dans la plupart des juridictions de *common law* et dans certaines juridictions de droit civil, il est largement reconnu par la jurisprudence et la doctrine que les fonctionnaires peuvent, dans l'accomplissement réel ou présumé des fonctions qui leur sont conférées, avoir à répondre personnellement de leur inconduite. Au Canada, l'arrêt de principe sur ce point est *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Les faits en sont bien connus. Proprié-

Quebec. He was a member of a religious group, the Jehovah's Witnesses, and he supported their cause financially and in assisting members of the group who from time to time ran afoul of the law. Duplessis was the Premier of Quebec and, as well, Attorney General of the province. The policy of the Government was opposed to the Jehovah's Witnesses and Duplessis sought to eliminate Roncarelli as an opponent in his efforts to curb the Jehovah's Witnesses. He ordered the General Director of the Quebec Liquor Commission, which had the legislative authority to "grant, refuse or cancel permits for the sale of alcoholic liquors", to revoke Roncarelli's liquor licence and to forever bar him from obtaining another. This ruined his business and he brought action for damages against Duplessis for the wrongful revocation of his licence and the prohibition against his obtaining a further licence. A majority in this Court held that Duplessis was liable. The judgment of Rand J. (with whom Judson J. concurred) has been regarded as the leading judgment in the case. He saw the issue in these terms, at p. 137:

In these circumstances, when the *de facto* power of the Executive over its appointees at will to such a statutory public function is exercised deliberately and intentionally to destroy the vital business interests of a citizen, is there legal redress by him against the person so acting?

He concluded that there was legal redress in the form of damages. He expressed the view that there existed a general presumption in legislation and regulation that powers given by the legislation will be exercised in good faith and without improper motives. At page 140, he said:

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith

taire d'un restaurant au Québec, Roncarelli était membre de la secte religieuse des Témoins de Jéhovah; il appuyait financièrement cette cause et portait secours aux membres de la secte ayant à l'occasion maille à partir avec la justice. Premier ministre de la province de Québec, Duplessis en était également le procureur général. Son gouvernement était opposé aux Témoins de Jéhovah et Duplessis cherchait à empêcher Roncarelli de résister aux campagnes visant à limiter l'influence des Témoins de Jéhovah. C'est ainsi qu'il ordonna au directeur général de la Commission des liqueurs du Québec, investi de l'autorité législative d'«octroyer, refuser [et] annuler tout permis de vente de liqueurs alcooliques», de révoquer le permis de Roncarelli et de lui interdire à jamais d'en obtenir un autre. Ruiné, Roncarelli poursuivit Duplessis en dommages-intérêts pour la révocation injustifiée de son permis et la prohibition dont il était l'objet. Cette Cour a conclu à la majorité à la responsabilité de Duplessis. Le jugement du juge Rand, auquel a souscrit le juge Judson, est considéré comme faisant autorité dans cette affaire. Voici en quels termes il a posé la question en litige (à la p. 137):

[TRADUCTION] Lorsque le pouvoir exécutif, délibérément et intentionnellement, dans ces conditions, exerce le pouvoir de fait qu'il possède sur les personnes qu'il nomme selon son bon vouloir à une fonction publique pour détruire les intérêts commerciaux vitaux d'un citoyen, celui-ci peut-il prétendre, en droit, exiger réparation de la personne qui agit ainsi?

Le juge Rand a conclu qu'il y avait lieu à réparation en justice sous forme de dommages-intérêts. À son avis, toute loi ou réglementation comporte une présomption générale selon laquelle les pouvoirs conférés seront exercés de bonne foi et à des fins légitimes. Il affirme, à la p. 140:

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une «discretion» absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et étranger soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mention-

in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

In this context, it should be noted that in commencing and prosecuting criminal offences the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, are exercising statutory powers: see *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1980, c. 271; *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1980, c. 107; and the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 504. Rand J. was also of the view that the acts shown to have been done by the respondent put him beyond the protection of any immunity which could attach to his office. He added, at pp. 141-42:

The act of the respondent [Duplessis] through the instrumentality of the Commission brought about a breach of an implied public statutory duty toward the appellant; it was a gross abuse of legal power expressly intended to punish him for an act wholly irrelevant to the statute, a punishment which inflicted on him, as it was intended to do, the destruction of his economic life as a restaurant keeper within the province. Whatever may be the immunity of the Commission or its member from an action for damages, there is none in the respondent. He was under no duty in relation to the appellant and his act was an intrusion upon the functions of a statutory body. The injury done by him was a fault engaging liability within the principles of the underlying public law of Quebec: *Mostyn v. Fabrigas*, and under art. 1053 of the *Civil Code*. That, in the presence of expanding administrative regulation of economic activities, such a step and its consequences are to be suffered by the victim without recourse or remedy, that an administration according to law is to be superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of disintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure.

nées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions que l'on doit toujours sous-entendre. La «discretion» implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

Dans ce contexte, soulignons qu'en engageant des poursuites criminelles, le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, exercent des pouvoirs qui découlent de la loi: voir la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1980, chap. 271, la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 107, ainsi que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 504. Le juge Rand a également exprimé l'avis qu'en raison des actes dont la preuve avait été faite, l'intimé avait perdu le bénéfice de toute immunité susceptible de s'attacher à sa fonction. Il ajoute, aux pp. 141 et 142:

[TRADUCTION] La manière d'agir de l'intimé [Duplessis], par l'intermédiaire de la Commission, revenait à la violation d'un devoir public statutaire et tacite vis-à-vis de l'appelant: elle constituait un abus flagrant d'un pouvoir donné par la loi, dont le but exprès était de le punir à raison d'un acte tout à fait étranger à cette loi, de lui infliger une punition dont le résultat a été, comme on l'avait voulu, de détruire sa vie économique de restaurateur dans la province. Aussi à l'abri que soit la Commission ou celui qui en était membre d'une action en dommages-intérêts, il ne saurait en être de même de l'intimé. Il n'était soumis à aucun devoir en ce qui concerne l'appelant et son acte constituait une immixtion dans les fonctions d'un organisme statutaire. Le préjudice qu'il a causé était le résultat d'une faute engageant sa responsabilité, conformément aux principes de base du droit public du Québec (voir l'arrêt *Mostyn c. Fabrigas*, et conformément à l'article 1053 du *Code civil*. Le fait qu'en présence d'une réglementation administrative de plus en plus grande des activités économiques, la victime d'une telle mesure subisse celle-ci et ses conséquences sans aucun recours ni aucune réparation, et le fait que les sympathies et les antipathies arbitraires, de même que les visées non pertinentes d'officiers publics qui agissent en excédant leurs pouvoirs, puissent dicter leurs actions et remplacer une administration établie par la loi, voilà le signe avant-coureur de la désintégration du principe de légalité comme un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle.

It will be observed that Duplessis in the *Roncarelli* case purported to act not only as the Premier of Quebec but also as the Attorney General. It would appear to be clear from the majority judgments in *Roncarelli* that the principle that public officers of the highest rank in Canada who exercise the powers of their office in excess or in abuse of those powers will be liable in damages for injuries resulting. This principle has been well founded in English authority: see *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021, where the Governor of Minorca was held to be liable in damages in a civil action for false imprisonment of a native Minorcan. Lord Mansfield rejected the Governor's claim for immunity at p. 175 Cowp., p. 1029 E.R.:

Therefore to lay down in an English Court of Justice such a monstrous proposition, as that a governor acting by virtue of letters patent under the Great Seal, is accountable only to God, and his own conscience; that he is absolutely despotic, and can spoil, plunder, and affect His Majesty's subjects, both in their liberty and property, with impunity, is a doctrine that cannot be maintained.

See, as well, *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.

Another case expressing the same or a similar proposition is *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579 (P.C.) In that case, a licensing authority had refused a licence for the operation of a cinema and the appellant brought action alleging a malicious refusal of licence. The action was struck out in a pre-trial motion and the Court of Appeal of Ceylon supported the respondent. In the judicial committee, Viscount Radcliffe expressed the view that the case was not one which should have been the subject of a pre-trial disposition, and said, at p. 582:

Since then [1907] the English courts have had to give much consideration to the general question of the rights of the individual dependent on the exercise of statutory powers by a public authority. . . . In their lordships' opinion it would not be correct today to treat it as establishing any wide general principle in this field: certainly it would not be correct to treat it as sufficient to found the proposition, as asserted here, that an applicant for a statutory licence can in no circumstances have a right to damages if there has been a malicious misuse

On soulignera que dans l'affaire *Roncarelli*, Duplessis n'agissait pas seulement à titre de premier ministre du Québec, mais également en sa qualité de procureur général. Il semble ressortir clairement des opinions majoritaires dans *Roncarelli* qu'en principe, les fonctionnaires de très haut rang au Canada qui excèdent leurs pouvoirs ou en abusent seront tenus à des dommages-intérêts pour le préjudice causé. Ce principe est bien établi dans la jurisprudence anglaise: voir *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021, où le gouverneur de Minorque, poursuivi au civil pour la séquestration d'un habitant de l'île, a été tenu à des dommages-intérêts. Lord Mansfield a rejeté en ces termes la prétention du gouverneur à l'immunité, à la p. 175 Cowp., à la p. 1029 E.R.:

[TRADUCTION] En conséquence, on ne saurait soutenir devant une cour de justice anglaise la proposition monstrueuse selon laquelle un gouverneur, agissant en vertu de lettres patentes délivrées sous le grand sceau, n'est redevable qu'à Dieu et à sa conscience et qu'en véritable despote il peut, en toute impunité, piller et dépouiller les sujets de Sa Majesté, tant dans leurs biens que dans leur liberté.

Voir également l'arrêt *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.

On retrouve un principe identique ou similaire dans l'arrêt *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579 (C.P.) Dans cette affaire, un organisme responsable de l'émission de permis avait refusé à l'appelant un permis pour l'exploitation d'un cinéma et ce dernier avait intenté une action où il alléguait l'intention malveillante. L'action avait été radiée sur exception préliminaire et la Cour d'appel de Ceylan avait statué en faveur de l'intimé. Au Comité judiciaire, le vicomte Radcliffe a exprimé l'avis que cette affaire n'aurait pas dû être tranchée sur requête préliminaire. Il affirme, à la p. 582:

[TRADUCTION] Depuis lors [1907], les tribunaux anglais ont été fréquemment appelés à examiner la question générale des droits du particulier face à l'exercice, par une administration publique, des pouvoirs que la loi lui confère. . . . De l'avis de leurs Seigneuries, il n'y a pas lieu de reconnaître aujourd'hui, en ce domaine, l'existence d'une règle générale; il ne convient pas davantage d'y voir la confirmation de la proposition, avancée en l'espèce, que celui qui demande un permis n'a, en aucune circonstance, le droit d'obtenir réparation

of the statutory power to grant the licence. Much must turn in such cases on what may prove to be the facts of the alleged misuse and in what the malice is found to consist. The presence of spite or ill-will may be insufficient in itself to render actionable a decision which has been based on unexceptionable grounds of consideration and has not been vitiated by the badness of the motive. But a "malicious" misuse of authority, such as is pleaded by the appellant in his plaint, may cover a set of circumstances which go beyond the mere presence of ill-will, and in their lordships' view it is only after the facts of malice relied on by a plaintiff have been properly ascertained that it is possible to say in a case of this sort whether or not there has been any actionable breach of duty.

It would appear on the basis of the authorities cited that in general terms public officers are entitled to no special immunities or privileges when they act beyond the powers which are accorded to them by law in their official capacities. It would follow, then, that where a public officer, a servant of the Crown, exceeds the powers of his office or acts improperly in fraud of his duties and powers, or acts with malice in the discharge of his duties, he does not have immunity from civil suit and where, by reason of such excess of power or improper motive, he causes damage he may be civilly liable in damages. This, indeed, seems clear as far at least as it may concern public servants who act in administrative capacities. However, the question before us involves a consideration of the position of the Attorney General, acting in his capacity as the chief law officer of the Crown concerned with the commencement and prosecution of criminal proceedings against accused persons.

The Court of Appeal, as has been said, found an absolute immunity from civil liability on the part of the Attorney General and the Crown Attorneys, and in reaching this conclusion they placed special emphasis on *Owsley v. The Queen in right of Ontario* and *Richman v. McMurtry*, *supra*, in the Ontario High Court and, as well, on *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976). They formed the view that the absolute immunity was a clearly established feature of the common law. This issue has been considered in many Canadian cases in recent years: see *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), *per* Gray J., affirmed

s'il y a eu exercice malveillant et abusif du pouvoir légal d'émettre le permis. En pareils cas, tout dépendra de la preuve des faits allégués quant à l'exercice abusif et l'intention malveillante. Il se peut que la présence de rancune et de mauvais vouloir ne suffise pas, en soi, à donner ouverture à une poursuite contre une décision dont les motifs par ailleurs irréprochables n'auraient pas été viciés par la méchanceté de l'intention. Toutefois, l'abus «malveillant» qu'invoque l'appelant en l'espèce peut englober un éventail de circonstances allant au-delà du simple mauvais vouloir. De l'avis de leurs Seigneuries, ce n'est qu'une fois établis les faits allégués par le demandeur quant à la malveillance qu'il est possible de déterminer si, dans un cas semblable, il y a ouverture à une action pour violation d'une obligation.

Il semble se dégager de la jurisprudence précitée que, de façon générale, les fonctionnaires ne bénéficient d'aucune immunité ni d'aucun privilège particuliers lorsqu'ils excèdent les pouvoirs dont ils sont investis à titre officiel. Cela signifierait que lorsqu'un fonctionnaire, préposé de la Couronne, excède les pouvoirs de sa charge ou agit en violation de ses obligations et attributions ou encore fait preuve de malveillance dans l'exercice de ses fonctions, il n'est pas à l'abri d'une poursuite en matière civile et peut avoir à répondre de dommages causés par l'excès de pouvoir ou en raison du motif illégitime. Ce principe semble clair, du moins dans le cas de fonctionnaires agissant en leur qualité administrative. Cependant, la question dont nous sommes saisis en l'espèce nécessite l'examen du statut du procureur général agissant à titre de conseiller juridique principal de la Couronne, chargé d'engager et de mener des poursuites criminelles.

La Cour d'appel, rappelons-le, a jugé que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue en matière de responsabilité civile. S'appuyant en particulier sur les arrêts *Owsley v. The Queen in right of Ontario* et *Richman v. McMurtry*, précités, de la Haute Cour de l'Ontario, ainsi que sur l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), la cour est arrivée à la conclusion que l'immunité absolue était indéniablement reconnue en *common law*. Cette question a été abordée dans plusieurs arrêts canadiens récents: voir *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), le juge Gray, confirmé

(1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Owsley v. The Queen in right of Ontario, supra*; *Richman v. McMurtry, supra*; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), *per* Pennell J.; *Curry v. Dargie, supra*; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270 (C.A.); and *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted May 22, 1986, [1986] 1 S.C.R. x, notice of discontinuance filed January 7, 1987, [1987] 1 S.C.R. x.

These cases do not offer complete support for the position taken in the Court of Appeal. The cases decided in the Ontario courts, which are noted above, reach the conclusion that the prosecutorial immunity is absolute. In reaching a similar conclusion in the case at bar, Thorson J.A. relied extensively on American authority with particular emphasis on the judgments of Learned Hand J. in *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), and of Powell and White JJ., of the U.S. Supreme Court, in *Imbler v. Pachtman, supra*. These cases adopt the view that the social need to have prosecutors who are charged with the prosecution of criminal cases freed from the threat of civil action, so that they may fearlessly and objectively conduct the prosecutions justifies the adoption of the absolute rule. Powell J. in *Pachtman, supra*, at p. 428, expressed agreement with the words of Learned Hand J. in *Gregoire, supra*, at p. 581, where he said:

As is so often the case, the answer must be found in a balance between the evils inevitable in either alternative. In this instance it has been thought in the end better to leave unredressed the wrongs done by dishonest officers than to subject those who try to do their duty to the constant dread of retaliation . . .

But the position respecting prosecutorial immunity is not unanimous. Other courts in other jurisdictions have indicated that they would not necessarily extend absolute immunity to those executing prosecutorial functions. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the plaintiff had been acquitted of a criminal charge and sought damages for malicious

par (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Owsley v. The Queen in right of Ontario*, précité; *Richman v. McMurtry*, précité; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), le juge Pennell; *Curry v. Dargie*, précité; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270 (C.A.) et *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 87 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée le 22 mai 1986, [1986] 1 R.C.S. x, avis de désistement produit le 7 janvier 1987, [1987] 1 R.C.S. x.

Ces arrêts n'appuient pas entièrement la position adoptée par la Cour d'appel en l'espèce. Les arrêts précités rendus par les tribunaux ontariens, ont conclu au caractère absolu de l'immunité du poursuivant. En tirant une conclusion similaire en l'espèce, le juge Thorson de la Cour d'appel s'est largement fondé sur la jurisprudence américaine, mettant particulièrement en relief les jugements du juge Learned Hand dans *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), ainsi que des juges Powell et White de la Cour suprême des États-Unis, dans *Imbler v. Pachtman*, précité. On retrouve dans ces décisions l'idée que l'adoption d'une règle aussi absolue est justifiée par un impératif social: celui de mettre les personnes chargées d'intenter des poursuites criminelles à l'abri de la menace de recours civils, afin qu'elles puissent exercer leurs fonctions sans crainte et en toute objectivité. Dans l'arrêt *Pachtman*, précité, à la p. 428, le juge Powell s'est dit en accord avec les propos que tenait le juge Learned Hand dans l'arrêt *Gregoire*, précité, à la p. 581.

[TRADUCTION] Comme c'est souvent le cas, la réponse se trouve dans la recherche d'un juste équilibre entre deux maux également inévitables. En l'espèce, on a finalement jugé préférable de laisser sans recours les fautes que peuvent commettre des fonctionnaires malhonnêtes plutôt que d'exposer ceux qui s'efforcent d'accomplir leur devoir à la menace constante de représailles . . .

Il n'y a pas unanimité, cependant, en ce qui concerne l'immunité de la poursuite. Ainsi, dans d'autres juridictions, des tribunaux ont indiqué qu'ils ne seraient pas nécessairement disposés à accorder l'immunité absolue à ceux qui exercent des fonctions en matière de poursuites. Dans l'affaire *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), le demandeur,

prosecution against the Director of Public Prosecutions. I observe, that in respect of the institution of prosecutions against individuals, the Director of Public Prosecutions is effectively performing the same function as a Canadian provincial Attorney General. In that case, although Stephenson L.J. held that the material before the Court disclosed that there had been a basis in evidence for the plaintiff's prosecution and that there was no cause of action disclosed by the statement of claim, he rejected the proposition that the Director of Public Prosecutions could never be found liable for malicious prosecution. He said, at p. 941:

I do not wish to be taken as saying that there may never be a case where a prosecution has been initiated and pursued by the Director of Public Prosecutions in which it would be impossible for an acquitted defendant to succeed in an action for malicious prosecution, or as saying that the existence of the Attorney-General's fiat where required conclusively negates the existence of malice and conclusively proves that there was reasonable and probable cause for the prosecution. There may be cases where there has been, by even a responsible authority, the suppression of evidence which has led to a false view being taken by those who carried on a prosecution and by those who ultimately convicted. But that case is, as it seems to me, many miles from this one. There is nothing in the judgment of the Court of Criminal Appeal in this particular case which lends any support to the view that there was no case for the plaintiff to answer; and I cannot find in anything that he has said to us or in any document that has been put before us anything to suggest that there was in existence material showing that there was no basis in evidence for a prosecution of him on the conspiracy charge or on any of the three substantive charges which he had to meet at the Suffolk Assizes. In those circumstances, as it seems to me, he has failed to show that the defendant put the facts unfairly before prosecuting counsel, that there was anything like a lack of reasonable or probable cause, or malice, on the defendant's part or that there is any possibility of such material being produced.

In Canada, decisions in the Alberta and Nova Scotia courts cast doubt on the existence of the complete immunity. In *German v. Major*, *supra*, the plaintiff had been prosecuted under the *Income Tax Act*. The trial judge acquitted on the basis of

acquitté de l'accusation criminelle portée contre lui, avait intenté contre l'avocat général un recours en responsabilité pour poursuites abusives. Soulignons qu'en ce qui concerne les poursuites contre les particuliers, l'avocat général remplit, en fait, la même fonction que le procureur général d'une province canadienne. Dans cette affaire, bien que le lord juge Stephenson ait conclu que les documents déposés devant la cour démontraient que la poursuite intentée contre le demandeur reposait effectivement sur des éléments de preuve et que la déclaration ne révélait aucune cause d'action, il n'en a pas moins écarté la proposition selon laquelle l'avocat général ne pourrait jamais être tenu responsable de poursuites abusives. Il déclare ainsi, à la p. 941:

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on interprète mes propos comme signifiant qu'il est impossible qu'un défendeur acquitté à l'issue de poursuites intentées par l'avocat général ait gain de cause dans une action pour poursuites abusives. Je ne dis pas non plus que l'autorisation du procureur général, lorsqu'elle est requise, efface péremptoirement toute trace de malveillance et constitue la preuve irréfutable que la poursuite était fondée sur un motif raisonnable et probable. On peut songer à des cas où il y a eu, même de la part d'une administration responsable, suppression d'éléments de preuve faussant la perception de ceux qui ont mené la poursuite et de ceux qui, finalement, ont prononcé la condamnation. Mais, à mon avis, nous sommes à cent lieues en l'espèce d'une telle hypothèse. Rien dans le jugement de la section criminelle de la Cour d'appel ne permet d'affirmer qu'il n'y avait aucune preuve contre le demandeur. Je ne puis non plus trouver dans les déclarations de ce dernier ni dans les documents qui nous ont été présentés la preuve que les poursuites dont il a été l'objet, que ce soit sous l'accusation de complot ou sous les trois accusations de fond auxquelles il devait répondre aux assises du Suffolk, étaient sans fondement. Dans les circonstances, il me semble qu'il n'a pas été établi que le défendeur a déloyalement présenté les faits à l'avocat de la poursuite, ni qu'il n'existait pas de motif raisonnable ou probable, ni qu'il y a eu conduite malveillante, ni non plus qu'il y ait quelque possibilité de faire la preuve de telles allégations.

Au Canada, certaines décisions rendues par les tribunaux de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse jettent un doute sur l'existence de l'immunité absolue. Dans l'arrêt *German v. Major*, précité, le demandeur avait été poursuivi en vertu de la *Loi*



a a doubt as to guilt and the defendant taxpayer then sued the prosecutor for malicious prosecution. Though Kerans, J.A. considered that the material before the court disclosed that the plaintiff's case was "doomed beyond doubt to fail", for absence of proof of malice, and because there were reasonable grounds for the prosecution he also considered that the prosecutor's immunity to prosecution was not absolute. In the closing paragraph of his judgment, at p. 286, he said:

Counsel for the Attorney General who acts as his agent in the prosecution of a criminal case is not accountable in civil proceedings to the accused except possibly to the extent that it is alleged against him that he has not acted in good faith, and to that extent the allegation falls within the nominative tort of malicious prosecution, and that cause of action has been dealt with [see p. 282]. I would therefore strike those portions of the statement of claim which deal with the remaining claims by German against Major. [Emphasis added.]

It would follow that had the prosecutor proceeded solely or principally on an improper motive: for example, malice, then coming within Kerans J.A.'s conception there would be no immunity against malicious prosecution. In *Curry v. Dargie, supra*, it was held that a residential tenancy officer who had instituted proceedings against a tenant could not claim an absolute prosecutorial immunity. Relying in part on the earlier case of *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27 (S.C.T.D.), where Gillis J. refused to strike out a personal claim against the provincial Minister of Agriculture, Hart J.A. explained that he was not willing to go as far as the Ontario cases had gone in extending prosecutorial immunity. Although he distinguished the case before him from a case where the Attorney General or a Crown Attorney had instituted a prosecution, he made it clear that he was not deciding the issue as to the immunity of Attorneys General and Crown Attorneys. He said, at p. 110:

I am not prepared to go as far as Galligan J. [in *Richman, supra*] in holding that an officer of the Crown cannot be liable for a proceeding commenced malicious-

*de l'impôt sur le revenu*. Acquitté en raison d'un doute sur sa culpabilité, le défendeur contribuable a alors intenté contre le poursuivant un recours pour poursuites abusives. Bien que le juge Kerans de la Cour d'appel ait estimé que, d'après la preuve au dossier, l'action du demandeur devait certainement échouer puisque l'intention malveillante n'avait pas été établie et que les poursuites reposaient sur des motifs raisonnables, il n'en a pas moins considéré que l'immunité du poursuivant n'était pas absolue. Voici ce qu'il déclare dans le paragraphe final de son jugement, à la p. 286:

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général, qui agit au nom de ce dernier dans des poursuites criminelles, n'est pas comptable à l'accusé dans un recours civil, sauf peut-être dans la mesure où il y a allégation de mauvaise foi dans l'exercice de ses fonctions, savoir l'équivalent du délit civil nommé de poursuites abusives, cause d'action dont nous avons traité [voir la p. 282, ci-dessus]. Je suis en conséquence d'avis de radier les parties de la déclaration ayant trait aux autres demandes que fait valoir German contre Major. [Je souligne.]

Ainsi, le poursuivant aurait-il agi uniquement ou principalement pour un motif illégitime, telle la malveillance, qu'il n'aurait pu bénéficier, suivant le raisonnement du juge Kerans, d'aucune immunité contre un recours pour poursuites abusives. Dans l'arrêt *Curry v. Dargie*, précité, on a conclu qu'un fonctionnaire de la commission de location résidentielle qui avait engagé une poursuite contre un locataire ne pouvait prétendre à une immunité absolue. Se fondant en partie sur l'arrêt antérieur *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27 (C.S.D.P.I.), où le juge Gillis avait refusé de radier un recours dirigé personnellement contre le ministre provincial de l'Agriculture, le juge Hart de la Cour d'appel a expliqué qu'il n'était pas disposé à aller aussi loin que les arrêts ontariens dans l'extension de la portée de l'immunité rattachée à la poursuite. Quoiqu'il ait établi une distinction entre l'affaire dont il était saisi et le cas où la poursuite est engagée par le procureur général ou un procureur de la Couronne, il a précisé qu'il ne tranchait pas la question de l'immunité des procureurs généraux ni des procureurs de la Couronne. Il dit ceci à la p. 110:

[TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à aller aussi loin que le juge Galligan [dans l'arrêt *Richman*, précité] en statuant qu'un fonctionnaire de la Couronne ne peut être

ly, but it is not necessary to consider that issue at the moment. I do not believe that in the case at Bar it can be said that the respondent in laying the information against the appellant was in fact carrying out a judicial function similar to those carried out by Attorneys General and prosecutors. An information can be laid by any person and there is no obligation under the Residential Tenancies Act requiring that it be laid by the respondent. Surely a person who undertakes to swear that she has reasonable and probable cause to believe that an offence has been committed must take personal responsibility for the results of that act and cannot simply say that she was merely following instructions of her superiors. Nor can it be said that she was by her act enforcing the criminal law or the provisions of any statute. She was simply setting in motion the forces of the justice system which would enable the persons charged with its administration to perform their duties. She was in no different position from the police informant or other person who lays an information in a criminal case without reasonable and probable cause for believing that the offence had been committed and with some malicious intent. Such a person is always liable to an action for malicious prosecution. [Emphasis added.]

The basis upon which Hart J.A. draws the distinction between the residential tenancy officer and the Attorney General, and which erases any doubt as to the non-existence of an immunity for the residential tenancy officer, is the fact that the Attorney General exercises a “judicial function” in commencing a prosecution, whereas the residential tenancy officer does not. I have already referred to the “judicial” nature of the Attorney General’s decision to prosecute: see the discussion of *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, *supra*. But can it be said that the mere fact of the Attorney General’s decision being “judicial” confers an absolute immunity? I do not think the law is decided on this point.

The “judicial” nature of the Attorney General’s decision to prosecute does not in any way render him a “court”, that is, an adjudicative entity. See on this point, *Re Van Gelder’s Patent* (1888), 6 R.P.C. 22 (C.A.), where Lord Esher, M.R., said, at p. 27:

tenu responsable d’une poursuite engagée avec malveillance, encore qu’il n’y ait pas lieu d’examiner cette question pour le moment. En l’espèce, je ne crois pas qu’on puisse dire qu’en faisant une dénonciation contre l’appelant, l’intimée exerçait dans les faits une fonction judiciaire analogue à celle qu’exercent les procureurs généraux et les poursuivants. Toute personne peut faire une dénonciation et la Residential Tenancies Act n’avait pas pour effet d’imposer cette obligation à l’intimée. Certes, la personne qui affirme sous serment avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise doit assumer personnellement les conséquences de son acte: elle ne peut simplement se retrancher derrière les instructions de ses supérieurs. On ne peut affirmer non plus qu’elle appliquait le droit criminel ou les dispositions d’une loi alors qu’elle ne faisait en somme qu’actionner les rouages du système judiciaire pour permettre ainsi à ceux qui sont chargés de son administration d’exécuter leurs fonctions. Sa position n’était en rien différente de celle de l’indicateur ou de toute autre personne faisant une dénonciation dans un affaire criminelle sans motifs raisonnables et probables de croire que l’infraction a été commise et avec quelque intention malveillante. Cette personne est toujours exposée à un recours pour poursuites abusives. [Je souligne.]

La distinction que fait le juge Hart entre le fonctionnaire de la commission de location résidentielle et le procureur général—distinction qui ne laisse aucun doute sur l’inexistence d’une immunité pour le premier—repose sur le fait qu’en intentant des poursuites, le procureur général exerce, à la différence du fonctionnaire, une «fonction judiciaire». J’ai évoqué précédemment la nature «judiciaire» de la décision que prend le procureur général en engageant des poursuites: voir l’analyse de l’arrêt *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, précité. Mais doit-on conclure que le simple fait que le procureur général prenne une décision «judiciaire» lui confère une immunité absolue? J’estime que le droit n’est pas fixé sur ce point.

Le caractère «judiciaire» de la décision du procureur général d’intenter des poursuites n’en fait d’aucune façon un «tribunal», c’est-à-dire une entité qui rend des décisions. Voir sur ce point *Re Van Gelder’s Patent* (1888), 6 R.P.C. 22 (C.A.), où le maître des rôles, lord Esher, déclare, à la p. 27:

If what I have said is true, after all the *Attorney-General* is not a Court. He may have a judicial function to perform, but he is not a Court, and prohibition does not lie to him . . . [Emphasis added.]

What is meant by the words “prohibition does not lie to him” is that the Attorney General’s decision to prosecute is not reviewable by any court. As A.L. Smith L.J. noted in *Comptroller-General of Patents, supra*, at p. 914:

The issue of such an [a criminal] information is entirely in the discretion of the Attorney-General, and no one can set such an information aside . . . [Emphasis added.]

Hence, the law is settled that the Attorney General’s exercise of his “judicial” functions, such as the commencement of criminal proceedings, the entering of a *nolle prosequi*, the entering of a stay under s. 579(1) of the *Criminal Code*, or the preferring of direct indictments in the absence of a committal for trial after a preliminary hearing, are all incapable of judicial review and to that extent, the Attorney General enjoys an absolute and total immunity on the basis that he is performing a judicial function.

Immunity from judicial review, however, does not equate to immunity from civil suit for damages incurred as a result of a maliciously instituted and executed prosecution. This Court has held that, in respect of adjudicative judicial decisions, there is a complete immunity from civil suit: *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716. In light of the reservations expressed by learned justices of the Alberta, Nova Scotia and English Courts of Appeal, however, I am loath to make a ruling on an appeal of a preliminary motion that a similar absolute immunity exists for the benefit of the Attorney General and his agents in respect of suits for malicious prosecution. If the Court were to make such a ruling on a point of this importance in a total absence of evidence, it would, in my view, be adopting a dangerous course. Let us not forget that, when Lord Mansfield was faced with the bleak reality of a colonial governor gone awry, imprisoning innocent people without proper trials and in contravention of the law, “absolutely des-

[TRADUCTION] Si ce qui précède est vrai, le procureur général n’est pas un tribunal. Il se peut qu’il soit investi d’une fonction judiciaire mais, n’étant pas un tribunal, il ne peut faire l’objet d’une prohibition. [Je souligne.]

- <sup>a</sup> Ce que le juge veut dire par «ne peut faire l’objet d’une prohibition», c’est que la décision du procureur général d’intenter des poursuites n’est pas assujettie au pouvoir de contrôle des tribunaux.
- <sup>b</sup> Comme le souligne lord juge A.L. Smith dans l’arrêt *Comptroller-General of Patents*, précité, à la p. 914:

[TRADUCTION] Une telle dénonciation [criminelle] relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du procureur général et nul ne peut l’annuler . . . [Je souligne.]

- Ainsi, il est établi en droit que, dans l’exercice de ses fonctions «judiciaires», telles l’introduction de poursuites criminelles, l’arrêt des procédures, par *nolle prosequi* ou selon le par. 579(1) du *Code criminel* ou encore la présentation d’un acte d’accusation en l’absence de renvoi à procès, à l’issue d’une enquête préliminaire, le procureur général
- <sup>e</sup> n’est pas assujetti au contrôle judiciaire et qu’il jouit dans cette mesure d’une immunité totale et absolue parce qu’il exerce une fonction judiciaire.

- <sup>f</sup> Cependant, échapper au contrôle judiciaire n’équivaut pas à bénéficier d’une immunité contre toute responsabilité civile pour les dommages résultant de poursuites engagées et menées avec malveillance. Cette Cour, dans l’arrêt *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, a conclu à l’existence d’une immunité complète en ce qui concerne les décisions proprement judiciaires. Compte tenu cependant des réserves exprimées par les juges des cours d’appel de l’Alberta, de la Nouvelle-Écosse et de l’Angleterre, j’hésite à statuer, en appel d’une exception préliminaire, qu’une immunité aussi absolue existe au profit du procureur général et de ses mandataires en matière de responsabilité pour poursuites abusives. Si la Cour devait se prononcer sur un point de cette importance en l’absence totale de preuve, elle s’engagerait, à mon avis, sur une voie dangereuse. N’oublions pas que c’est confronté à la triste réalité du gouverneur d’une colonie qui, devenu insensé, emprisonnait des innocents illégalement et sans procès équitable, «véritable

potic” and “accountable only to God, and his own conscience”, he felt compelled to reject any notion of immunity by virtue of the Governor’s office: see *Mostyn v. Fabrigas*, *supra*. The state of the law relating to the immunity of the Attorney General is, as has been shown, far from clear. Before laying down any proposition to the effect that the Attorney General and his agents enjoy absolute immunity from civil suit, there must be a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity and to furnish—in the event that it is decided that the immunity is not absolute—a factual basis for a determination of whether or not in this case the conduct of the prosecution was such that the appellant is entitled to a remedy.

Furthermore, the Attorney General’s immunity from judicial review, based on the exercise of a judicial function, does not equate with immunity from civil suit for damages for wrongful conduct in the performance of prosecutorial functions which do not involve the exercise of a judicial function. Indeed, most of the functions and acts performed by Crown Attorneys, as agents of the Attorney General, would fall into this category and, accordingly, the immunity may not extend to claims for damages as a result of a prosecution, however instituted but carried out with malice. A ruling on a preliminary motion to the effect that Attorneys General and their agents are absolutely immune from all liability for suits for malicious prosecution may therefore be too expansive and even ill-founded.

Therefore, my view is that this case is not one which should have been disposed of upon a pre-trial motion under Rule 126. The law has long been settled that it is only in the clearest of cases that actions will be struck out, and this is not such a clear case. Of interest in this connection are the comments made in an unreported case in the British Columbia Court of Appeal (*Barrisove v. McDonald*, B.C.C.A., No. 490/74, November 1, 1974 (McFarlane, Robertson and Carrothers J.J.A.)) where an action was commenced against a county court judge for alleged misconduct in the

despote» n’ayant de compte à rendre «qu’à Dieu et à sa conscience», que lord Mansfield s’est vu contraint de rejeter toute notion d’immunité rattachée à la charge de gouverneur: voir *Mostyn v. Fabrigas*, précité. Comme on a pu le voir, l’état du droit à l’égard de l’immunité conférée au procureur général est loin d’être clair. Avant d’énoncer en principe que le procureur général et ses mandataires jouissent d’une immunité absolue contre toute poursuite en responsabilité civile, il doit y avoir un procès pour trancher la question de l’immunité du poursuivant et—s’il est décidé que l’immunité n’est pas absolue—pour fournir le fondement factuel permettant de déterminer si, en l’espèce, la poursuite a été menée de façon telle que l’appelante est en droit d’obtenir réparation.

De plus, l’immunité du procureur général à l’égard du contrôle judiciaire, fondée sur l’exercice d’une fonction judiciaire, n’équivaut pas à une immunité de responsabilité civile pour les dommages résultant d’un acte fautif commis dans l’accomplissement de fonctions ne comportant pas l’exercice d’une fonction judiciaire. En fait, la plupart des fonctions et des actes qu’exécutent les procureurs de la Couronne à titre de mandataires du procureur général relèveraient de cette catégorie et, en conséquence, il est possible que l’immunité ne s’étende pas aux recours en dommages résultant d’une poursuite menée avec malveillance, quelle que soit la façon dont elle a été introduite. Une décision rendue sur une exception préliminaire et portant que les procureurs généraux et leurs mandataires sont à l’abri de toute responsabilité en matière de poursuites abusives pourrait donc être trop large et peut-être même mal fondée.

Par conséquent, je suis d’avis que la présente affaire n’aurait pas dû être tranchée sur une requête préliminaire présentée en vertu de la règle 126. Il est établi depuis longtemps que ce n’est que dans les cas les plus évidents que des actions seront radiées. Or ce n’est pas le cas en l’espèce. Sont intéressants à cet égard les commentaires faits dans un arrêt inédit de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (*Barrisove v. McDonald*, C.A.C.-B., n° 490/74, le 1<sup>er</sup> novembre 1974 (les juges McFarlane, Robertson et Carrothers)), où une action avait été introduite contre un juge d’une

course of the plaintiff's trial. The pleadings were struck out in the Supreme Court of British Columbia as alleging no reasonable cause of action, but an appeal was allowed, holding, in effect, that the allegations against the judge were cognizable in a civil action for damages. This case cannot now be considered as authoritative in view of the judgment in this Court in *Morier v. Rivard*, *supra*, but the comments made by Robertson J.A. in agreeing with the disposition made of the appeal are significant. He said (at p. 10):

I agree with the disposition proposed by my brother [McFarlane] and agree substantially with what he has said. I wish, however, to guard myself against being said to have made a pronouncement on the law which will be binding on the trial judge or upon this Court if following a trial, there should be an appeal to the Court. Rather than saying categorically that the endorsement on the writ and the Statement of Claim discloses a cause of action to which there can be no defence, I prefer to put my reasons on the ground that the question is not one which should have been decided in a proceeding of the sort that was taken here. It is so far from clear that no cause of action is disclosed that, as I have indicated, that stage of the proceedings was not one at which the question should have been decided.

In view of the uncertainty of the law upon this question, it is not possible, in my view, to conclude that the appellant has not alleged a reasonable cause of action in her pleadings and, therefore, the move to strike out the pleadings and dismiss the action as against the Attorney General must fail.

I would therefore dismiss the appeal as against the Crown. There is no order as to costs. I would allow the appeal as against the Attorney General with costs, and direct that the matter be returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I agree with my colleague Lamer J. except that I prefer to rely solely on the common law position as set forth by him, leaving

cour de comté sur une allégation d'action fautive pendant le procès du demandeur. La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait radié les actes de procédure au motif qu'ils ne révélaient aucune cause raisonnable d'action, mais l'appel de cette décision a été accueilli et il a été jugé que les allégations contre le juge pouvaient faire l'objet d'une action civile en dommages-intérêts. Compte tenu de l'arrêt précité de cette Cour, *Morier c. Rivard*, cette décision ne peut faire autorité, mais les propos qu'y tient le juge Robertson en souscrivant à la décision de la Cour d'appel sont significatifs (à la p. 10):

[TRADUCTION] Je suis en accord avec la façon dont mon collègue [le juge McFarlane] propose de trancher le litige et je souscris à l'essentiel de ses motifs. Je ne voudrais pas toutefois qu'on puisse conclure que j'ai établi un principe de droit liant le juge de première instance ou cette Cour, si elle était appelée à statuer en appel. Plutôt que d'affirmer catégoriquement que la mention sur le bref et la déclaration révèlent une cause d'action incontestable, je préfère invoquer comme motifs qu'une question de ce genre n'aurait pas dû être tranchée à l'occasion d'une procédure comme celle qui a été prise en l'espèce. Il est si peu manifeste qu'aucune cause d'action n'est révélée que, je le répète, ce n'est pas à ce stade des procédures que cette question aurait dû être tranchée.

Vu l'incertitude du droit sur ce point, il est impossible à mon avis de conclure que l'appelante n'a pas allégué une cause raisonnable d'action dans ses actes de procédure. En conséquence, la demande de radiation des actes de procédure et la demande de rejet de l'action contre le procureur général doit échouer.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi quant à la Couronne, sans adjudication de dépens. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi quant au procureur général, avec dépens, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée devant la Cour suprême de l'Ontario pour audition de la réclamation présentée contre le procureur général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Lamer, quoique je préfère me fonder uniquement sur la position qu'il a adoptée

consideration of *Charter* implications to another day when it becomes necessary to deal with them.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part)—While I agree with my colleague, Justice McIntyre, that the Crown enjoys absolute immunity from suit even for malicious prosecution, I respectfully disagree with his conclusion that the Attorney General and, by extension, Crown Attorneys, may not. Consequently, I would dismiss the appeal.

My colleague McIntyre J. is of the view that the lower courts erred in striking out the appellant's statement of claim under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice under circumstances where there was sufficient doubt as to the actual state of the law on the question. He finds that the law in Canada is somewhat ambiguous as to the question of the degree of immunity of Attorneys General and Crown Attorneys. For that reason, he orders the matter to proceed to trial. My point of divergence from the reasons of McIntyre J. concerns the appropriate response of this Court under the circumstances. Since, in my view, strong policy reasons exist for granting Attorneys General and Crown Attorneys absolute immunity from prosecution for actions taken in the proper exercise of their powers, I see no reason to prolong this matter any further by remitting it to trial to decide this very same issue.

I would like to make it clear at the outset that I am proceeding from the premise that any decisions taken or acts performed by the respondents in this case were done within the scope of their authority. I perceive the claim of the appellant to be founded on the idea that her prosecution by the respondents, though carried out within the bounds of their authority, was malicious. In this respect, I would distinguish the situation from that which arose in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. In that case, the claim was brought on the basis that the respondent had acted outside the scope of his legitimate authority. The civil action was brought

en vertu de la *common law* et remettre l'examen de l'effet de la *Charte* à un moment où il deviendra nécessaire de trancher cette question.

a Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie)—Quoique je partage l'avis de mon collègue le juge McIntyre, que la Couronne jouit d'une immunité absolue même au cas de poursuite malicieuse, avec déférence, je ne partage pas sa conclusion à l'effet que le procureur général et, par extension, les procureurs de la Couronne n'en jouissent pas. En conséquence, je rejetterais l'appel.

c Mon collègue le juge McIntyre estime que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en rejetant l'action de l'appelante en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario là où il existait un doute suffisant en ce qui concerne l'état du droit sur cette question. Il conclut que le droit au Canada dénote une certaine ambiguïté quant au degré d'immunité dont jouissent le procureur général et les procureurs de la Couronne. e Pour cette raison, il renvoie l'affaire au procès. Là où je diverge d'opinion avec le juge McIntyre c'est quant à la réponse appropriée que notre Cour doit donner à cette question dans les circonstances. f Comme j'estime qu'il existe de sérieuses raisons de principe qui militent en faveur de l'immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne à l'encontre de poursuites civiles pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, je ne vois pas de raison de prolonger indûment le débat en remettant l'affaire au juge du procès pour qu'il en décide.

h Je veux qu'il soit clair dès le départ que je pars de la prémisse que les décisions prises ou les actes entrepris par les intimés en l'instance l'ont été dans l'exercice de leurs fonctions. Telle que je la perçois, l'action de l'appelante est fondée sur la notion que la poursuite qui a été intentée contre elle par les intimés, quoiqu'intentée dans l'exercice de leurs fonctions, l'a été malicieusement. Dans cette perspective, il y a lieu de distinguer cette situation de celle qui a donné lieu à l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Dans cette affaire, j l'action avait été prise sur la base que l'intimé avait agi au-delà des limites de ses pouvoirs. La

against Maurice Duplessis in his capacity as an individual, and not against Duplessis in either of his official roles as Premier of the province or as Attorney General. As Rand J. stated, at pp. 142-43:

The office of Attorney-General traditionally and by statute carries duties that relate to advising the Executive, including here, administrative bodies, enforcing the public law and directing the administration of justice. In any decision of the statutory body in this case, he had no part to play beyond giving advice on legal questions arising. In that role his action should have been limited to advice on the validity of a revocation for such a reason or purpose and what that advice should have been does not seem to me to admit of any doubt. To pass from this limited scope of action to that of bringing about a step by the Commission beyond the bounds prescribed by the legislature for its exclusive action converted what was done into his personal act. [Emphasis added.]

And at p. 144:

Was the act here, then, done by the respondent in the course of that exercise [of his functions]? The basis of the claim, as I have found it, is that the act was quite beyond the scope of any function or duty committed to him, so far so that it was one done exclusively in a private capacity, however much in fact the influence of public office and power may have carried over into it.

It may well be that a governmental authority who acts with malice acts outside of the scope of his authority. However, this is not the issue which was put before us. It is to be noted that the appellant chose to proceed against the Attorney General in his official, rather than personal, capacity. In her factum, the appellant also maintains that all of the respondents were acting, "at all material times" as agents of the Attorney General for Ontario, who "acted as an agent" of Her Majesty the Queen in right of Ontario.

For the purposes of Rule 126, as McIntyre J. has indicated, we must assume that all the facts alleged by the appellant in her submissions are true. The question then, to be decided before the matter is allowed to go to trial, is simply: does the appellant's claim disclose a reasonable cause of

réclamation civile a été intentée contre Maurice Duplessis en sa capacité personnelle et non pas contre Duplessis es qualité premier ministre de la province ou procureur général de la province.

*a* Comme le juge Rand l'écrit, aux pp. 142 et 143:

[TRADUCTION] La charge de procureur général s'accompagne traditionnellement et en vertu de la loi de devoirs qui consistent à conseiller l'Exécutif et notamment, comme dans le cas présent, les corps administratifs, à mettre à exécution le droit public et à diriger l'administration de la justice. Dans toute décision de l'organisme statutaire qui nous occupe dans cette affaire, son rôle devrait se borner à celui de conseil sur les questions de droit qui pouvaient se poser. Dans ce rôle, son action aurait dû se limiter à donner un avis sur la validité d'une révocation pour une telle raison ou dans un tel but, et ce qu'aurait dû être cet avis ne me semble souffrir aucune discussion. Le fait de sortir de ce champ d'action limité pour provoquer de la part de la Commission une mesure qui dépassait les limites de l'action exclusive que la législature lui avait assignées, voilà ce qui a fait de son acte un acte personnel. [Je souligne.]

Et à la p. 144:

[TRADUCTION] L'acte en cause ici a-t-il, dès lors, été fait par l'intimé dans l'exercice de ses fonctions? Le fondement de la plainte, il me semble, était que cet acte était de loin hors de toute fonction ou de tout devoir qui lui avaient été confiés, à tel point qu'il n'a pu être fait qu'exclusivement à titre privé, malgré l'importance de l'influence qu'ont pu en fait exercer sur lui la charge et le pouvoir publics réels.

Il est sans doute possible de prétendre qu'une autorité gouvernementale qui agit avec malice, ce faisant, excède ses pouvoirs. Ce n'est toutefois pas ce qu'on plaide devant nous. Je trouve significatif que l'appelante ait choisi de procéder contre le procureur général en sa qualité officielle plutôt que personnellement. Dans son mémoire, l'appelante soutient de plus que tous les intimés agissaient «en tout temps opportun» à titre d'agents du procureur général de l'Ontario, qui, lui, «agissait à titre d'agent» de Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Pour les fins de la règle 126, comme le juge McIntyre le mentionne, nous devons présumer que tous les faits allégués par l'appelante sont vrais. La question qui doit être décidée avant que l'affaire ne soit renvoyée à procès, est simplement celle-ci: l'appelante a-t-elle un droit d'action? Il s'agit là

action? This is a pure question of law, and no evidence is required for its determination. In fact, there is every advantage, in terms of saving the time and cost of a trial, to decide a question of law at the outset. This, in fact, is the very reason for the existence of Rule 126.

In the present case, a determination that the Attorney General and Crown Attorneys enjoy absolute immunity would settle the question definitively. Both the judge at first instance and the Court of Appeal of Ontario proceeded on this basis. I intend to do so as well. This is also the course followed in *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, which came to this Court on an interlocutory question similar to the one in this case.

This, of course, does not mean that I disagree with McIntyre J. when he proposes that, in general, important questions should not be disposed of in interlocutory fashion. However, this, in my view, does not apply in cases such as the one before us, where the defense offered at the outset is one of law only, namely that the right of action is barred independently of the facts alleged.

The action brought by Nelles is completely dependent upon the answer to the question of whether Attorneys General and Crown Attorneys are immune from civil suit. As such, the matter can and should be decided by this Court in the present appeal. My answer to the question is that the immunity from civil suit enjoyed by Attorneys General and Crown Attorneys is absolute when they are acting within the bounds of their authority. I rest my reasons on the very carefully considered judgment of the unanimous Ontario Court of Appeal: *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513. The Court of Appeal (Houlden, Thorson and Robins J.J.A.) undertook a thorough review of the authorities in the course of a lengthy and well reasoned discussion of the arguments on either side of the issue.

As Thorson J.A. put it, at p. 531:

d'une pure question de droit qui, pour sa détermination, ne requiert ni enquête ni preuve. En fait, il y a tout avantage, en termes de temps et de coût qu'implique un procès, de décider de cette question *a in limine litis*. C'est précisément d'ailleurs la raison d'être de la règle 126.

En l'instance, une décision à l'effet que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue réglerait définitivement la question. Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont procédé sur cette base. J'entends aussi le faire. C'est d'ailleurs la voie empruntée par notre Cour dans l'arrêt *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, qui est venu devant notre Cour sur une requête interlocutoire similaire à celle qui fait l'objet du présent appel.

d Ceci, bien sûr, ne veut pas dire que je ne partage pas les vues de mon collègue le juge McIntyre lorsqu'il propose qu'en général d'importantes questions ne devraient pas être décidées à l'occasion de requêtes de nature interlocutoire. Cependant, j'estime que cette règle ne s'applique pas dans les cas où, comme ici, la défense à ce stade en est une de droit uniquement, soit que le droit d'action n'existe pas, quels que soient les faits allégués.

f Le sort de l'action entreprise par l'appelante Nelles dépend entièrement de la réponse à la question de savoir si les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue à l'encontre d'une poursuite civile. Une telle question peut et doit être résolue par notre Cour dans le présent pourvoi. En réponse à cette question, je suis d'opinion que les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue à l'encontre de poursuites civiles lorsqu'ils agissent dans les limites de leurs pouvoirs. J'assois mon opinion sur le jugement unanime et les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513. La Cour d'appel (les juges Houlden, Thorson et Robins) s'est livrée à une revue exhaustive de la jurisprudence dans le cours d'une discussion, élaborée et bien étayée, des arguments militant en faveur de l'un et l'autre point de vue.

Tel que l'écrit le juge Thorson, à la p. 531:



... the concept that the Attorney-General and Crown Attorneys should enjoy an absolute immunity from civil suit for their conduct in initiating and conducting criminal prosecutions is a troubling one. That it confronts thoughtful and fair-minded persons with the need to make what cannot be other than a difficult choice, is obvious.

Ultimately, however, “[a]s is so often the case, the answer must be found in a balance between the evils inevitable in either alternative” (*Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), at p. 581).

While there are significant differences between the role of prosecutors in the American legal system, and the role of Crown Attorneys in Canada, it is my view that the basic principles underlying the grant of immunity to these agents are the same. These principles have been clearly elucidated in American case law. For example, in *Gregoire, supra*, Learned Hand J. expanded on the underlying rationale for the immunity of officials, at p. 581:

The justification for doing so is that it is impossible to know whether the claim is well founded until the case has been tried, and that to submit all officials, the innocent as well as the guilty, to the burden of a trial and to the inevitable danger of its outcome, would dampen the ardor of all but the most resolute, or the most irresponsible, in the unflinching discharge of their duties. Again and again the public interest calls for action which may turn out to be founded on a mistake, in the face of which an official may later find himself hard put to it to satisfy a jury of his good faith. There must indeed be means of punishing public officers who have been truant to their duties; but that is quite another matter from exposing such as have been honestly mistaken to suit by anyone who has suffered from their errors.

Similarly, Powell J. in *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), observed, at pp. 422-23:

The common-law immunity of a prosecutor is based upon the same considerations that underlie the common-law immunities of judges and grand jurors acting within the scope of their duties. These include concern that harassment by unfounded litigation would cause a de-

[TRADUCTION] ... le concept que le procureur général et les procureurs de la Couronne devraient jouir d'une immunité absolue à l'encontre de poursuites civiles en raison de leur conduite dans l'initiation et la conduite de poursuites criminelles est une question troublante. Qu'elle confronte des personnes ayant un souci d'équité et de justice avec la nécessité de faire un choix qui ne peut être que difficile, est évident.

En bout de ligne, toutefois, [TRADUCTION] «[c]omme c'est souvent le cas, la réponse se trouve dans la recherche d'un juste équilibre entre deux maux également inévitables» (*Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), à la p. 581).

Quoiqu'il existe des divergences significatives entre le rôle des procureurs (*prosecutors*) dans le système juridique américain et celui des procureurs de la Couronne au Canada, j'estime que les principes fondamentaux qui sous-tendent l'immunité accordée à ces agents sont les mêmes. Ces principes ont été clairement énoncés dans la jurisprudence américaine. À titre d'exemple, dans *Gregoire*, précité, le juge Learned Hand a explicité la philosophie sous-jacente en ce qui concerne l'immunité des officiers publics, à la p. 581:

[TRADUCTION] La justification pour ce faire est qu'il est impossible de savoir si l'action est bien fondée jusqu'à ce que le procès ait lieu et de soumettre tous les officiers publics, les innocents comme les coupables, au fardeau d'un procès et à l'inévitable incertitude quant à son issue, serait de nature à éteindre l'ardeur de non moins que le plus résolu, ou le plus irresponsable, dans la décharge indéfectible de ses devoirs. L'intérêt public demande plus souvent qu'autrement que des décisions soient prises, décisions qui pourraient par la suite s'avérer mal fondées, ce pourquoi un officier public pourrait être obligé de défendre sa bonne foi devant un jury. Il doit sûrement y avoir des moyens de punir un officier public qui a négligé son devoir; ceci est toutefois tout autre chose que d'exposer ceux qui ont commis d'honnêtes erreurs de la part de quiconque a été victime de ces erreurs.

De même, le juge Powell dans *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), a fait observer, aux pp. 422 et 423:

[TRADUCTION] L'immunité de *common law* d'un procureur (*prosecutor*) est fondée sur les mêmes considérations qui sous-tendent l'immunité des juges et des grands jurés qui agissent dans les limites de leurs pouvoirs. Ces considérations incluent la peur que le harcèlement d'être

flection of the prosecutor's energies from his public duties, and the possibility that he would shade his decisions instead of exercising the independence of judgment required by his public trust.

The role of absolute immunity is not to protect the interests of the individual holding the office, rather it is to advance the greater public good. Absolute immunity is based upon principles of public policy. In *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), Rogers J. wrote, at p. 406:

The public interest requires that persons occupying such important positions and so closely identified with the judicial departments of the government should speak and act freely and fearlessly in the discharge of their important official functions. They should be no more liable to private suits for what they say and do in the discharge of their duties than are the judges and jurors, to say nothing of the witnesses who testify in a case.

Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them. It is unfortunate that, like all human beings, they cannot be immune from error. However, the holders of such offices can and should be immune from prosecution for any such errors which occur in the course of the exercise of their functions. The freedom of action of Attorneys General and Crown Attorneys is vital to the effective functioning of our criminal justice system. In my view, the greater public interest is best served by giving absolute immunity to these agents.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed as against the Crown and appeal allowed with costs as against the Attorney General, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Stikeman, Elliott, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: R. F. Chaloner, Toronto.*

entraîné dans un litige non fondé serait de nature à réduire la vigueur que les procureurs doivent avoir dans la décharge de leurs devoirs publics et la possibilité qu'ils nuancent leurs décisions au lieu de les exercer avec l'indépendance de jugement que requiert la confiance que le public met en eux.

L'immunité absolue n'a pas pour but de protéger l'individu qui détient une charge publique mais plutôt d'assurer le plus grand bien du public. L'immunité absolue est fondée sur des principes d'ordre public. Dans l'arrêt *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), le juge Rogers écrit, à la p. 406:

[TRADUCTION] L'intérêt public requiert que les personnes qui occupent des positions d'une telle importance et si intimement liées au secteur de la justice du gouvernement doivent parler et agir librement et sans peur dans la décharge de leurs importantes fonctions officielles. Elles ne devraient pas être plus susceptibles de poursuites civiles pour leurs paroles et leurs actes dans l'exercice de leurs fonctions que ne le sont les juges et les jurés, sans parler des témoins appelés à rendre témoignage dans une cause.

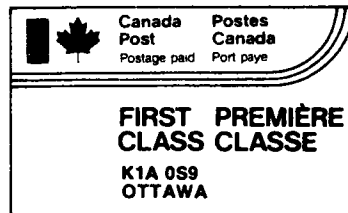
Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant au dépôt d'une poursuite dans des affaires qui leur sont soumises. Il est malheureux que, comme tout être humain, ils ne soient pas exempts d'erreurs. Toutefois, ceux qui détiennent de telles positions peuvent et doivent jouir d'une immunité de poursuite pour de telles erreurs qui se produisent dans le cours de l'exercice de leurs fonctions. La liberté d'action des procureurs généraux et des procureurs de la Couronne est vitale pour assurer que notre système de justice criminelle fonctionne de façon efficace. J'estime que le bien public est mieux servi en conférant à ces agents une immunité absolue.

Je rejetterais l'appel.

*Pourvoi rejeté en ce qui concerne la Couronne et accueilli avec dépens en ce qui concerne le procureur général, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente en partie.*

*Procureurs de l'appelante: Stikeman, Elliott, Toronto.*

*Procureur des intimés: R. F. Chaloner, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 2, 1989 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 1989 Vol. 2**

Cited as [1989] 2 S.C.R. 225-427

Renvoi [1989] 2 R.C.S. 225-427

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by  
GUY Y. GOULARD, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor  
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secretaries  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par  
GUY Y. GOULARD, C.R.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtière en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

Arrêtières  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secrétaires  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

## CONTENTS

### **Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) . 225**

Constitutional law — Division of powers — Interprovincial work or undertaking — Provincial telecommunications system — Physical equipment and subscribers located within province — Member of unincorporated group providing national and international service — Agreements subject to federal regulation — Whether or not work or undertaking within federal jurisdiction — If so, whether or not agent of provincial Crown bound by federal regulatory provisions — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a) — Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, c. A-23, ss. 1(c), (d), 4, 42(1) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 1980, c. P-37, ss. 1(j), 70(1)(c) — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 5, 320(1), (11), (12).

Crown — Immunity — Agent of provincial Crown operating provincial telecommunications system — If system otherwise subject to federal regulation, whether or not provincial Crown bound by federal regulatory provisions — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 16, 28.

### **Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc. .... 419**

Prescription — Interruption — Joint and several debtors — Child injured by farm equipment — Action for damages brought against owner of equipment within prescription period — Manufacturer of equipment joined to action as defendant after prescription period expired — Out-of-court settlement

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) ... 225**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Ouvrage ou entreprise de nature interprovinciale — Système de télécommunications interprovincial — Installations et abonnés situés à l'intérieur de la province — Appartenance à une organisation non constituée en personne morale qui fournit un service national et international — Accords soumis à la réglementation fédérale — S'agit-il d'un ouvrage ou d'une entreprise relevant de la compétence fédérale? — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une mandataire de la Couronne provinciale assujettie à la réglementation fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a) — Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, chap. A-23, art. 1c), d), 4, 42(1) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 1980, chap. P-37, art. 1j), 70(1)c) — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 5, 320(1), (11), (12).

Couronne — Immunité — Mandataire de la Couronne provinciale exploitant un système provincial de télécommunications — Si le système est assujetti à la réglementation fédérale, la Couronne provinciale est-elle soumise aux dispositions fédérales de réglementation? — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16, 28.

### **Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc. .... 419**

Prescription — Interruption — Débiteurs solidaires — Enfant blessé par une machine agricole — Action en dommages intentée contre le propriétaire de la machine agricole à l'intérieur du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

between plaintiff and owner — Whether out-of-court settlement eliminated interruption of prescription caused by filing of action against other joint and several codebtors — Civil Code of Lower Canada, arts. 2224, 2231, 2262(2).

Civil responsibility — Manufacturer — Causation — Child injured by farm equipment — Action for damages against manufacturer — Causal link broken between acts allegedly committed by manufacturer and accident involving child — Action dismissed — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

### **IBEW v. Alberta Government Telephones ..... 318**

Constitutional law — Division of powers — Interprovincial work or undertaking — Labour relations — Provincial telecommunications system found to be interprovincial undertaking under federal jurisdiction — Whether or not employees of system subject to regulatory jurisdiction of Canada Labour Relations Board — Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a) — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 108, 109(1), (2), (3), (4), 124.

Crown — Immunity — Agent of provincial Crown operating interprovincial telecommunications system — Whether or not employees of provincial Crown agent subject to Canada Labour Relations Board — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

### **MacKay v. Manitoba ..... 357**

Constitutional law — Charter of Rights — Charter litigation — Factual basis — Declaration sought without factual basis on which to decide issue — Whether or not Charter issues should be decided in absence of factual basis.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Act providing for payment of portion of election expenses if candidates and parties received fixed proportion of votes — Whether or not Act infringing freedom of expression — The Elections Finances Act, S.M. 1982-83-84, c. 45 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

### **Neveu v. Côté Estate (motion) ..... 342**

Practice — Motion for extension of time for filing application for leave to appeal — Delay due to various factors including negotiations for settlement — Counsel for principal defendants informed of intention to appeal if negotiations unsuccessful — Case dependant on leave from Court and extension of time sought only so application for leave could be filed — Applicant should not be deprived of right to refer the question to Supreme Court of Canada solely because of additional delay — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 58, 59(1).

### **R. v. Cassidy ..... 345**

Criminal law — Possession of weapon for a purpose dangerous to public peace — Accused intoxicated when ordering police from home with shotgun — Appellate court setting aside acquittal and entering conviction — Whether or not elements of offence made out — Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 613(4)(a), (b)(i), (ii).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

délaï de prescription — Fabricant de la machine agricole joint à l'action en tant que défendeur après l'expiration du délaï de prescription — Règlement hors cours entre le demandeur et le propriétaire — Le règlement hors cour a-t-il éliminé l'interruption de prescription provoquée par le dépôt de l'action contre les autres codébiteurs solidaires? — Code civil du Bas-Canada, art. 2224, 2231, 2262(2).

Responsabilité civile — Fabricant — Causalité — Enfant blessé par une machine agricole — Action en dommages contre le fabricant — Rupture du lien de causalité entre les faits et gestes reprochés au fabricant et l'accident subi par l'enfant — Action rejetée — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

### **FIOE c. Alberta Government Telephones ..... 318**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Ouvrage ou entreprise de nature interprovinciale — Relations de travail — Système provincial de télécommunications déclaré entreprise interprovinciale soumise à la compétence fédérale — Les employés de ce système relèvent-ils du pouvoir de réglementation du Conseil canadien des relations du travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a) — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 108, 109(1), (2), (3), (4), 124.

Couronne — Immunité — Mandataire de la Couronne provinciale exploitant un système interprovincial de télécommunications — Les employés de la mandataire de la Couronne provinciale sont-ils assujettis au Code canadien du travail? — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

### **MacKay c. Manitoba ..... 357**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Litige relatif à la Charte — Fondement factuel — Déclaration recherchée sans fondement factuel permettant de trancher la question en litige — Des litiges relatifs à la Charte peuvent-ils être tranchés sans fondement factuel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Loi prévoyant le paiement d'une partie des dépenses électorales si les candidats et les partis obtiennent une proportion déterminée des votes — La Loi viole-t-elle la liberté d'expression? — Loi sur le financement des campagnes électorales, L.M. 1982-83-84, chap. 45 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

### **Neveu c. Succession Côté (requête) ..... 342**

Pratique — Requête en prorogation de délaï pour produire une demande d'autorisation de pourvoi — Retard dû à plusieurs facteurs dont la négociation d'un règlement — Avocats des défendeurs principaux avisés de l'intention d'interjeter appel en cas d'échec des négociations — Affaire dépendant de l'autorisation de la Cour et prorogation de délaï demandée uniquement pour pouvoir produire une demande d'autorisation — La requête ne doit pas être privée du droit de s'adresser à la Cour suprême du Canada uniquement en raison d'un délaï additionnel — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), chap. S-26, art. 58, 59(1).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Courts — Appeal — Appellate court setting aside acquittal and entering conviction — Intoxication giving rise to question as to ability to form requisite intent — Whether or not elements of offence made out — Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial.

### **R. v. Leaney** ..... 393

Criminal law — Appeals — Error of law at trial — Provision for upholding of conviction if no substantial wrong or miscarriage of justice — Appellants convicted of charges arising out of a robbery and a break and enter — Error with respect to admission of evidence as to identity of accused — Remaining evidence circumstantial — Convictions upheld on appeal — Whether or not Court of Appeal erred in upholding convictions — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

### **R. v. Smith** ..... 368

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of his right to counsel but declined to call his lawyer in the evening — Accused indicating his desire to remain silent during questioning until he saw his lawyer in the morning — Accused making statement “off the record” — Whether accused given reasonable opportunity to contact counsel — Whether accused’s right to counsel infringed — If so, whether statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

### **Reference Re Workers’ Compensation Act, 1983 (Nfld.) (application to intervene)** ..... 335

Practice — Application to intervene — Applicant contesting constitutionality of similar provisions in another province — Attorney General of that province intervening as of right — Factors to be considered in according individual right to intervene — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 55(4) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 18(3)(a), (c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Constitution Act, 1982, s. 52(2) — Workers’ Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34 — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437, ss. 10, 11.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Cassidy** ..... 345

Droit criminel — Possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — L’accusé était dans un état d’intoxication lorsqu’il a sommé les policiers de quitter le domicile avec un fusil — Annulation de l’acquittement et inscription d’une déclaration de culpabilité par la Cour d’appel — Les éléments de l’infraction ont-ils été prouvés? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu’en ordonnant la tenue d’un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 613(4)a), b)(i), (ii).

Tribunaux — Appel — Annulation de l’acquittement et inscription d’une déclaration de culpabilité par la Cour d’appel — État d’intoxication soulevant la question de la capacité d’avoir l’intention requise — Les éléments de l’infraction ont-ils été prouvés? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu’en ordonnant la tenue d’un nouveau procès?

### **R. c. Leaney** ..... 393

Droit criminel — Appels — Erreur de droit au procès — Disposition prévoyant confirmation de la déclaration de culpabilité s’il ne s’est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Appellants reconnus coupables relativement à des accusations découlant d’un vol qualifié et d’une introduction par effraction — Erreur concernant l’admission d’éléments de preuve sur l’identité des accusés — Le reste de la preuve est de nature circonstancielle — Confirmation des déclarations de culpabilité en appel — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en confirmant les déclarations de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).

### **R. c. Smith** ..... 368

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’assistance d’un avocat — Informé de son droit à l’assistance d’un avocat, l’accusé refuse d’appeler son avocat dans la soirée — Indication par l’accusé à l’interrogatoire qu’il souhaite ne rien dire avant d’avoir consulté son avocat le lendemain matin — Déclaration faite par l’accusé «en confidence» — A-t-on donné à l’accusé une possibilité raisonnable de joindre un avocat? — Le droit de l’accusé à l’assistance d’un avocat a-t-il été violé? — Dans l’affirmative, sa déclaration doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

### **Renvoi: Workers’ Compensation Act, 1983 (T.-N.) (demande d’intervention)** ..... 335

Pratique — Demande d’intervention — Contestation par le requérant de la constitutionnalité de dispositions semblables dans une autre province — Intervention de plein droit du procureur général de cette province — Facteurs à considérer pour accorder à un individu le droit d’intervenir — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 55(4) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18(3)a), c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(2) — Workers’ Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34 — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437, art. 10, 11.





**Alberta Government Telephones** *Appellant*

and

**Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and CNCP** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland** *Interveners*

INDEXED AS: ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES v. CANADA (CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION)

File No.: 19731.

1987: November 12, 13; 1989: August 14.

Present: Dickson C.J. and Beetz\*, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Division of powers — Inter-provincial work or undertaking — Provincial telecommunications system — Physical equipment and subscribers located within province — Member of unincorporated group providing national and international service — Agreements subject to federal regulation — Whether or not work or undertaking within federal jurisdiction — If so, whether or not agent of provincial Crown bound by federal regulatory provisions — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a) — Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, c. A-23, ss. 1(c), (d), 4, 42(1) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 1980, c. P-37, ss. 1(j), 70(1)(c) — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 5, 320(1), (11), (12).*

\* Beetz, Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

**Alberta Government Telephones** *Appelante*

et

**Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et Télécommunications CNCP** *Intimés*

et

*b* **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la**  
*c* **Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve** *Intervenants*

*d* RÉPERTORIÉ: ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES c. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES)

*e* N° du greffe: 19731.

1987: 12, 13 novembre; 1989: 14 août.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz\*, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*g* *Droit constitutionnel — Partage des compétences — Ouvrage ou entreprise de nature interprovinciale — Système de télécommunications interprovincial — Installations et abonnés situés à l'intérieur de la province — Appartenance à une organisation non constituée en personne morale qui fournit un service national et international — Accords soumis à la réglementation fédérale — S'agit-il d'un ouvrage ou d'une entreprise relevant de la compétence fédérale? — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une mandataire de la Couronne provinciale assujettie à la réglementation fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)(a) — Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, chap. A-23, art. 1c), d), 4, 42(1) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 1980, chap. P-37, art. 1j), 70(1)c) — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 5, 320(1), (11), (12).*

\*Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

*Crown — Immunity — Agent of provincial Crown operating provincial telecommunications system — If system otherwise subject to federal regulation, whether or not provincial Crown bound by federal regulatory provisions — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 16, 28.*

Alberta Government Telephones (AGT) was created by statute by the province of Alberta to provide telephone and telecommunications services within the province. Its activities were subject to regulation by a provincial commission. AGT's physical equipment connected with the cable and microwave equipment of other companies at the Alberta border. AGT was also a member of Telecom Canada, an unincorporated group composed of telecommunications companies providing a network for telecommunications services throughout Canada. The agreements to which AGT was a party were subject to federal regulation by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) but the applications for approval of these agreements had been made by Telecom Canada and never by AGT. CNCP was not a member of Telecom Canada and was not a party to the agreements to which AGT was a party.

On September 17, 1982, CNCP brought an application to the CRTC seeking various orders under the *Railway Act* requiring AGT to provide facilities for the interchange of telecommunications traffic between the system operated by CNCP and the system operated by AGT. AGT, however, sought and was granted a writ of prohibition in the Federal Court, Trial Division on the ground that, although AGT was a federal undertaking within s. 92(10)(a), it was entitled to assert Crown immunity as an agent of the provincial Crown. The Federal Court of Appeal agreed that AGT was a federal undertaking, but held that AGT had exceeded its statutory mandate and was therefore not entitled to assert Crown immunity. The order of prohibition was set aside.

The constitutional questions before this Court queried (1) if AGT was a work or undertaking within federal legislative authority by virtue of s. 92(10)(a) or otherwise of the *Constitution Act, 1867*, and (2) if so, was AGT bound by the relevant provisions of the *Railway Act*.

*Couronne — Immunité — Mandataire de la Couronne provinciale exploitant un système provincial de télécommunications — Si le système est assujéti à la réglementation fédérale, la Couronne provinciale est-elle soumise aux dispositions fédérales de réglementation? — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16, 28.*

Alberta Government Telephones (AGT) a été constituée par la province de l'Alberta en vertu d'une loi pour fournir des services de téléphone et de télécommunications dans la province. Les activités de l'entreprise tombaient sous le contrôle d'une commission provinciale. Les installations de l'AGT sont raccordées aux câbles et à l'équipement de communications par micro-ondes d'autres entreprises à la frontière de l'Alberta. L'AGT appartient aussi à Télécom Canada, une organisation non constituée en personne morale d'entreprises de télécommunications qui fournit un réseau de télécommunications dans l'ensemble du Canada. Les accords auxquels l'AGT est partie sont soumis à la réglementation fédérale édictée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), mais les demandes d'approbation de ces accords ont toujours été faites par Télécom Canada et non par l'AGT. CNCP n'appartient pas à Télécom Canada et n'est pas partie aux accords conclus par l'AGT.

Le 17 septembre 1982, CNCP a présenté au CRTC une requête conformément à la *Loi sur les chemins de fer*, par laquelle elle sollicitait diverses ordonnances en vue d'obliger l'AGT à fournir des installations pour l'échange de services de télécommunications entre le système exploité par CNCP et celui exploité par l'AGT. D'autre part, l'AGT a demandé et obtenu la délivrance d'un bref de prohibition par la Division de première instance de la Cour fédérale qui a conclu que l'AGT était une entreprise fédérale au sens de l'al. 92(10)a) mais, en tant que mandataire de la Couronne provinciale, pouvait invoquer l'immunité de la Couronne. La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion que l'AGT était une entreprise fédérale mais a conclu que l'AGT avait excédé son mandat en vertu de la loi et ne pouvait donc se prévaloir de l'immunité de la Couronne. L'ordonnance de prohibition a été annulée.

Cette Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes: (1) l'AGT est-elle un ouvrage ou une entreprise qui relève de la compétence législative fédérale en vertu de l'al. 92(10)a) ou d'une autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* et (2), si la réponse est affirmative, l'AGT est-elle liée par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer*?

*Held* (Wilson J. dissenting): The appeal should be allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

*Per* Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: AGT is an interprovincial undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* and accordingly lies exclusively within federal jurisdiction. However, as a provincial Crown agent, AGT is entitled to claim Crown immunity with the effect that AGT does not fall within the regulatory authority of the CRTC pursuant to the terms of ss. 5 and 320 of the *Railway Act*. Had the *Railway Act* been expressly made to bind the Crown, however, AGT would have been subject to its provisions as a constitutional matter.

The question of whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation, and in determining that, the normal or habitual activities of the business as "a going concern" must be considered without regard for exceptional or casual factors. A single comprehensive test for all cases cannot be formulated in the abstract; the court must be guided by the particular facts in each situation.

The location of the physical apparatus in one province and the fact that all the recipients of a service are within a single province do not preclude an undertaking's being interprovincial in scope. The primary concern is not the physical structures or their geographical location, but the service provided by the undertaking through the use of its physical equipment.

AGT's involvement in the transmission and reception of electronic signals at the borders of Alberta was sufficient to mark AGT as an interprovincial, as opposed to a local, undertaking. While the mere interconnection of physical facilities in one province with those in a neighbouring province may not of itself be sufficient to warrant an undertaking's being characterized as interprovincial, much more than mere physical interconnection of AGT's system at provincial borders is involved here. AGT's various bilateral and multilateral commercial arrangements enable it to play a crucial role in the national telecommunications system and so provide to its local subscribers services of an interprovincial and international nature.

A constitutional issue is to be determined by the reality of the situation, and not the choice of a particular corporate form. AGT's role and relationship with Telecom Canada is therefore relevant to AGT's own consti-

*Arrêt* (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la seconde une réponse négative.

*Le* juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, La Forest et l'Heureux-Dubé: L'AGT est une entreprise interprovinciale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; en conséquence, elle relève entièrement de la compétence fédérale. Toutefois, comme mandataire de la Couronne provinciale, l'AGT peut invoquer l'immunité de la Couronne ce qui fait qu'elle n'est pas assujettie au pouvoir de réglementation conféré au CRTC en vertu des art. 5 et 320 de la *Loi sur les chemins de fer*. Si la *Loi sur les chemins de fer* avait été rédigée de façon à lier la Couronne, l'AGT serait assujettie à ses dispositions, sur le plan constitutionnel.

La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation et pour la déterminer il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active» sans tenir compte des facteurs exceptionnels ou occasionnels. Il est impossible de formuler sans contexte un seul critère qui soit complet; les faits particuliers de chaque affaire doivent guider le tribunal.

L'emplacement des installations dans une province et le fait que tous les bénéficiaires d'un service se trouvent dans une seule province n'empêchent pas qu'une entreprise soit de nature interprovinciale. Il faut se préoccuper principalement non pas des structures matérielles ou de leur emplacement géographique, mais plutôt du service que l'entreprise fournit au moyen de ses installations matérielles.

Le fait que l'AGT émette et reçoive des signaux électroniques aux frontières de l'Alberta indique que l'AGT est une entreprise interprovinciale plutôt qu'une entreprise locale. Bien que le simple raccordement d'installations matérielles d'une province à celles d'une autre province ne suffise pas pour la qualifier comme une entreprise interprovinciale, il y a beaucoup plus en l'espèce que le simple raccordement matériel du système de l'AGT aux frontières provinciales. Grâce à divers arrangements commerciaux de nature bilatérale et multilatérale, l'AGT est en mesure de jouer un rôle essentiel dans le système national de télécommunications et d'offrir à ses abonnés locaux des services de nature interprovinciale et internationale.

La réponse à une question constitutionnelle dépend plus des faits de l'espèce que de la forme particulière de constitution en personne morale. Le rôle et les rapports de l'AGT avec Telecom Canada sont pertinents quant à

tutional character. AGT is the mechanism through which the residents of Alberta send and receive interprovincial and international telecommunications services. The services are provided through both corporate and physical arrangements which are marked by a high degree of cooperation. Telecom Canada is one essential vehicle employed by AGT to interprovincialize and internationalize its services. No label need be attached to the legal relationship that exists among the members of Telecom Canada. It is a form of a joint venture and is a necessary feature of AGT's overall undertaking. AGT could not separate itself from Telecom Canada without significantly altering the fundamental nature of AGT's enterprise.

The fact that the members of Telecom Canada own their respective "works" is not significant. The separate ownership of works does not, in this case, take away from the degree of integration which exists between the member system and the level of cooperation and coordination which exists in the national telephone system. It does not make AGT's system less interprovincial and it does not make the Telecom Canada enterprise a mere loose association of interested parties. Ownership itself is not conclusive.

An individual organization does not necessarily retain its local character because it lacks the ability to effect an interprovincial connection on its own. The criterion of a single promoter is not essential to a finding of an interprovincial operation. Even if it were, AGT and the other members of Telecom Canada would be considered "single promoters" in that they act together, as one unit, through a form of joint venture to effect the various interprovincial connections which form the backbone of the Canadian telecommunications network. To ignore the interdependence of the various members of Telecom Canada because of the separate corporate structures involved would be a sacrifice of substance to form and would advance no constitutional value.

AGT's involvement in the interprovincial flow of signals does not begin and end at Alberta's border. It, in conjunction with the other members of Telecom, provides a physical framework for the provision of interprovincial and international telecommunications services. AGT itself provides the critical interconnection at Alberta's borders.

The reference to "Her Majesty" in s. 16 of the federal *Interpretation Act* refers not only to the Crown in right of Canada but also to the Crown in right of a province. The scope of the words "mentioned or referred to" in

la nature constitutionnelle de l'AGT. L'AGT est le mécanisme par lequel les résidents de l'Alberta établissent et reçoivent des communications téléphoniques interprovinciales et internationales. Les services sont offerts grâce à des arrangements juridiques et matériels qui sont empreints d'une très grande coopération. Télécom Canada est l'un des principaux moyens utilisés par l'AGT pour étendre ses services au-delà de la province et du pays. Il n'est pas nécessaire de qualifier les rapports juridiques qui existent entre les membres de Télécom Canada. Il s'agit d'une espèce d'entreprise commune et d'une caractéristique nécessaire de l'entreprise globale de l'AGT. L'AGT ne pourrait se dissocier de Télécom Canada sans modifier considérablement la nature de son entreprise.

Le fait que les membres de Télécom Canada soient propriétaires de leurs «ouvrages» respectifs n'a pas d'importance. En l'espèce, le droit de propriété de chacun sur les ouvrages n'a pas pour effet de supprimer le niveau d'intégration qui existe entre le système de chaque membre et le degré de coopération et coordination qui existe au sein du système téléphonique national. Cela n'enlève rien à la nature interprovinciale du système de l'AGT et ne fait pas de Télécom Canada une simple association de parties intéressées. Le fait d'être propriétaire n'est pas en soi décisif.

Un organisme distinct ne conserve pas nécessairement son caractère local parce qu'il ne peut, de son propre chef, établir un raccordement interprovincial. Le critère du promoteur unique n'est pas essentiel pour conclure qu'il s'agit d'une exploitation interprovinciale. Même s'il l'était, l'AGT et les autres membres de Télécom seraient considérés comme des «promoteurs uniques» du fait qu'ils agissent ensemble, comme un seul tout, au moyen d'une entreprise conjointe pour réaliser les divers raccordements interprovinciaux qui constituent le pivot du système canadien de télécommunications. Ignorer l'interdépendance des divers membres de Télécom Canada en raison de leur structure juridique distincte reviendrait à sacrifier le fond au dépens de la forme et n'aurait aucune valeur constitutionnelle.

La participation de l'AGT au trafic interprovincial de signaux ne commence ni ne finit à la frontière albertaine. L'AGT, de concert avec les autres membres de Télécom, fournit la structure matérielle pour la prestation de services interprovinciaux et internationaux de télécommunications. C'est l'AGT elle-même qui fournit le raccordement essentiel aux frontières de l'Alberta.

La mention de «Sa Majesté» à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* s'entend non seulement de la Couronne du chef du Canada, mais également de la Couronne du chef d'une province. La portée des termes «mentionnée

that section must be given an interpretation independent of the supplanted common law with respect to Crown immunity. These words are capable of encompassing: (1) expressly binding words; (2) an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions; and, (3) an intention to bind where an absurdity, as opposed to an undesirable result, were to occur if the government were not bound. Any exception to the normal Crown immunity rule based on a necessary implication should be narrowly confined.

The *Railway Act* cannot bind AGT except to the extent the provincial Crown is "mentioned or referred to" in the enactment. Sections 320 and 5 of the *Railway Act* do not contain words that expressly bind the Crown and nothing in the context of these provisions indicates a clear Parliamentary intention to do so. The fact that granting immunity will produce a regulatory vacuum with respect to AGT does not amount to a frustration of the *Railway Act* as a whole. While granting immunity unless and until Parliament chooses to amend the legislation will produce a gap in potential coverage of the *Railway Act*, the Act can continue to function just as it did prior to this Court's finding that AGT is a federal undertaking.

AGT did not waive its immunity when it took advantage of the benefits of federal regulation of telecommunications under the *Railway Act*. To waive immunity, a nexus must be established indicating the benefit received by the Crown to be conditional upon compliance with the restriction. Requiring a fairly close nexus between benefit and burden is in keeping with precedent, with the very nature of the Crown immunity doctrine and with the strict test for finding a legislative intention to bind the Crown. A broad benefit/burden test would be overly legislative in the face of the current formulation of s. 16 of the *Interpretation Act*.

The *Alberta Government Telephones Act* (AGT Act) provides the corporation with the capacity and powers to participate in the advantages of an integrated and federally regulated telecommunications network in the course of performing its telecommunications service to local subscribers. None of AGT's actions through *Trans-Canada Telephone Systems* (TCTS), however, could be seen as an implied general submission to the entire statutory regime of benefits and burdens. AGT does not now rely, nor has it relied, on particular benefits of the *Railway Act* or of CRTC regulation to which intercon-

ou prévue» doit s'interpréter indépendamment de la règle de *common law* supplantée en ce qui concerne l'immunité de la Couronne. Ces termes peuvent comprendre (1) des termes qui lient expressément la Couronne; (2) une intention qui ressort lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions; et (3) une intention de lier lorsqu'il résulterait une absurdité, par opposition à un résultat non souhaité, si l'État n'était pas lié. Toute exception par déduction nécessaire à la règle habituelle de l'immunité de la Couronne devrait être de portée très restreinte.

La *Loi sur les chemins de fer* ne peut lier l'AGT que dans la mesure où la Couronne provinciale est «mentionnée ou prévue» dans la loi. Les articles 320 et 5 de la *Loi sur les chemins de fer* ne comportent pas de termes qui lient la Couronne expressément et rien dans le contexte de ces dispositions n'indique que le Parlement avait clairement l'intention de lier la Couronne. Le fait que l'attribution de l'immunité entraîne un vide réglementaire à l'égard de l'AGT ne prive pas d'efficacité l'application de la *Loi sur les chemins de fer* dans son ensemble. Même si l'attribution de l'immunité jusqu'à ce que le Parlement décide de modifier la loi entraîne un vide dans l'application éventuelle de la *Loi sur les chemins de fer*, la Loi peut continuer à s'appliquer tout comme elle s'appliquait avant que cette Cour décide que l'AGT est une entreprise fédérale.

L'AGT n'a pas renoncé à son immunité en profitant des avantages de la réglementation fédérale sur les télécommunications établie en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*. Pour qu'il y ait renonciation à l'immunité, il faut démontrer qu'il existe un lien indiquant que l'avantage conféré à la Couronne est conditionnel au respect de la restriction imposée. L'exigence d'un lien assez étroit entre l'avantage et l'obligation respecte la jurisprudence, la nature même de la théorie de l'immunité de la Couronne et le critère strict de la constatation d'une intention du législateur de lier la Couronne. Un critère général des avantages et des obligations serait trop de nature législative face à la formulation actuelle de l'art. 16. de la *Loi d'interprétation*.

L'*Alberta Government Telephones Act* (Loi de l'AGT) lui confère la capacité et les pouvoirs de participer aux avantages d'un réseau de télécommunications intégré et réglementé par le fédéral dans la prestation de ses services de télécommunications aux abonnés locaux. Aucun des actes que l'AGT a accomplis par l'intermédiaire du Réseau téléphonique transcanadien (RTT) ne peut s'interpréter comme un assujettissement implicite général à l'ensemble des avantages et des obligations. L'AGT n'invoque pas, ni n'a invoqué dans le passé, des avantages particuliers de la *Loi sur les chemins de fer*

nection with CNCP is an attendant burden. CNCP is neither a member of the TCTS agreement, nor is it requesting an interconnection pursuant to an existing agreement between it and AGT. The advantages obtained by AGT under the *Railway Act* are insufficient to link it to CRTC jurisdiction under the theory of waiver of Crown immunity. AGT cannot therefore be taken to have waived immunity with respect to burdens related to the operation of TCTS and other agreements. If CNCP were a member of TCTS, it would be a different matter; or, if the requested interconnection related to an existing AGT/CNCP agreement, a sufficient nexus would exist. The waiver doctrine would be stretched too far to hold that AGT, by its participation in the benefit of the TCTS agreements, has submitted itself to the general jurisdiction of the CRTC.

A provincial Crown agent does not lose the immunity it would otherwise have by entering into a federally-regulated area and becoming an interprovincial work or undertaking. If activity in an area of federal jurisdiction alone sufficed to prevent the agent from invoking its immunity, s. 16 of the *Interpretation Act* would become a dead letter *vis-à-vis* the Crown in right of a province. Entrance into one or another head of federal jurisdiction, *simpliciter*, does not automatically strip AGT of its Crown agency status and immunity.

The doctrine that Crown immunity is lost when a Crown agent exceeds its statutory mandate makes particular sense in a unitary state where the regulating authority and the Crown agent fall under the same jurisdiction. Parliament or the legislature can be assumed to have granted the immunity from its own regulation for specific purposes only; where the Crown acts for an extraneous purpose any reason for the grant of immunity is lost. The doctrine may also be applied where one level of government seeks to invoke Crown immunity from a statute of the other. The distinction between an agent acting for Crown purposes and acting personally applies.

However, AGT has not exceeded its statutory mandate or Crown purposes. Rather, as a provincial Crown agent, its statutory purposes and ever-evolving technological advances eventually required it to operate as a

ou de la réglementation du CRTC à l'égard desquels le raccordement avec CNCP constitue une obligation concomitante. CNCP ne fait pas partie de l'accord du RTT et ne demande pas un raccordement conformément à un accord entre elle et l'AGT. Les avantages obtenus par l'AGT en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* sont insuffisants pour la lier à la compétence du CRTC en application de la théorie de la renonciation à l'immunité de la Couronne. On ne peut donc considérer que l'AGT a renoncé à son immunité en ce qui concerne les obligations liées à l'exécution des accords du RTT et des autres accords. Si CNCP était membre du RTT, ce serait une toute autre question. Si le raccordement demandé avait un rapport avec un accord en vigueur entre l'AGT et CNCP il existerait un lien suffisant. Ce serait pousser trop loin la théorie de la renonciation que de tenir que l'AGT, par sa participation aux avantages des accords du RTT, a accepté la compétence générale du CRTC.

Un mandataire de la Couronne provinciale qui s'immisce dans un domaine de réglementation fédérale en devenant un ouvrage ou entreprise de nature interprovinciale ne perd pas l'immunité dont il bénéficierait par ailleurs. Si l'exercice d'une activité dans un domaine de compétence fédérale suffisait à empêcher le mandataire d'invoquer son immunité, l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* serait lettre morte vis-à-vis de la Couronne du chef d'une province. Le fait de pénétrer dans l'un ou l'autre des domaines de compétence fédérale ne peut avoir en soi pour effet de dépouiller automatiquement l'AGT de sa qualité de mandataire de la Couronne et de son immunité.

L'idée que l'immunité de la Couronne est perdue lorsqu'un mandataire de la Couronne excède les limites du mandat prévu par la loi est tout à fait logique dans un État unitaire où l'autorité responsable de la réglementation et le mandataire de la Couronne relèvent du même ressort. On peut présumer que le Parlement ou la législature n'a accordé l'immunité à l'égard de sa propre réglementation que pour des fins précises; lorsque la Couronne poursuit une autre fin, il n'y a plus de raison d'accorder l'immunité. Cette théorie peut aussi s'appliquer lorsqu'un palier de gouvernement tente d'invoquer l'immunité de la Couronne à l'encontre d'une loi d'un autre palier. La distinction entre un mandataire qui agit pour les fins de l'État et celui qui agit personnellement est applicable.

Toutefois l'AGT n'a pas outrepassé ni son mandat légal, ni les fins de l'État. Au contraire, comme mandataire de la Couronne provinciale, la réalisation des objectifs que lui attribue la loi et les progrès continuels

federal undertaking in order to service its customers, thus attracting federal regulation.

*Per Wilson J. (dissenting):* AGT waived its entitlement to Crown immunity when it elected to garner the benefits of participating in a national telecommunications network under the regulatory supervision of the CRTC for, in doing so, it also had to accept the burdens accompanying that participation. The benefit-burden doctrine requires a close nexus between the benefit obtained and the burden sought to be imposed but does not require that nexus to be a specific limitation on a specific benefit. The burden-benefit doctrine therefore applies when the Crown agent has engaged in a deliberate and sustained course of conduct through which it has benefited from a particular provision or provisions of a statute. The Crown agent cannot pick and choose the situations in which it wishes the legislation to apply.

Section 320(7) of the *Railway Act* gives the CRTC jurisdiction to regulate the interconnection of telephone systems when one party refuses to agree to terms with another party which desires the interconnection. This provision clearly confers a benefit on the party seeking the interconnection and imposes a burden on the party resisting it since it removes the matter from the parties in default of agreement and puts it in the hands of the CRTC. AGT accordingly will be bound by s. 320(7) if it has undertaken a deliberate and sustained course of conduct supporting the application of the benefit-burden doctrine.

The applications made to the CRTC under s. 320(11) should be treated as if they had been made by the participating parties. As an unincorporated association, Telecom Canada was nothing more than the sum of its constituent parts and, accordingly, the formal applications to the CRTC by Telecom Canada were made on behalf of all its members. AGT, therefore, engaged in a sustained course of conduct through which it enjoyed the benefits derived from the agreements approved by the CRTC under s. 320(11) of the *Railway Act*. The nexus between the broadly-based benefits which AGT received and the broadly-based burdens which CNCP seeks to impose upon it is sufficiently close to warrant the application of the benefit-burden doctrine. The fact that CNCP was never a party to any of the consensual interconnection agreements to which AGT was a party did not affect that nexus and prevent the imposition of the benefit-burden doctrine on AGT.

de la technologie l'ont obligée à fonctionner comme une entreprise fédérale pour desservir ses abonnés, ce qui a entraîné l'application de la réglementation fédérale.

*Le juge Wilson (dissidente):* L'AGT a renoncé à l'immunité de la Couronne lorsqu'elle a choisi de recevoir les avantages découlant de sa participation à un réseau national de télécommunications réglementé par le CRTC car, en le faisant, elle a dû également accepter les obligations qu'entraîne cette participation. La théorie fondée sur les avantages et les obligations exige un lien étroit entre l'avantage reçu et l'obligation qu'on veut imposer mais n'exige pas que ce lien existe entre une restriction précise et un avantage précis. La théorie fondée sur les avantages et les obligations s'applique lorsque le mandataire de la Couronne a adopté volontairement et de manière soutenue une conduite qui l'a fait bénéficier d'une ou de plusieurs dispositions d'une loi. Le mandataire de la Couronne ne peut choisir les situations dans lesquelles il veut que la loi s'applique.

Le paragraphe 320(7) de la *Loi sur les chemins de fer* attribue au CRTC compétence pour réglementer le raccordement de réseaux téléphoniques dans le cas où une partie refuse de s'entendre avec une autre partie qui désire le raccordement. Cette disposition confère clairement un avantage à la partie qui cherche un raccordement et entraîne une obligation pour la partie qui s'y oppose parce que, du moment que les parties sont incapables de parvenir à une entente, le CRTC est saisi de l'affaire. En conséquence, l'AGT sera liée par le par. 320(7) si elle a adopté délibérément et de façon soutenue une conduite justifiant l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations.

Les demandes présentées au CRTC en vertu du par. 320(11) doivent être considérées comme l'ayant été par les parties participantes. Télécom Canada, une association non constituée en personne morale, n'est rien de plus que la somme de ses composantes et les demandes ont été adressées au CRTC par Télécom Canada au nom de tous les participants. L'AGT s'est donc livrée d'une manière soutenue à une conduite qui lui a permis de jouir des avantages résultant de l'approbation des accords par le CRTC en vertu du par. 320(11) de la *Loi sur les chemins de fer*. Le lien entre les avantages de large portée que l'AGT a reçus et les obligations de large portée que le CRTC cherche à lui imposer est assez étroit pour justifier l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations. Le fait que CNCP n'a été partie à aucun des accords de raccordement conclus par l'AGT n'a aucun effet sur ce lien et n'empêche pas l'application à l'AGT de l'exception fondée sur les avantages et les obligations.

## Cases Cited

By Dickson C.J.

**Considered:** *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118; *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 955; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1925] S.C.R. 460; *British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Railway Co.*, [1932] S.C.R. 161; *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Province of Bombay v. City of Bombay*, [1947] A.C. 58; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *R. v. Murray*, [1967] S.C.R. 262; **distinguished:** *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Fulton v. Energy Resources Conservation Board*, [1981] 1 S.C.R. 153; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Canadian Broadcasting Corporation v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339; **referred to:** *IBEW v. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 S.C.R. 318; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Saskatchewan Power Corp. v. TransCanada Pipelines Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 297; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Public Service Board v. Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191; *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.*, [1965] 1 O.R. 84; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229; *Arrow Transfer Co.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29; *In re Silver Bros., Ltd.*, [1932] A.C. 514; *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540; *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315; *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566; *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997.

By Wilson J. (dissenting)

*Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Attorney-General for British Columbia v. Royal Bank of Canada and Island Amusement Co.*, [1937] 1 W.W.R. 273, aff'd on other grounds by [1937] S.C.R. 459; *Reid v. Canadian Farm Loan Board*, [1937] 4 D.L.R. 248; *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport*

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêts examinés:** *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118; *Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 955; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1925] R.C.S. 460; *British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Railway Co.*, [1932] R.C.S. 161; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Province of Bombay v. City of Bombay*, [1947] A.C. 58; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] R.C.S. 510; *R. v. Murray*, [1967] R.C.S. 262; **distinction d'avec les arrêts:** *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Fulton c. Energy Resources Conservation Board*, [1981] 1 R.C.S. 153; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339; **arrêts mentionnés:** *FIOE c. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 R.C.S. 318; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Saskatchewan Power Corp. c. TransCanada Pipelines Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 297; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191; *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.*, [1965] 1 O.R. 84; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229; *Arrow Transfer Co.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29; *In re Silver Bros., Ltd.*, [1932] A.C. 514; *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540; *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] R.C.S. 315; *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566; *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997.

; Citée par le juge Wilson (dissidente)

*Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Attorney-General for British Columbia v. Royal Bank of Canada and Island Amusement Co.*, [1937] 1 W.W.R. 273, conf. pour d'autres motifs par [1937] R.C.S. 459; *Reid v. Canadian Farm Loan Board*, [1937] 4 D.L.R. 248; *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board*



*Commissioners*, [1968] S.C.R. 118; *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (Ont. H.C.), aff'd as to the broad application of the benefit-burden doctrine by (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (Ont. C.A.)

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Government Telephone and Telegraph Systems*, S.A. 1908, c. 14, ss. 1, 5.  
*Act respecting the Statutes of Canada*, S.C. 1867, c. 1, s. 7.  
*Act to Amend The Telephone and Telegraph Act*, S.A. 1956, c. 53, ss. 2, 4.  
*Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3.  
*Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, c. A-23, ss. 1(c), (d), 2(2), 4(1), (2), (3), 9(1)(c), (d), (e), 10, 24, 42(1).  
*Alberta Government Telephones Act*, S.A. 1958, c. 85, ss. 3, 34.  
*Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1952, c. 15.  
*Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11.  
*Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33, ss. 121, 122.  
*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, S.C. 1974-75-76, c. 49.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).  
*Companies Act, 1929*, S.A. 1929, c. 14.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(29), 92(10)(a), (b), (c).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 758, 771(3).  
*Crown Proceedings Act, 1947* (U.K.), 10 & 11 Geo. 6, c. 44, s. 31(1).  
*Debt Adjustment Act, 1932*, S.M. 1932, c. 8.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 s. 18.  
*Government Railways Act*, R.S.C. 1886, c. 38 (R.S.C. 1970, c. G-11).  
*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 14.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1952, c. 158, ss. 3(1), 16, 27(2).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 3(2), 16, 28.  
*Interpretation Act*, S.C. 1967-68, c. 7.  
*Interpretation Act*, S.P.E.I. 1981, c. 18, s. 14.  
*National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64(1).  
*Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1980, c. P-37, ss. 1(j), 70(1)(c).  
*Radio Act*, R.S.C. 1970, c. R-1.  
*Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 5, 320(1), (7), (11), (12).  
*Real Property Act*, S.M. 1934, c. 38.  
*Rural Mutual Telephone Companies Act*, S.A. 1935, c. 48.  
*State Immunity Act, 1978* (U.K.), 1978, c. 33, s. 3.  
*State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18, s. 5.

*of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118; *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (H.C. Ont.), conf. quant à l'application élargie de la théorie des avantages et obligations par (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (C.A. Ont.)

#### Lois et règlements cités

*Act respecting Government Telephone and Telegraph Systems*, S.A. 1908, chap. 14, art. 1, 5.  
*Act to Amend The Telephone and Telegraph Act*, S.A. 1956, chap. 53, art. 2, 4.  
*Acte concernant les Statuts du Canada*, S.C. 1867, chap. 1, art. 7.  
*Acte des chemins de fer de l'État*, S.R.C. 1886, chap. 38 (S.R.C. 1970, chap. G-11).  
*Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, chap. A-23, art. 1(c), d), 2(2), 4(1), (2), (3), 9(1)(c), d), e), 10, 24, 42(1).  
*Alberta Government Telephones Act*, S.A. 1958, chap. 85, art. 3, 34.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 758, 771(3).  
*Companies Act, 1929*, S.A. 1929, chap. 14.  
*Crown Proceedings Act, 1947* (R.-U.), 10 & 11 Geo. 6, chap. 44, art. 31(1).  
*Debt Adjustment Act, 1932*, S.M. 1932, chap. 8.  
*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 206, art. 14.  
*Interpretation Act*, S.P.E.I. 1981, chap. 18, art. 14.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(29), 92(10)a), b), c).  
*Loi d'interprétation*, S.C. 1967-68, chap. 7.  
*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1952, chap. 158, art. 3(1), 16, 27(2).  
*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 3(2), 16, 28.  
*Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 64(1).  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)c).  
*Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, chap. A-3.  
*Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), chap. S-18, art. 5.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 18.  
*Loi sur la radio*, S.R.C. 1970, chap. R-1.  
*Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11.  
*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 49.  
*Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 5, 320(1), (7), (11), (12).  
*Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1952, chap. 15.  
*Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33, art. 121, 122.  
*Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1980, chap. P-37, art. 1j), 70(1)c).  
*Real Property Act*, S.M. 1934, chap. 38.  
*Rural Mutual Telephone Companies Act*, S.A. 1935, chap. 48.

*Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1922, c. 49.  
*Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1942, c. 198.  
*Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1955, c. 332.

#### Authors Cited

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.  
Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*. Sydney: Law Book Co., 1971.  
Lederman, W. R. "Telecommunications and the Federal Constitution of Canada", in H. Edward English, ed., *Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government*. Toronto: Methuen, 1973.  
McLeod, J. G. *The Conflict of Laws*. Calgary: Carswells, 1983.  
McNairn, Colin H. H. "Comment" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 145.  
McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1977.  
Swinton, Katherine. "Federalism and Provincial Government Immunity" (1979), 29 *U. of T. Law Journal* 1.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1986] 2 F.C. 179, allowing an appeal from a judgment of Reed J., [1985] 2 F.C. 472, (1984), 15 D.L.R. (4th) 515. Appeal allowed (Wilson J. dissenting); the first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

*Colin K. Irving, John D. Rooke, Peter Hogg, Q.C., and Franklin S. Gertler*, for the appellant and the intervener the Attorney General for Alberta.

*Eric A. Bowie, Q.C., and Donald J. Rennie*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jean-Yves Bernard and Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Reinhold M. Endres*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*State Immunity Act*, L.R.C. (1985), chap. S-18, art. 5.  
*State Immunity Act*, 1978 (R.-U.), 1978, chap. 33, art. 3.  
*Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1922, chap. 49.  
*Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1942, chap. 198.  
<sup>a</sup> *Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1955, chap. 332.

#### Doctrine citée

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.  
<sup>b</sup> *Halsbury's Laws of England*, vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.  
Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*. Sydney: Law Book Co., 1971.  
<sup>c</sup> Lederman, W. R. «Telecommunications and the Federal Constitution of Canada», in H. Edward English, ed., *Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government*. Toronto: Methuen, 1973.  
<sup>d</sup> McLeod, J. G. *The Conflict of Laws*. Calgary: Carswells, 1983.  
McNairn, Colin H. H. «Comment» (1978), 56 *R. du B. can.* 145.  
McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1977.  
<sup>e</sup> Swinton, Katherine. «Federalism and Provincial Government Immunity» (1979), 29 *U. of T. Law Journal* 1.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1986] 2 C.F. 179, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Reed, [1985] 2 C.F. 472 \*\* (1984), 15 D.L.R. (4th) 515. Pourvoi accueilli (le juge Wilson est dissidente); la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde une réponse négative.

*Colin K. Irving, John D. Rooke, Peter Hogg, c.r., et Franklin S. Gertler*, pour l'appelante et <sup>h</sup> l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Eric A. Bowie, c.r., et Donald J. Rennie*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

<sup>i</sup> *Jean-Yves Bernard et Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Reinhold M. Endres*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

<sup>j</sup> *Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

\*\* Faits résumés par l'éditeur.

*Glenn McFetridge and Dianne Paskewitz*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*E. R. A. Edwards, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Roger B. Langille and Charles P. Thompson*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Robert G. Richards*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Ronald Stevenson*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

*C. R. O. Munro, Q.C.*, and *M. H. Ryan*, for the respondent CNCP Telecommunications.

*Greg Van Koughnett*, for the respondent Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—

### I. Introduction

In this case, the Court is asked to determine whether the appellant Alberta Government Telephones ("AGT") is subject to the regulatory authority of the respondent Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"). Respondent CNCP Telecommunications ("CNCP") contends that AGT is under the jurisdiction of the CRTC. AGT submits it is not, for two reasons: first, it is not a federal work or undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*; and second, even if it were, AGT is a provincial Crown agent and as such is entitled to claim immunity from the relevant federal statutes.

#### (a) *Procedural History*

On September 17, 1982, CNCP brought an application to the CRTC pursuant to the provisions of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, as amended, the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, S.C. 1974-

*Glenn McFetridge et Dianne Paskewitz*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*E. R. A. Edwards, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Roger B. Langille et Charles P. Thompson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Robert G. Richards*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Ronald Stevenson*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

*C. R. O. Munro, c.r.*, et *M. H. Ryan*, pour l'intimée Télécommunications CNCP.

*Greg Van Koughnett*, pour l'intimé Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE EN CHEF—

### I. Introduction

La Cour est appelée à déterminer en l'espèce si l'appelante l'Alberta Government Telephones («AGT») est assujettie au pouvoir de réglementation de l'intimé le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC»). L'intimée Télécommunications CNCP («CNCP») prétend que l'AGT relève de la compétence du CRTC. L'AGT prétend le contraire pour deux raisons: premièrement, il ne s'agit pas d'un ouvrage ou d'une entreprise de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et deuxièmement, même s'il en était ainsi, l'AGT est un mandataire de la Couronne provinciale et peut, à ce titre, invoquer l'immunité contre l'application des lois fédérales pertinentes.

#### a) *Historique des procédures*

Le 17 septembre 1982, CNCP a présenté au CRTC une requête conformément aux dispositions de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2 et ses modifications, de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommuni-*

75-76, c. 49, and the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17. CNCP sought various orders under the *Railway Act* requiring AGT to provide facilities for the interchange of telecommunications traffic between the system operated by CNCP and the system operated by AGT. On October 18, 1982, AGT brought an originating notice of motion under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, for a writ of prohibition, or relief in the nature thereof.

On October 26, 1984, Reed J. of the Federal Court, Trial Division granted AGT's application for a writ of prohibition in carefully written reasons, now reported at (1984), 15 D.L.R. (4th) 515; [1985] 2 F.C. 472. Reed J. held that AGT was an interprovincial work or undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) and thus that AGT fell within the legislative authority of the Parliament of Canada. However, Reed J. also held that the CRTC could not grant the orders applied for by CNCP because AGT was an agent of the provincial Crown and therefore was entitled to claim immunity from the provisions of the *Railway Act*.

The order of Reed J. was set aside by the Federal Court of Appeal (Pratte J., Heald and Urie JJ. concurring) in reasons now reported at [1986] 2 F.C. 179. The Federal Court of Appeal affirmed Reed J.'s conclusion that AGT was a federal undertaking within s. 92(10)(a) but reversed her ruling on the Crown immunity issue.

Leave to appeal was granted by this Court. The Court ordered that this case be heard together with the appeal in *IBEW v. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 S.C.R. 318, the decision in which is being delivered concurrently with the present case. The following Attorneys General intervened in support of the appellants in both

*cations canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 49, et de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, chap. N-17. CNCP sollicitait différentes ordonnances en application de la *Loi sur les chemins de fer* en vue d'obliger l'AGT à fournir des installations pour l'échange de services de télécommunications entre le système exploité par CNCP et celui exploité par l'AGT. Le 18 octobre 1982, l'AGT a déposé un avis de requête introductif d'instance en application de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10 et ses modifications, en vue d'obtenir un bref de prohibition ou un redressement de même nature.

Le 26 octobre 1984, le juge Reed de la Division de première instance de la Cour fédérale a décerné le bref de prohibition demandé par l'AGT dans des motifs rédigés avec beaucoup de soin et maintenant publiés à [1985] 2 C.F. 472 \*\*\*, (1984), 15 D.L.R. (4th) 515. Le juge Reed a conclu que l'AGT était un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale au sens de l'al. 92(10)a) et qu'elle relevait donc de la compétence législative du Parlement du Canada. Toutefois, le juge Reed a également conclu que le CRTC ne pouvait accorder les ordonnances demandées par CNCP parce que l'AGT était un mandataire de la Couronne provinciale et pouvait donc invoquer l'immunité contre l'application des dispositions de la *Loi sur les chemins de fer*.

La Cour d'appel fédérale (le juge Pratte, aux motifs duquel ont souscrit les juges Heald et Urie) a annulé l'ordonnance du juge Reed dans des motifs maintenant publiés à [1986] 2 C.F. 179. Elle a toutefois confirmé la conclusion du juge Reed que l'AGT était une entreprise fédérale au sens de l'al. 92(10)a), mais a infirmé sa décision sur la question de l'immunité de la Couronne.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi. Elle a ordonné que le présent pourvoi soit entendu en même temps que le pourvoi *FIOE c. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 R.C.S. 318, dont les motifs sont rendus en même temps que le présent arrêt. Sont intervenus à l'appui des appelants dans les deux instances les procureurs

\*\*\* Faits résumés par l'éditeur. Référence sera faite aux pages des motifs de jugement pour les extraits des faits cités par le juge et non publiés au Recueil de la Cour fédérale.

cases: Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, British Columbia, Prince Edward Island, Saskatchewan and Newfoundland. The Attorney General of Canada intervened in support of the respondents in both appeals.

(b) *Constitutional Provisions and Questions*

*Constitution Act, 1867*

The applicable constitutional provisions are as follows:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next hereinafter enumerated; that is to say,—

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

(a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

(b) Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country;

(c) Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

généraux du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve. Le procureur général du Canada est intervenu à l'appui des intimés dans les deux pourvois.

b) *Les dispositions et les questions constitutionnelles*

*Loi constitutionnelle de 1867*

Voici les dispositions constitutionnelles applicables:

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:—

a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

b) lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays britannique ou étranger;

c) les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés, par le Parlement du Canada, être à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces;

The following constitutional questions were set by order of the Court:

1. Is Alberta Government Telephones a work or undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a) or otherwise of the *Constitution Act, 1987*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is Alberta Government Telephones bound by the relevant provisions of the *Railway Act*?

## II. The Facts

The factual analysis of AGT's enterprises provided by Reed J. is most helpful and was acknowledged by counsel to be both accurate and complete (see the judgment of the Federal Court of Appeal, *supra*, at p. 195). It is necessary, however, to review the facts in some detail as they are critical to the determination of both constitutional questions, in particular the first.

### (a) *The Statutory History of AGT and the Role of the Alberta Public Utilities Board*

AGT began operations in 1906. By section 1 of its inaugural statute, *An Act respecting Government Telephone and Telegraph Systems*, S.A. 1908, c. 14, the Government of Alberta was granted authority to purchase, construct and operate "in the province a telephone or telegraph system or systems . . . ." In section 5, the Government of Alberta is defined as "His Majesty in the right of the Province of Alberta". This statute appears as *The Telephone and Telegraph Act* in R.S.A. 1922, c. 49, R.S.A. 1942, c. 198, and R.S.A. 1955, c. 332. In *An Act to Amend The Telephone and Telegraph Act*, S.A. 1956, c. 53, an amending statute, there are several references to the "Alberta Government Telephone System" — see ss. 2 and 4. (An earlier reference to "Alberta Government Telephones" may be found in *The Rural Mutual Telephone Companies Act*, S.A. 1935, c. 48.)

La Cour a, par ordonnance, formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'Alberta Government Telephones est-elle un ouvrage ou une entreprise qui relève de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)a) ou d'une autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. En cas de réponse affirmative à la première question, l'Alberta Government Telephones est-elle liée par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer*?

## II. Les faits

L'analyse des faits présentée par le juge Reed concernant l'entreprise de l'AGT s'avère des plus utiles et les avocats des parties reconnaissent qu'elle est à la fois exacte et complète (voir l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, précité, à la p. 195). Il est cependant nécessaire de revoir les faits de façon quelque peu détaillée parce qu'ils sont essentiels à la résolution des deux questions constitutionnelles et à la première en particulier.

### a) *L'historique législatif de l'AGT et le rôle de l'Alberta Public Utilities Board*

L'AGT a commencé à exploiter son entreprise en 1906. Selon l'article premier de sa loi constitutive intitulée *An Act respecting Government Telephone and Telegraph Systems*, S.A. 1908, chap. 14, le gouvernement de l'Alberta avait le pouvoir d'acheter, de construire et d'exploiter [TRADUCTION] «dans la province un seul ou plusieurs systèmes de téléphone ou de télégraphe . . . ». À l'article 5, le gouvernement de l'Alberta est défini comme [TRADUCTION] «Sa Majesté du chef de l'Alberta». Cette loi, intitulée *The Telephone and Telegraph Act*, figure à R.S.A. 1922, chap. 49, R.S.A. 1942, chap. 198, et R.S.A. 1955, chap. 332. Dans *An Act to Amend The Telephone and Telegraph Act*, S.A. 1956, chap. 53, une loi modificatrice, on mentionne à plusieurs reprises le [TRADUCTION] «Service téléphonique du gouvernement de l'Alberta» — voir les art. 2 et 4. (On trouve la mention des [TRADUCTION] «Services téléphoniques du gouvernement de l'Alberta» dans une loi antérieure intitulée *The Rural Mutual Telephone Companies Act*, S.A. 1935, chap. 48.)

*The Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1955, c. 332, was repealed by s. 34 of *The Alberta Government Telephones Act*, S.A. 1958, c. 85. Section 3 of this statute established a Commission under the name of "The Alberta Government Telephones Commission". By section 3(3) this Commission could also be known as the "Alberta Government Telephones".

The present statute under which AGT operates is the *Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, c. A-23, as amended (hereinafter referred to as the "AGT Act").

The Minister of Technology, Research and Telecommunications is charged with the administration of the AGT Act and by s. 2(2) "may control all telecommunications services subject to the jurisdiction of the Legislature and may provide or direct provision of all such services". The AGT Commission is a corporation having capacity to acquire, hold and alienate real property. The main powers of the Commission are set out in s. 4 which provides:

4(1) The commission may purchase, construct, extend, maintain, manufacture, operate and lease to and from other persons, a system or systems in Alberta, including private communication systems.

(2) The commission may carry out research in and consult in telecommunications.

(3) The Lieutenant Governor in Council may refer or assign to the commission

- (a) the administration of any other Act, and
- (b) the performance of any duty or task, including the performance of any contract entered into by the Government for the establishment, maintenance or operation of a system in any other province or territory of Canada,

and notwithstanding anything in this Act, the commission has all the powers, authorities and functions expressed or provided in the Act referred to it for administration, or necessary to the proper carrying out of a duty or task assigned to it under this subsection.

The terms "system" and "telecommunication" are defined in s. 1(c) and (d) as follows:

*The Telephone and Telegraph Act*, R.S.A. 1955, chap. 332, a été abrogée par l'art. 34 de *The Alberta Government Telephones Act*, S.A. 1958, chap. 85. À l'article 3 de cette loi était constituée la [TRADUCTION] «Commission des services téléphoniques du gouvernement de l'Alberta». En vertu du par. 3(3), cette Commission pouvait également être appelée [TRADUCTION] «Services téléphoniques du gouvernement de l'Alberta».

La loi actuelle qui régit les opérations de l'AGT est l'*Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, chap. A-23 et ses modifications (ci-après appelée la «Loi de l'AGT»).

Le ministre de la Technologie, de la Recherche et des Télécommunications est responsable de l'application de la Loi de l'AGT et, selon le par. 2(2), il [TRADUCTION] «... est autorisé à contrôler tous les services de télécommunications relevant de la compétence de la législature et à fournir ou à ordonner la fourniture de ces services». La Commission de l'AGT est une société dotée du pouvoir d'acquérir, de posséder et d'aliéner des biens immobiliers. Les principaux pouvoirs de la Commission sont énumérés à l'art. 4 qui prévoit:

[TRADUCTION] 4(1) La Commission peut acheter, construire, étendre, entretenir, fabriquer, exploiter et louer d'autres personnes ou à d'autres personnes un seul ou plusieurs systèmes en Alberta, notamment des systèmes privés de communications.

(2) La Commission peut effectuer des recherches et consulter des experts en télécommunications.

(3) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut confier à la Commission

- a) l'application de toute autre loi, et
- b) l'exécution de toute fonction ou tâche, y compris l'exécution de tout contrat conclu par le gouvernement en vue d'établir, d'entretenir ou d'exploiter un système dans toute autre province ou tout autre territoire du Canada,

et par dérogation à toute autre disposition de la présente loi, la Commission exerce tous les pouvoirs que la présente loi lui confère expressément ou implicitement aux fins de son application ou qui sont nécessaires pour exécuter toute fonction ou tâche qui lui est confiée en vertu du présent paragraphe.

Les termes «système» et «télécommunication» sont définis ainsi aux al. 1(c) et d):

1 ...

(c) "system" means a telecommunication system and includes all land, plants, supplies, buildings, works, rights, franchises, easements, assets and property of every kind owned, held, required or used for the purpose of, or in connection with, or for the operation of the telecommunication system;

(d) "telecommunication" means telecommunication as defined in the *Public Utilities Board Act*.

With respect to "telecommunication", the current definition of that term in s. 1(j) of the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1980, c. P-37, as amended by S.A. 1981, c. 35, s. 2(b) is:

(j) "telecommunication" means any transmission, emission or reception of signs, signals, writings, images, sounds, data, message or intelligence of any nature by wire, radiocommunication, cable, waves or any electronic, electromagnetic or optical means but does not include the transmission, emission or reception of broadcasting that is a radio communication in which the transmissions are intended for direct reception by the general public;

I would note that the definition of telecommunication as it appeared in the 1980 versions of both the AGT Act (s. 1(d)) and the *Public Utilities Board Act* (s. 1(j)) was slightly different as there was no reference to "broadcasting". It read as follows:

"telecommunication" means a transmission, emission or reception of signs, signals, writings, images, sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual or other electromagnetic system;

Under section 9(1) the duties of the Commission are set out and they include the obligation to "regulate the installation and maintenance of services to subscribers, classify subscribers and fix standards of service to be furnished" (subs. (c)); to "prepare from time to time schedules of rates for filing with or approval by the Public Utilities Board" (subs. (d)); and to "keep the accounts of the system and collect the revenues thereof" (subs. (e)). Further, by s. 10, the Commission is required to establish the terms and conditions under which

[TRANSLATION] 1 ...

c) «système» désigne un système de télécommunications et comprend tous les terrains, installations, fournitures, bâtiments, ouvrages, droits, concessions, servitudes, actifs et biens de quelque nature possédés, détenus, requis ou utilisés pour les fins du système de télécommunications ou relativement à ce système ou pour l'exploitation de ce système;

d) «télécommunication» désigne la télécommunication telle que la définit la *Public Utilities Board Act*.

En ce qui concerne le terme «télécommunication», la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1980, chap. P-37, modifiée par S.A. 1981, chap. 35, al. 2b), en donne la définition suivante à l'al. 1j):

[TRANSLATION] j) «télécommunication» désigne toute transmission, l'émission ou la réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons, de données, de messages ou d'informations de toute nature par fil, par radiocommunication, par câble, par ondes ou par d'autres systèmes électroniques, électromagnétiques ou optiques, mais ne comprend pas la transmission, l'émission ou la réception d'une radiodiffusion qui constitue une communication par radio dont la transmission est destinée à être captée directement par le public en général;

Je souligne que la définition de télécommunication contenue dans les versions de 1980 de la Loi de l'AGT (al. 1d)) et de la *Public Utilities Board Act* (al. 1j)) était légèrement différente en ce qu'elle ne mentionnait pas la «radiodiffusion». Elle se lisait ainsi:

[TRANSLATION] «télécommunication» désigne la transmission, l'émission ou la réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou d'informations de toute nature par fil, par radio ou par d'autres systèmes électromagnétiques ou optiques;

Aux termes du par. 9(1), la Commission a pour fonction notamment de [TRANSLATION] «régir l'installation et l'entretien des services aux abonnés, de déterminer les catégories d'abonnés et de fixer les normes du service à fournir» (al. c)), de «dresser à l'occasion des listes officielles de taux qui seront déposées auprès de la Public Utilities Board ou approuvés par cette dernière» (al. d)), et de «tenir la comptabilité du système et d'en percevoir les revenus» (al. e)). En outre, l'art. 10 prévoit que la Commission doit établir les modalités de la



its service is furnished and these must be published in AGT's general tariff.

The power to enter into agreements is set out in s. 24 which states:

**24** The commission may enter into an agreement with any person providing for the connection, intercommunication, joint operation, reciprocal use or transmission of business between any systems owned or operated by the parties thereto and for any consequent division of receipts, expenditures or profits or any financial or other adjustments that may be advisable or necessary for the purposes of the agreement.

Finally, and with particular reference to the second issue in this appeal, s. 42(1) of the AGT Act provides:

**42(1)** The commission is an agent of the Crown in right of Alberta and its powers may be exercised only as an agent of the Crown.

With respect to the role of the Alberta Public Utilities Board, s. 70(1)(c) of the *Public Utilities Board Act*, gives the Board regulatory authority over:

(c) all public utilities owned or operated by or under the control of the Crown, or an agent of the Crown, in right of Alberta.

Reed J. found ((1984), 15 D.L.R. (4th) 515, at p. 519) that "The Board has, in fact, regulated AGT and its predecessors since 1908 . . ." However, she doubted the "effectiveness" of the Board as a regulator of AGT and commented, at p. 526:

One can speculate that the board's approval of AGT's activities is likely to be no more than *pro forma* in many instances. I would underline that there is no evidence respecting such lack of control, it is merely a conclusion one seems inescapably driven to make.

In an affidavit filed by AGT in support of the application for prohibition, it is stated that the Board has exercised jurisdiction over AGT in relation to its system, equipment, rates and interconnection with other telecommunications systems and other matters, all under various sections of the *Public Utilities Board Act*. The clearest piece of evidence with respect to the role of the Board

prestation du service qui doivent être publiées dans le tarif général de l'AGT.

Le pouvoir de conclure des accords est prévu à l'art. 24 dont voici le texte:

[TRADUCTION] **24** La Commission peut conclure avec quiconque une entente prévoyant la liaison, l'intercommunication, l'exploitation en commun, l'utilisation réciproque ou la transmission des services entre tous systèmes appartenant aux parties à l'entente ou exploités par ces parties, et prévoyant toute répartition subséquente des recettes, dépenses ou profits ou tous rajustements financiers ou autres pouvant s'avérer opportuns ou nécessaires pour les fins de l'entente.

Enfin, le par. 42(1) de la Loi de l'AGT qui concerne plus particulièrement la deuxième question en litige prévoit:

[TRADUCTION] **42(1)** La Commission est mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta et ne peut exercer ses pouvoirs qu'à ce titre.

En ce qui concerne le rôle de l'Alberta Public Utilities Board, l'al. 70(1)c) de la *Public Utilities Board Act*, précitée, confère à cette commission le pouvoir de réglementer:

[TRADUCTION] c) toutes les entreprises d'utilité publique, qu'elles appartiennent à la Couronne ou qu'elles soient exploitées ou dirigées par la Couronne, ou par un mandataire de la Couronne, du chef de l'Alberta;

Le juge Reed a conclu (à la p. 3 des motifs) que «[c]ette commission régit en fait AGT, et les sociétés qui l'ont précédée, depuis 1908 . . .» Elle a cependant mis en doute «l'efficacité» de la Commission comme organisme de réglementation de l'AGT, faisant observer (à la p. 14 des motifs):

On peut se demander si l'approbation des activités d'AGT par la Commission ne se révélera pas *pro forma* dans bien des cas. Je me dois de rappeler néanmoins qu'aucune preuve au sujet de cette absence de contrôle n'a été rapportée; il s'agit simplement d'une conclusion qu'on est presque irrésistiblement amené à tirer.

Dans un affidavit produit par l'AGT à l'appui de sa demande de bref de prohibition, on affirme que la Commission a exercé ses pouvoirs à l'égard de l'AGT en ce qui concerne son système, ses équipements, ses taux et son raccordement à d'autres systèmes de télécommunications ainsi qu'à l'égard d'autres questions, le tout en vertu de différents articles de la *Public Utilities Board Act*,

emerged in the *IBEW v. Alberta Government Telephones* proceedings. In a response to a question put forward by the Canada Labour Relations Board, AGT stated that the Board approves AGT's rates for basic or non-competitive services but specific individual rate approval is not sought for non-basic or competitive services (subject to AGT meeting certain tests prescribed by the Board). Rates for interprovincial services are established by AGT based on negotiation with telephone companies in other provinces. A similar process of consultation occurs with the appropriate parties regarding rates for international telephone services although the final decision is made by AGT subject to approval of the Public Utilities Board.

Finally, with respect to international agreements entered into by AGT (and other telephone companies), it appears that the Alberta Public Utilities Board does not exercise any jurisdiction, as there was evidence that such agreements were not normally submitted to the Board for approval.

(b) *The Nature of AGT's Enterprise*

Reed J.'s findings of fact on the nature of AGT's enterprise fall under three headings: the physical structure and facilities of AGT; the telecommunications services provided by AGT; and the contractual and organizational mechanisms through which AGT offers its services. I will review each of these by reference to Reed J.'s description and to the record.

(i) AGT's Structure and Facilities

The local exchange system was described in full by Reed J. at p. 519, *supra*, and need not be repeated. A local central office switches both local and long-distance or "toll" calls. The exchanges are connected by trunks to the toll centres which are connected by buried cable or microwave to provide an intercity, long-distance service.

précitée. La preuve la plus claire du rôle de la Commission est ressortie dans l'affaire *FIOE c. Alberta Government Telephones*. En réponse à une question posée par le Conseil canadien des relations du travail, l'AGT a affirmé que la Commission approuve les taux de l'AGT pour les services de base ou non concurrentiels mais que l'approbation de chaque taux en particulier n'est pas demandée pour les services autres que de base ou les services concurrentiels (à la condition que l'AGT respecte certains critères prescrits par la Commission). Les taux pour le service interprovincial sont établis par l'AGT à partir des négociations menées avec les compagnies de téléphone des autres provinces. Le même processus de consultation a lieu avec les parties intéressées en ce qui concerne les taux pour le service d'appel international bien que la décision finale soit prise par l'AGT sous réserve de l'approbation du Public Utilities Board.

Enfin, en ce qui concerne les accords internationaux conclus par l'AGT (et d'autres compagnies de téléphone), il semble que l'Alberta Public Utilities Board n'exerce aucun pouvoir puisqu'il ressort de la preuve que ces accords n'étaient pas habituellement soumis à l'approbation de cette commission.

b) *La nature de l'entreprise de l'AGT*

Les conclusions de fait auxquelles le juge Reed est parvenue quant à la nature de l'entreprise de l'AGT se divisent en trois catégories: la structure et les installations matérielles de l'AGT, les services de télécommunications fournis par l'AGT et les mécanismes contractuels et organisationnels par lesquels l'AGT offre ses services. Je vais revoir chacun de ces aspects en me rapportant à la description du juge Reed et au dossier.

(i) La structure et les installations de l'AGT

Le juge Reed donne une description complète du système des appels locaux, à la p. 519 (D.L.R.) du jugement précité, et il n'est pas nécessaire de la reprendre ici. Un centre local achemine les appels locaux et les interurbains. Les appels locaux sont reliés aux centres interurbains par des circuits intermédiaires et les centres sont reliés entre eux par des câbles souterrains ou par micro-ondes pour ainsi offrir un service interité ou interurbain.

The microwave system of AGT consists of a number of towers, 20 to 30 miles apart. Each tower supports one or more antennae connected to transmitters with receivers found at the base of the tower. The towers transmit and receive Hertzian waves and are licensed under the federal *Radio Act*, R.S.C. 1970, c. R-1. One tower sends a radio signal beamed in a straight line to a receiver in an adjacent tower and that tower retransmits it to the next one. This process is also described as "point to point" transmission.

The physical interconnection between AGT's system and that of companies operating outside Alberta was outlined by Reed J. as follows (*supra*, at pp. 519-20):

The AGT microwave network is linked to that of the British Columbia Telephone Company by the sending and receiving of signals between towers, one located in Bay Tree, Alberta, and the other located at Bear Mountain, British Columbia (the northerly route), and by the sending and receiving of signals between towers, one located at Crowsnest Ridge, Alberta and the other located at Fernie, British Columbia (the southerly route). AGT is linked to the Saskatchewan Telecommunications network by the sending and receiving of signals between towers, one located at Blackfoot, Alberta and the other located at Lashburn, Saskatchewan (the northerly route) and between towers, one located at Pashley, Alberta and the other at Cummings, Saskatchewan (the southerly route). There may also be cable links between the Alberta-British Columbia and the Alberta-Saskatchewan systems but the main method of transmission is the microwave network.

The AGT telecommunications system is connected to the Northwest Territories system (operated by Canadian National) by the sending and receiving of signals between towers, one located at Indian Cabins, Alberta and the other at Grumbler Rapids in the Northwest Territories; and it is connected to the system operated by the American Telephone and Telegraph Company (AT&T) in Montana by the sending and receiving of signals between Milk River, Alberta and Santa Rita, Montana. There is also a coaxial cable linkage between Alberta and Montana but the majority of the traffic is carried on the microwave system.

In addition, the physical facilities of AGT are connected by cable to three earth stations (two in the Edmonton area, one in Calgary). Two of the earth stations are partly owned by AGT and partly by Telesat

Le système micro-ondes de l'AGT consiste en une série de tours, distantes de 20 ou 30 milles les unes des autres, sur lesquelles on a érigé une ou plusieurs antennes reliées à l'émetteur et au récepteur placés à leur base. Les tours transmettent et reçoivent des ondes hertziennes et chacune fait l'objet d'un permis délivré en vertu de la *Loi sur la radio*, S.R.C. 1970, chap. R-1. Une tour transmet en ligne droite un signal radio au récepteur d'une tour adjacente et cette tour retransmet le signal à la tour suivante. Ce processus est également appelé transmission «poste à poste».

Le juge Reed décrit ainsi le raccordement matériel entre le système de l'AGT et celui d'autres compagnies à l'extérieur de l'Alberta (précité, aux pp. 4 et 5 des motifs):

Le réseau micro-ondes d'AGT est relié à celui de British Columbia Telephone Company par les signaux que s'échangent les tours situées d'une part à Bay Tree en Alberta et d'autre part à Bear Mountain en Colombie-Britannique (ce qu'on appelle la voie nord) et par l'échange de signaux entre les tours situées d'une part à Crowsnest Ridge en Alberta et à Fernie en Colombie-Britannique (la voie sud). AGT est aussi reliée au réseau de Saskatchewan Telecommunications par les signaux que peuvent s'échanger les tours situées respectivement à Blackfoot en Alberta et à Lashburn en Saskatchewan (la voie nord) et celles situées à Pashley en Alberta et à Cummings en Saskatchewan (la voie sud). Le système entre l'Alberta et la Colombie-Britannique et entre l'Alberta et la Saskatchewan est aussi relié par câble mais le réseau micro-ondes est le principal mode de transmission.

Le système de télécommunications d'AGT est relié au système des territoires du Nord-Ouest (du Canadien national) par les signaux que captent et envoient les tours situées respectivement à Indian Cabins en Alberta et à Grumbler Rapids dans les territoires du Nord-Ouest; il est relié au système d'American Telephone and Telegraph Company (A.T&T), au Montana, par l'envoi et la réception de signaux entre Milk River en Alberta et Santa Rita au Montana. Un câble coaxial relie aussi l'Alberta au Montana, mais la plus grande partie du trafic emprunte la voie du système micro-ondes.

En outre, les installations matérielles d'AGT sont reliées par câbles à trois stations terrestres pour satellite (deux dans la région d'Edmonton et l'une à Calgary). Deux de ces stations terrestres appartiennent en partie à

Canada (AGT owns the building and the Antenna foundation; Telesat owns the antenna and the electronic equipment required to make up the receivers and transmitters associated with that antenna). The third earth station is entirely owned by Telesat. This linkage allows AGT access to a satellite transmission system for the provision of telecommunication services.

Reed J. then described AGT's system of mobile and base transmitters which allow for communications to and from moving vehicles, such as a motor car, or stationary structures, such as an oil rig. The telephone calls to and from mobile equipment are integrated into the AGT network allowing for local, interprovincial and international communications. The base station for this service is a fixed structure which has an antenna with a transmitter and receiver. AGT, in 1980-81 operated 200 to 300 such stations, each with an operating range of a 20 to 30 mile radius. Unlike the point-to-point transmission involved in the microwave tower system, the base stations and the mobile transmitters send the signals in all directions, horizontally, at the same time. As a result, therefore, base stations and motor vehicles located close to the borders of Alberta do not limit their field of operation to within the confines of the province. This system of mobile and base transmitters is also licensed under the *Radio Act*.

In concluding her description of AGT's physical system, Reed J. pointed out that AGT provides telecommunication facilities and services to the residents of Lloydminster, Saskatchewan. Lloydminster is a community which straddles the border of Alberta and Saskatchewan and AGT services all the residents of Lloydminster regardless of which province they are located in.

Later in her reasons Reed J. provided a summary of the salient facts. With respect to the physical system of AGT she stated, in part, at p. 530:

AGT takes signals emanating from its subscribers' telephone sets and transmits them to points outside Alberta; it takes signals emanating from outside Alberta

AGT et en partie à Telesat Canada (AGT est propriétaire de l'immeuble et de la base de l'antenne; Telesat est propriétaire de l'antenne et de l'équipement électronique nécessaire à la constitution des récepteurs et émetteurs pour cette antenne); la troisième station terrestre appartient pleinement à Telesat. Cela donne à AGT accès au système de transmission par satellites.

Le juge Reed décrit ensuite le système des postes mobiles et stationnaires de l'AGT qui permet d'établir des communications en provenance et à destination de véhicules, comme des voitures, ou de structures stationnaires, comme un derrick. Les appels téléphoniques en provenance et à destination de l'équipement mobile sont intégrés au réseau de l'AGT, ce qui rend possibles les appels locaux, interprovinciaux et internationaux. Le poste stationnaire de ce service est une structure fixe qui comprend une antenne dotée d'un émetteur et d'un récepteur. En 1980 et 1981, l'AGT exploitait de 200 à 300 postes stationnaires, chacun ayant un rayon d'action de 20 à 30 milles. Contrairement à la transmission poste à poste que comporte le système des tours micro-ondes, les postes stationnaires et les postes mobiles émettent leurs signaux horizontalement, dans toutes les directions en même temps. Par conséquent, les postes stationnaires et les véhicules situés à proximité de la frontière albertaine n'ont pas un rayon d'action limité aux confins de la province. Ce système de postes mobiles et stationnaires est également assujéti à des permis délivrés en vertu de la *Loi sur la radio*.

En terminant sa description des installations matérielles de l'AGT, le juge Reed a souligné que l'AGT fournit des services de télécommunications aux résidents de Lloydminster en Saskatchewan. La localité de Lloydminster chevauche la frontière alberto-saskatchewanaise et l'AGT dessert tous les résidents de Lloydminster sans égard à leur province de résidence.

Plus loin dans ses motifs, le juge Reed fait un résumé des faits saillants. En ce qui concerne les installations matérielles de l'AGT, elle affirme notamment (à la p. 479 C.F.):

AGT reçoit les signaux émis par les téléphones de ses abonnés et les transmet à l'extérieur de l'Alberta; elle reçoit des signaux en provenance de l'extérieur de l'Al-

and transmits them to the intended receiver in Alberta; and in some cases it may transmit signals through Alberta (refer TCTS — Teleglobe agreement, para. 6).

AGT's physical telecommunications facilities not only connect at the borders, there is also a more pervasive integration. The same telephone sets, line, exchanges and microwave networks are used for the provision of local and interprovincial services as well as international ones. It is clear that many AGT employees are involved in the provision of both intraprovincial and extraprovincial services without distinction.

(ii) AGT's Telecommunications Services

AGT provides its customers with intraprovincial, interprovincial and international voice (local and long-distance) and data telecommunications services. The voice service is termed "basic" while the data transmission services are referred to as "non-basic". AGT has separate tariff manuals for each. Reed J. relied on the tariff manuals as evidence of the interprovincial and international aspects of the telecommunications services. With respect to "basic" services, AGT has rate schedules for long distance calls between rate centres in Alberta, and between Alberta and British Columbia, Saskatchewan, and the Canadian northwest region as well as a further schedule for calls to the rest of Canada as well as St. Pierre and Miquelon. AGT provides international service and the rate schedules are reflective of this fact as there are rates for calls between Alberta and Alaska, Hawaii, the continental United States, the Caribbean, Mexico and overseas.

With regard to the "non-basic" services, Reed J. referred to the tariff manuals again for descriptions of the various services (Envoy 100, Teletype service, Teletypewriter Exchange Service, Datacom Services), and as a source of information on the places to which these telecommunications services are provided. Reed J. stated, at p. 523:

These tariff schedules also demonstrate that the services provided involve the transmission of data and messages from centres within Alberta to centres without.

berta et les transmet à leurs destinataires en Alberta et, dans certains cas, elle retransmet à l'extérieur de l'Alberta certaines transmissions provenant elles-mêmes de l'extérieur.

Les installations matérielles de télécommunications d'AGT sont raccordées aux frontières, et il existe en outre une intégration plus complète. Les mêmes appareils, lignes et réseaux micro-ondes téléphoniques servent à des fins locales, interprovinciales et même internationales. Il est clair que de nombreux employés d'AGT travaillent à fournir un service autant extraprovincial qu'intraprovincial, sans distinction.

(ii) Les services de télécommunications de l'AGT

L'AGT offre à ses abonnés des services de communications téléphoniques locales, interprovinciales et internationales (appels locaux et interurbains) et des services de téléinformatique. Le service téléphonique est dit «de base» alors que les services de téléinformatique sont qualifiés de services «autres que de base». L'AGT possède des manuels de tarifs distincts pour chacun des services. Le juge Reed s'est fondée sur les manuels de tarifs comme preuve des aspects interprovinciaux et internationaux des services de télécommunications. En ce qui concerne les services «de base», l'AGT possède une échelle des tarifs pour les appels interurbains entre les centres tarifaires en Alberta et entre l'Alberta et la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et la région du Nord-Ouest canadien ainsi qu'une autre échelle tarifaire pour les appels ailleurs au Canada et à St-Pierre-et-Miquelon. L'AGT offre des services internationaux et les échelles tarifaires reflètent ce fait puisqu'il existe des tarifs pour les appels entre l'Alberta et l'Alaska, Hawaï, les États-Unis, les Antilles, le Mexique et les destinations outre-mer.

En ce qui concerne les services «autres que de base», le juge Reed a encore fait appel aux manuels des tarifs pour décrire les divers services (Envoy 100, Service de téléimprimeur, Service de téléscripateur à commutation automatique, Services Datacom) et pour renseigner sur les endroits où ces services de télécommunications sont offerts. Le juge Reed affirme (à la p. 9 des motifs):

Ces tarifs montrent que les services fournis comprennent la transmission de données informatiques et de messages depuis des centres albertains à des centres extérieurs.

The rate charged depends on mileage between the originating and receiving data stations or by reference to the specific exchange area to which the service is provided. In both instances the rate schedule contemplates service being provided to locations outside Alberta.

(iii) Contractual and Organizational Mechanisms Through Which AGT Provides its Telecommunications Services

AGT is a member of an unincorporated organization which is called "Telecom Canada", formerly known as "TransCanada Telephone System" (TCTS). Telecom Canada was originally created in 1931 by seven of the present ten members. The present membership is: AGT, British Columbia Telephone Company, Saskatchewan Telecommunications, Manitoba Telephone System, Bell Canada, The New Brunswick Telephone Company Limited, Maritime Telegraph and Telephone Company Limited, the Island Telephone Company Limited, Newfoundland Telephone Company and Telesat Canada. The CRTC exercises regulatory authority over Bell Canada, British Columbia Telephone Company and Telesat Canada. The remaining members of Telecom Canada are regulated by the province in which the member is situated.

*Agreements*

There are two agreements in the record between the members of Telecom Canada: a "Connecting Agreement", dated December 31, 1976, and an "Agency Agreement" dated December 1, 1978. I will return to the Connecting Agreement shortly. There are six agreements in the record signed by the individual members of Telecom Canada with various international telecommunications carriers. One agreement is with Teleglobe Canada, an overseas telecommunications carrier. Five of the agreements are with the following American companies: American Telephone and Telegraph Company, Telenet Communications Corporation, Tymnet Inc., American Satellite Company, and MCI Telecommunications Corporation.

Le tarif est fixé selon la distance entre la station qui transmet les données informatiques et celle qui les reçoit ou par rapport à la zone de rattachement particulière à laquelle le service est fourni. Dans les deux cas, l'échelle tarifaire prévoit que le service est fourni à des localités situées à l'extérieur de l'Alberta.

(iii) Les mécanismes contractuels et organisationnels par lesquels l'AGT fournit ses services de télécommunications

L'AGT fait partie d'une organisation non constituée en personne morale qui s'appelle maintenant «Télécom Canada» mais qui était autrefois connue sous le nom de «Réseau téléphonique transcanadien» (RTT). Télécom Canada a été créée, à l'origine, en 1931 par sept des dix membres actuels. En sont actuellement membres: l'AGT, la British Columbia Telephone Company, la Saskatchewan Telecommunications, la Manitoba Telephone System, Bell Canada, The New Brunswick Telephone Company Limited, la Maritime Telegraph and Telephone Company Limited, l'Island Telephone Company Limited, la Newfoundland Telephone Company et Télésat Canada. Sont assujetties au pouvoir de réglementation du CRTC, Bell Canada, la British Columbia Telephone Company et Télésat Canada. Les autres membres de Télécom Canada sont régis par la province dans laquelle ils se trouvent.

*Accords*

Le dossier révèle que les membres de Télécom Canada ont conclu deux accords: un «accord de raccordement» en date du 31 décembre 1976 et un «accord de représentation» en date du 1<sup>er</sup> décembre 1978. Je vais revenir à l'accord de raccordement dans un moment. Il ressort du dossier que chacun des membres de Télécom Canada a conclu six accords avec diverses entreprises de télécommunications internationales. L'un des accords a été conclu avec Teleglobe Canada, une entreprise de télécommunications outre-mer. Cinq des accords ont été conclus avec les compagnies américaines suivantes: l'American Telephone and Telegraph Company, la Telenet Communications Corporation, la Tymnet Inc., l'American Satellite Company et la MCI Telecommunications Corporation.

I noted earlier that three of the members of Telecom Canada are regulated by the CRTC. Certain agreements entered into by those bodies must be approved by the CRTC by virtue of s. 320(11) of the *Railway Act*. Telesat Canada, for example, brought an application under this section seeking CRTC approval of Telesat Canada's membership in Telecom Canada pursuant to the Connecting Agreement. The CRTC decision was reversed by the Governor General in Council pursuant to s. 64(1) of the *National Transportation Act*. (See Telecom decision CRTC No. 77-10, rev'd by Order in Council P.C. 1977-3152). The Agency Agreement between the members of Telecom Canada was approved, however, by the CRTC on the application of Telesat Canada: see Telecom Order CRTC No. 79-60. The six agreements with international carriers referred to above were also approved by the CRTC on the application of Bell Canada (see the following Telecom Orders: CTC/CRTC Nos. 79-25 (Teleglobe), T-97 (AT&T), 79-194 (Telenet), 79-195 (Tymnet Inc.), 83-446 (American Satellite), and 83-201 (MCI)).

The final group of agreements involve AGT and particular Canadian telecommunications carriers. In Reed J.'s explanation of the physical facilities of AGT, she noted that AGT's system is linked to the networks operated by the British Columbia Telephone Company, Saskatchewan Telecommunications and Canadian National Railways. There are three agreements on the record which provide for these physical interconnections. Two connecting agreements are with members of Telecom Canada. One is between AGT and the British Columbia Telephone Company and the other is between AGT and Saskatchewan Telecommunications.

These two agreements are not dissimilar and an illustration of their nature may be afforded by the following excerpts of the agreement between AGT and British Columbia Telephone Company (BC TEL):

WHEREAS BC TEL operates a telecommunications system in the Province of British Columbia

J'ai déjà mentionné que trois membres de Télécom Canada sont régis par le CRTC. Certains accords conclus par ces organismes doivent être approuvés par le CRTC en application du par. 320(11) de la *Loi sur les chemins de fer*. Par exemple, Télésat Canada a présenté une requête en vertu de cet article afin de faire approuver par le CRTC son adhésion au réseau Télécom Canada aux termes de l'accord de raccordement. Le gouverneur en conseil a infirmé la décision du CRTC conformément au par. 64(1) de la *Loi nationale sur les transports*. (Voir la décision Télécom CRTC n° 77-10, inf. par le décret C.P. 1977-3152). Le CRTC a cependant approuvé, à la demande de Télésat Canada, l'accord de représentation conclu entre les membres de Télécom Canada: voir ordonnance Télécom CRTC n° 79-60. Les six accords susmentionnés qui ont été conclus avec des entreprises de télécommunications internationales ont également été approuvés par le CRTC à la demande de Bell Canada (voir les ordonnances Télécom suivantes: CTC/CRTC n° 79-25 (Téleglobe), T-97 (AT&T), 79-194 (Telenet), 79-195 (Tymnet Inc.), 83-446 (American Satellite) et 83-201 (MCI)).

La dernière série d'accords concerne l'AGT et certaines entreprises de télécommunications canadiennes. Dans les explications qu'elle donne concernant les installations matérielles de l'AGT, le juge Reed souligne que le système de l'AGT est relié aux réseaux exploités par la British Columbia Telephone Company, la Saskatchewan Telecommunications et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. Le dossier indique qu'il y a trois accords qui portent sur ces raccordements. Deux accords de raccordement ont été conclus avec des membres de Télécom Canada. L'un est intervenu entre l'AGT et la British Columbia Telephone Company, et l'autre, entre l'AGT et la Saskatchewan Telecommunications.

Ces deux accords sont semblables et les extraits suivants de l'accord conclu entre l'AGT et la British Columbia Telephone Company (BC TEL) en révèlent la nature:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE BC TEL exploite un système de télécommunications dans la province de la Colombie-Britannique;

AND WHEREAS AGT operates a telecommunications system in the Province of Alberta

AND WHEREAS the system of BC TEL and the system of AGT are connected for the purpose of interchanging telecommunications services and accordingly it is mutually desired to set forth terms and conditions under which such connections shall be made.

NOW, THEREFORE, in consideration of the mutual promises and agreements hereinafter contained, each party hereby agrees as follows:

3. Each party shall connect its telecommunications facilities with the facilities of the other party and shall use these facilities so established for the purpose of an interchange of telecommunications services between its customers and patrons and the customers and patrons of the other party and for such other purposes as may be agreed upon between the parties.

The last agreement I wish to refer to is between AGT and Canadian National Railways. Canadian National Railways operates the telecommunications system in Northwestern Canada and is under the regulatory authority of the CRTC in this respect. Approval of this agreement and various amendments has been given by the CRTC on application by Canadian National Railway (see Telecom Orders CTC/CRTC Nos. T-180, T-309, 76-3 and 77-258.)

It is as a result of all of the above agreements that AGT is able to provide interprovincial and international competitive (non-basic) and non-competitive (basic) services. It remains to consider the nature of the most important of these agreements and the organizational infrastructure which has developed to facilitate the provision of AGT's telecommunications.

#### *AGT and Telecom Canada*

Earlier, I mentioned the Telecom Canada Connecting Agreement. In a petition dated July 23, 1981, brought to the Governor General in Council, this agreement was described by the various members of Telecom Canada as being (*supra*, at p. 523):

The principal agreement under which all members of TCTS, including Telesat, agree to connect their respec-

ET ATTENDU QUE l'AGT exploite un système de télécommunications dans la province de l'Alberta;

ET ATTENDU QUE le système de BC TEL et le système d'AGT sont raccordés en vue d'échanger des services de télécommunications et que les parties désirent par conséquent énoncer les modalités suivant lesquelles doivent être faits ces raccordements;

EN CONSÉQUENCE, en contrepartie des engagements et conventions mutuels ci-après énoncés, les parties s'entendent sur ce qui suit:

3. Chaque partie branchera ses installations de télécommunications avec les installations de l'autre partie et utilisera ces installations en vue d'échanger des services de télécommunications entre ses clients et abonnés et ceux de l'autre partie, de même que pour les autres fins sur lesquelles les parties pourront s'entendre.

Le dernier accord que je tiens à mentionner est intervenu entre l'AGT et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada exploite un système de télécommunications dans le Nord-Ouest canadien et est assujettie au pouvoir de réglementation du CRTC à cet égard. Le CRTC a approuvé cet accord ainsi que diverses modifications qui y ont été apportées, à la demande de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (voir ordonnances Télécom CTC/CRTC nos T-180, T-309, 76-3 et 77-258.)

C'est grâce à tous ces accords que l'AGT est en mesure de fournir des services interprovinciaux et internationaux concurrentiels (autres que de base) et non concurrentiels (de base). Il reste à examiner la nature du plus important de ces accords et l'infrastructure organisationnelle mise en place pour faciliter la prestation des services de télécommunications de l'AGT.

#### *L'AGT et Télécom Canada*

J'ai déjà mentionné l'accord de raccordement de Télécom Canada. Dans une requête en date du 23 juillet 1981, présentée au gouverneur général en conseil, divers membres de Télécom Canada ont décrit cet accord comme étant (précité, à la p. 10 des motifs):

[TRADUCTION] ( . . . ) le contrat principal en vertu duquel tous les membres du RTT, y compris Télésat,



tive telecommunications networks, and to share in the expenditures and revenues relative to the construction, operation and maintenance of a national network.

In the preamble to the Connecting Agreement it is stated:

WHEREAS the parties hereto are the principal providers of telecommunications services in their respective operating areas, and

WHEREAS the parties hereto desire to fulfil the telecommunications requirements of users of their respective systems by providing access to users in territories beyond their respective operating areas, including users and areas served either by the parties hereto, or by other systems operating outside Canada, and

WHEREAS to provide to users within their respective operating areas the required range and scope of telecommunications services, the parties hereto desire to continue to connect their respective systems and jointly furnish telecommunications services in accordance with the terms and conditions herein contained.

In her reasons, Reed J. reproduced certain passages from the above-mentioned petition wherein the members describe the nature and primary function of Telecom Canada in the following terms (*supra*, at p. 524):

3. The Trans-Canada Telephone System is a loose consortium of independent fully integrated telecommunications undertakings which work together to establish methods of planning, building plant for, and operating long distance telecommunication services within Canada in Canadian facilities. The TCTs [sic] network provides a full range of coast-to-coast telecommunications services and a wide variety of transmission facilities, including among others, coast-to-coast microwave radio relay systems and satellite channels. TCTS was originally formed in 1931 in response to the desire to have an all-Canadian long-distance integrated telephone network on a coast to coast basis.

5. TCTS serves three main purposes. First, it provides a mechanism through which each member offers national telecommunications services to its customers. Second, it

conviennent d'interconnecter leurs réseaux de télécommunications respectifs et de partager les dépenses et les revenus relatifs à la construction, à l'exploitation et à la maintenance d'un réseau national.

<sup>a</sup> Il est dit dans le préambule de l'accord de raccordement à la p. 11 des motifs:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE les parties au présent Accord sont les principaux fournisseurs de services de télécommunications dans leur territoire d'exploitation respectif, et

ATTENDU QUE les parties au présent Accord désirent satisfaire aux besoins en télécommunications des usagers de leur réseau respectif en assurant l'accès aux usagers dans des territoires situés en dehors de leur territoire respectif d'exploitation, y compris les usagers et les territoires desservis par les parties au présent Accord ou par d'autres réseaux exploités à l'extérieur du Canada

<sup>d</sup> ATTENDU QUE, pour offrir aux usagers de leur territoire respectif d'exploitation la gamme nécessaire de services de télécommunications, les parties au présent Accord désirent continuer à raccorder leurs réseaux respectifs et fournir ensemble les services de télécommunications conformément aux termes et conditions énoncés dans le présent document.

Dans ses motifs, le juge Reed a reproduit certains passages de la requête susmentionnée où les membres décrivent ainsi la nature et le rôle premier de Telecom Canada (précité, aux pp. 10 et 11 des motifs):

[TRADUCTION] 3. Le réseau téléphonique transcanadien est un consortium sans structure rigide, formé d'entreprises de télécommunications indépendantes entièrement intégrées, qui travaillent de concert à l'établissement de méthodes de planification, d'exploitation et de construction des installations nécessaires en vue d'assurer des services de télécommunications à l'intérieur du Canada au moyen d'installations canadiennes. Le réseau du RTT permet d'offrir une gamme complète de services de télécommunications à travers le Canada, de même qu'une grande diversité d'installations de transmission, dont des liaisons hertziennes transcanadiennes et des voies de transmission par satellite. Le RTT a été créé en 1931 en réponse à un désir de former un réseau téléphonique interurbain intégré entièrement canadien pour desservir le Canada d'un océan à l'autre.

<sup>j</sup> 5. Le RTT poursuit trois buts principaux. D'abord, il fournit les moyens par lesquels chaque membre peut offrir des services de télécommunications nationaux à

establishes a process of planning, standard setting and cooperation which permits the constructions [*sic*] and operation by the ten members, working together, of a national telecommunications network. Third, it provides a mechanism where members can cooperate in areas where savings or efficiencies [*sic*] can be achieved through joint action, e.g. certain technical or market research projects.

Two of the recitals to the Connecting Agreement read as follows:

WHEREAS the parties hereto desire to fulfil the telecommunications requirements of users of their respective systems by providing access to users in territories beyond their respective operating areas, including users and areas served either by the parties hereto, or by other systems operating outside Canada,

WHEREAS to provide to users within their respective operating areas the required range and scope of telecommunications services, the parties hereto desire to continue to connect their respective systems and jointly furnish telecommunications services in accordance with the terms and conditions herein contained.

Several sections in this agreement are reproduced in Reed J.'s judgment at pp. 524-26. In section 2 of this agreement, the parties "agree to connect together their respective telecommunications systems" and by s. 3 a Board of Management is established. The Board consists of one representative appointed by each of the parties and further, "Any matter coming before the Board shall require unanimous agreement before adoption." The powers of the Board are set out in s. 4 and they include the authority to establish the terms, conditions and rates for "Trans-Canada services" (s. 4(d)); to determine the basis of settlement and the apportionment of revenues derived from "services provided by TCTS" (s. 4(e)); and to establish and maintain a "Clearing House" for the purpose of carrying out necessary financial transactions (s. 4(i)). The "Clearing House" is to be operated by the administrative staff which the Board may set up under s. 4(f).

ses abonnés. Deuxièmement, il établit des règles de planification, d'établissement de normes de coopération qui permettent la construction et l'exploitation, par les dix membres travaillant ensemble, d'un réseau de télécommunications national. Troisièmement, il fournit les moyens par lesquels les membres peuvent unir leurs efforts dans des domaines où il est possible de réaliser des économies et des gains d'efficacité par une action commune, par exemple dans le cas de certains projets de recherche techniques ou commerciaux.

Deux considérants de l'accord de raccordement se lisent ainsi à la p. 11 des motifs:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE les parties au présent Accord désirent satisfaire aux besoins en télécommunications des usagers de leur réseau respectif en assurant l'accès aux usagers dans des territoires situés en dehors de leur territoire respectif d'exploitation, y compris les usagers et les territoires desservis par les parties au présent Accord ou par d'autres réseaux exploités à l'extérieur du Canada . . .

ATTENDU QUE pour offrir aux usagers de leur territoire respectif d'exploitation la gamme nécessaire de services de télécommunications, les parties au présent Accord désirent continuer à raccorder leurs réseaux respectifs et fournir ensemble les services de télécommunications conformément aux modalités énoncées dans le présent document.

Le juge Reed reproduit plusieurs articles de cet accord aux pp. 12 et 13 (C.F.) de ses motifs. À l'article 2 de l'accord, il est dit que les parties [TRADUCTION] «conviennent de raccorder ensemble leurs réseaux respectifs de télécommunications» et, aux termes de l'art. 3, un conseil de gestion est constitué. Le Conseil est formé d'un représentant nommé par chacune des parties et il est prévu en outre que [TRADUCTION] «Toute question présentée au Conseil devra être approuvée à l'unanimité avant d'être adoptée». Les pouvoirs du Conseil sont énumérés à l'art. 4 et celui-ci peut notamment établir les modalités et tarifs des services transcanadiens (al. 4d)), déterminer la base du règlement et la répartition des recettes réalisées à partir des [TRADUCTION] «services assurés par le RTT» (al. 4e)), et établir et tenir un «Bureau de règlement» pour l'exécution des opérations financières nécessaires (al. 4i)). Le fonctionnement du «Bureau de règlement» relève du personnel administratif que le Conseil peut constituer en vertu de l'al. 4f).

The parties are required to adopt and observe rules, regulations and practices established by the Board from time to time for the provision and administration of telecommunications services (s. 6). With respect to telecommunications facilities and system interconnection, ss. 7, 9 and 10 provide:

7. That facilities provided by each party for the provision of TCTS services will be designed and operated in the most economical manner to achieve such standards of service and transmission quality as may be from time to time established by the Board.

9. That the system of each of the parties hereto shall be deemed to include all telecommunications systems, other than those of the parties hereto maintaining connecting arrangements with the system of each such party.

10. That each party shall connect its respective telecommunications facilities with the facilities of the other parties hereto at such point or points as may from time to time be mutually agreed upon.

In addition, the use of Telesat Canada's communications satellite system is set out in s. 11 and in a Memorandum of Agreement attached to the Connecting Agreement as Schedule A. As was explained, at p. 525:

Schedule A sets out the terms and conditions under which the satellite facilities of Telesat Canada will be integrated with the terrestrial facilities of the others [sic] members of TCTS to form a combined terrestrial and satellite Trans-Canada telecommunications network.

Finally, by s. 19 each of the parties is obligated to maintain and operate its system to enable the provision of effective service and "to provide sufficient facilities to handle adequately all telecommunications services" furnished under the agreement.

A number of the provisions of the Connecting Agreement pertain to the mechanism by which rates for telecommunications are determined, charged, collected and then divided. Section 12 states:

12. That the telecommunications services provided hereunder shall be charged for at rates and charges such as the parties hereto may from time to time agree upon.

Les parties doivent adopter et respecter les règles, règlements et pratiques que le Conseil peut établir pour la prestation et l'administration des services de télécommunications (art. 6). En ce qui concerne les installations de télécommunications et le raccordement des systèmes, les art. 7, 9 et 10 prévoient:

[TRADUCTION] 7. Que les installations fournies par chaque partie pour la prestation des services du RTT seront conçues et exploitées de la façon la plus économique possible afin d'atteindre les normes de service et la qualité de transmission qui pourront être établies de temps à autre par le Conseil.

9. Que le système de chaque partie sera réputé comprendre tous les systèmes de télécommunications, autres que ceux qui servent au raccordement de leur système respectif.

10. Que chaque partie devra raccorder ses installations de télécommunications avec les installations des autres parties au présent accord au point ou aux points dont il pourra avoir été convenu mutuellement de temps à autre.

En outre, l'utilisation du système de télécommunications par satellite de Télésat Canada est prévue à l'art. 11 et au protocole d'accord joint comme annexe A à l'accord de raccordement. Comme on l'explique, à la p. 525 du D.L.R.:

[TRADUCTION] L'annexe A fixe les conditions en vertu desquelles les installations de satellite de Télésat Canada seront intégrées aux installations terrestres des autres membres du RTT afin de constituer un réseau de télécommunications transcanadien combinant des installations terrestres et des satellites.

Enfin, selon l'art. 19, chacune des parties doit entretenir et exploiter son système dans le but d'offrir un service efficace et de [TRADUCTION] «fournir suffisamment d'installations pour répondre adéquatement à tous les services de télécommunications» assurés en vertu de l'accord.

Un certain nombre de dispositions de l'accord de raccordement porte sur les mécanismes de détermination, de facturation, de perception et de partage des tarifs des services de télécommunications. L'article 12 prévoit:

[TRADUCTION] 12. Que les services de télécommunications assurés en vertu des présentes seront facturés à des tarifs dont les parties au présent Accord pourront convenir de temps à autre.

By section 13 each party must collect from its customers for "all telecommunications services provided hereunder" and each party remains accountable for the portion of this revenue due to the other parties in accordance with the basis for settlement determined by the Board.

Reed J. provided a useful summary of the organizational structure of Telecom Canada. The President of AGT is automatically the company's representative on the Telecom Board of Directors. Also, one or more of AGT's senior executives are members of each of Telecom's eleven committees; Business Development, Marketing, Personnel, Public Relations and Advertising, Rates, Settlement, Engineering (Network Development), Engineering (Planning), Engineering (Technical), Plant Network, and Computer Communications. The central staff of Telecom Canada has offices in Ottawa and Toronto and almost thirty AGT employees work on that staff.

After reviewing the above-noted evidence, Reed J. concluded, at p. 526:

The names and nature of the committees, the role played by AGT employees and the terms of the "Connecting Agreement" demonstrate that TCTS is the coordinating, planning and organizational heart of the integrated telecommunications system of which each member's facilities form a part.

She also pointed out that Telecom Canada does not have any independent physical network facilities (at p. 527).

Telecom Canada acts as a fiscal clearing house for the distribution of revenue derived from the provision of Telecom services. This is done in compliance with a Revenue Settlement Plan. These services include long distance calls between the members (but excluding calls between adjacent members — such as Alberta and Saskatchewan), all international calls, and all of the "non-basic" or competitive data transmission services — regardless of whether the service is provided by use of only one member's facilities.

En vertu de l'art. 13, chaque partie doit percevoir les redevances payables par ses clients pour [TRADUCTION] «tous les services de télécommunications assurés en vertu des présentes» et rendre compte de la partie des redevances due aux autres parties conformément à la base de règlement convenue par le Conseil.

Le juge Reed a présenté un résumé utile de la structure organisationnelle de Télécom Canada. Le président de l'AGT représente automatiquement la société au conseil d'administration de Télécom. De plus, un ou plusieurs cadres supérieurs de l'AGT sont membres de chacun des onze comités de direction de Télécom: le Comité d'expansion commerciale, le Comité de commercialisation, le Comité du personnel, le Comité des relations publiques et de la publicité, le Comité tarifaire, le Comité du partage des recettes, le Comité de l'ingénierie (développement du réseau), le Comité de planification technique, le Comité de génie technique, le Comité du réseau des centrales et le Groupe des communications informatiques. Près d'une trentaine d'employés de l'AGT font partie du personnel de l'administration centrale de Télécom Canada à Ottawa et à Toronto.

Après avoir examiné la preuve présentée plus haut, le juge Reed conclut (à la p. 14 C.F.):

Les noms et la nature de ces comités, le rôle que jouent les employés d'AGT et les modalités de l'Accord de raccordement démontrent que le RTT est le centre de coordination, de planification et d'organisation du système intégré de télécommunication dont les installations de chaque membre font partie intégrante.

Elle souligne également que Télécom Canada n'a pas d'installations matérielles indépendantes (à la p. 15 C.F.)

Télécom Canada sert de chambre de compensation pour le partage des recettes provenant de la prestation des services de Télécom. Ce partage s'effectue conformément au Plan de partage des recettes. Ces services comprennent les appels interurbains entre les membres (à l'exception des appels entre les membres adjacents, comme l'Alberta et la Saskatchewan), tous les appels internationaux, de même que tous les services «autres que de base» ou les services de téléinformatique, sans égard à la question de savoir si le service est fourni par les installations d'un seul membre.

The rationale behind the inclusion of all the non-basic services in Telecom Canada revenues may be found in the petition dated July 23, 1981, referred to earlier, where, in respect of such services, it is stated:

These services are marketed and provided by TCTS as national services. The needs of many customers for such services are national in scope, rather than limited to the territory of any one member of TCTS, and such customers expect the same quality, terms, and conditions of service throughout the country. In order to provide such services on a nation-wide basis, it is of prime importance that there be an incentive for each TCTS member to introduce and participate in such services. Such services require that substantial investment be made by each TCTS member in its own operating territory in order to provide the technology and facilities necessary to furnish the service on a nation-wide basis. The classification as TCTS services of services such as those in question and also future competitive services provides such an incentive to all member companies and ensures that services are introduced in a manner which optimises engineering and traffic efficiency.

These resulting revenues are not divided in proportion to the use of any particular member's facilities but rather, as noted by Reed J., at p. 528: "so as to support the development of telecommunications services throughout the country".

Revenues which are excluded from the Telecom Canada distribution scheme are the already mentioned long distance telephone calls between adjacent members, and local and long distance telephone service within a member's province.

With respect to the role of Telecom Canada in the arrangements made between its members and various international telecommunications carriers, Reed J. stated, at pp. 528-29:

Another function which TCTS performs is to act as the central co-ordinating body for dealing with United States carriers and with Teleglobe respecting the provision of overseas services. AGT does not deal directly with such non-TCTS members, dealings are carried on through the relevant TCTS committee . . .

La raison pour laquelle tous les services autres que de base sont inclus dans les revenus de Télécom Canada est exposée dans la requête du 23 juillet 1981, précitée, où il est dit:

a

[TRADUCTION] Ces services sont commercialisés et offerts par le RTT en tant que services nationaux. De nombreux abonnés à ces services ont des besoins qui s'étendent à la grandeur du pays, plutôt qu'au seul territoire d'exploitation de l'une ou l'autre des compagnies membres du RTT, et s'attendent donc à un niveau de qualité du service et à des conditions uniformes partout au pays . . . Pour offrir de tels services à l'échelle nationale, il importe au plus haut point que chaque compagnie membre du RTT soit incitée à fournir ce genre de services et à y prendre part. Pour offrir de tels services à l'échelle nationale, chaque compagnie membre du RTT doit investir de fortes sommes dans son propre territoire d'exploitation afin de fournir les techniques et les installations nécessaires. Le fait de considérer ces services ainsi que d'autres services concurrentiels futurs comme services du RTT sert d'incitatif à toutes les compagnies-membres et assure que les services sont offerts d'une façon qui optimalise les techniques et l'efficacité du trafic.

b

c

d

e

Les revenus qui en découlent ne sont pas partagés en proportion de l'utilisation des installations d'un membre particulier mais plutôt, comme l'a souligné le juge Reed (à la p. 17 C.F.): «de manière à subvenir à l'expansion des services de télécommunications dans tout le pays».

f

Les revenus exclus du plan de partage de Télécom Canada sont ceux déjà mentionnés, c'est-à-dire les appels interurbains entre membres adjacents ainsi que les services d'appels locaux et interurbains à l'intérieur de la province d'un membre.

h

En ce qui concerne le rôle de Télécom Canada à l'égard des arrangements pris entre ses membres et diverses entreprises de télécommunications internationales, le juge Reed affirme (aux pp. 17 et 18 C.F.):

i

Le RTT a aussi pour fonction de coordonner les opérations avec les entreprises de télécommunications américaines et avec Téléglobe au sujet des services outre-mer. AGT ne traite pas directement avec ces entreprises qui ne sont pas membres du RTT; ce sont les comités appropriés du RTT qui s'en chargent.

j

I have referred above and elsewhere in these reasons to these agreements as TCTS agreements. TCTS is, of course, an unincorporated organization and therefore, while the agreements will be titled as being with TCTS, the members thereof are always specifically named as being the parties to the agreement. At the same time there is frequently a clause in the agreement which provides that the non-TCTS contracting party may deal with the president of TCTS and through its clearing house and need not deal individually with the member parties.

Finally, in her summary of the facts Reed J., at pp. 530-31, described AGT as playing an integral part in the Telecom Canada organization, both at the managerial and, apparently, at the staff level.

This concludes my review of the facts and I turn now to the two constitutional questions, which will be dealt with in turn.

### III. The First Constitutional Question — The Jurisdiction Issue

#### (a) *The Federal Court Judgments*

##### (i) Federal Court, Trial Division — Reed J.

Reed J. held that AGT was engaged in a federal work or undertaking within the meaning of s. 92(10)(a). In her view the appropriate method of inquiry was to determine whether the undertaking engaged in “a *significant* amount of continuous and regular interprovincial activity”. She concluded, at pp. 532-33:

The dispute is whether it should be characterized as a local undertaking, or as one “connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province.”

The evidence seems to leave little scope for anything but a conclusion that AGT engages in a significant degree of continuous and regular interprovincial activity, and therefore must be classified as the latter.

Reed J. rejected AGT’s argument that it does not fall within s. 92(10)(a) because it does not have any physical facilities outside Alberta. She pointed out that the text of s. 92(10)(a) merely requires that an undertaking “connect” provinces.

J’ai précédemment et ailleurs dans les présents motifs appelé ces accords les accords du RTT. Le RTT n’est pas, bien entendu, une personne morale et donc, bien qu’on dise que les accords sont convenus avec le RTT, ses membres sont toujours expressément nommés comme parties contractantes. Par ailleurs, il y a fréquemment dans l’accord une clause qui stipule que le cocontractant, non membre du RTT, peut traiter avec le président du RTT et sa chambre de compensation sans avoir à traiter avec chaque partie contractante individuellement.

Enfin, dans son résumé des faits, le juge Reed a dit à la p. 20, que l’AGT faisait partie intégrante de l’organisation de Télécom Canada tant au niveau du conseil d’administration que, semble-t-il, au niveau du personnel.

Cela termine ma revue des faits et j’entreprends maintenant l’examen des deux questions constitutionnelles que j’aborderai successivement.

### III. La première question constitutionnelle — La question de la compétence

#### a) *Les décisions de la Cour fédérale*

##### (i) La Division de première instance de la Cour fédérale — Le juge Reed

Le juge Reed a conclu que l’AGT était un ouvrage ou une entreprise de nature fédérale au sens de l’al. 92(10)a). À son avis, la méthode d’analyse appropriée consistait à déterminer si l’entreprise exerçait «une activité extra-provinciale continue et régulière suffisamment importante» (à la p. 481.) Elle a conclu (à la p. 482 C.F.):

Là où il y a litige, c’est lorsqu’il s’agit de savoir si elle devrait être qualifiée d’entreprise locale ou au contraire d’entreprise «reliant la province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province».

Les preuves rapportées ne semblent laisser d’autre alternative que de conclure qu’AGT exerce un degré important d’activités interprovinciales continues et régulières et qu’elle doit donc être considérée comme de la seconde espèce.

Le juge Reed a rejeté l’argument de l’AGT qui prétendait ne pas être visée par l’al. 92(10)a) parce qu’elle n’a pas d’installations matérielles à l’extérieur de l’Alberta. Le juge a souligné que le texte de l’al. 92(10)a) exige seulement que l’entre-

In her view, the section does not require there to be physical facilities existing outside the province. Further, the term “undertaking” had been given an extensive meaning by the courts and AGT’s argument placed unwarranted emphasis on the location and nature of AGT’s physical facilities.

Reed J. stated, at p. 535, that “The crucial feature then is the nature of the enterprise itself, not the physical equipment it uses”. Applying this test to the facts, Reed J. continued:

AGT offers to its customers local, interprovincial and international telecommunications services. Its physical facilities are used to provide all three without discrimination — the services are totally integrated. Indeed, one could not separate the local from the non-local without emasculating AGT’s enterprise as it presently exists.

The learned judge did agree with AGT, however, that physical interconnection itself may not be enough to trigger federal regulation of an enterprise: “Something more is needed and this has been described as how the system is operated” (p. 536).

In order to find “sufficient organization interconnection”, Reed J. turned to AGT’s role in Telecom Canada and thus confronted the argument that Telecom Canada is not a legal entity and that each of the parties controls its own system and provides services to its own customers only. Reed J. rejected the validity of this line of argument because it “gives too much importance to the niceties of legal structure rather than focusing on the realities of the situation” (p. 537). She concluded that Telecom Canada, and AGT’s role in it, demonstrates the common and joint telecommunications enterprise which exists and showed that AGT did not operate a merely local undertaking.

The fact that AGT legally retained control over its facilities was not determinative because, in Reed J.’s words, at p. 537:

... as a practical reality it [AGT] could not separate itself from the joint TCTS enterprise without destroying its telecommunications system in its present form. The

prise «relie» les provinces. À son avis, l’article n’exige pas qu’il y ait des installations matérielles à l’extérieur de la province. De plus, les tribunaux ont donné un sens large au terme «entreprise» et, dans son argumentation, l’AGT a trop insisté sur le lieu et la nature de ses installations matérielles.

Le juge Reed a affirmé, à la p. 484 C.F., que «La caractéristique qui s’avère cruciale donc, c’est la nature de l’entreprise elle-même, non le matériel qu’elle emploie». Appliquant ce critère aux faits, le juge Reed fait remarquer (à la p. 484 C.F.):

AGT offre à ses abonnés des services de télécommunications locaux, interprovinciaux et internationaux. Ses installations matérielles servent à fournir ces trois services, sans distinction — ils sont totalement intégrés. D’ailleurs on ne pourrait séparer le local de ce qui ne l’est pas sans émasculer l’entreprise qu’est AGT dans son état actuel.

Le juge a cependant reconnu avec l’AGT que le raccordement matériel lui-même n’était peut-être pas suffisant pour assujettir une entreprise au pouvoir de réglementation fédéral: «Il faut quelque chose de plus; ce quelque chose, on l’a décrit comme la manière dont le système est exploité» (p. 486 C.F.)

Pour conclure à l’existence d’un «lien organisationnel suffisant», le juge Reed s’est penchée sur le rôle de l’AGT au sein de Télécom Canada et s’est ainsi attaquée à l’argument que Télécom Canada n’est pas une personne morale et que chaque partie exploite son propre système et ne dessert que ses propres clients. Le juge Reed a rejeté ce type d’argument parce que c’est «donner là trop d’importance aux subtilités de la structure juridique en écartant la réalité des faits» (p. 486 C.F.) Elle a conclu que Télécom Canada et le rôle qu’y joue l’AGT démontrent l’existence d’une entreprise commune et conjointe de télécommunications et indiquent que l’AGT n’exploitait pas une entreprise de nature purement locale.

Le fait qu’aux yeux de la loi l’AGT conserve en droit le contrôle de ses installations n’était pas déterminant parce que, selon le juge Reed (à la p. 487 C.F.):

... en pratique, elle [l’AGT] ne peut s’isoler de l’entreprise conjointe qu’est le RTT sans détruire son système de télécommunications tel qu’il existe actuellement. Le

fact that unanimous agreement is required by TCTS members should not disguise the constraints, the existence of the integrated system and the interdependence of the members will impose.

In closing, Reed J. pointed out that the lack of any prior assertion of regulatory authority by the federal government during the 80 years or so during which telephone systems have grown up has no bearing on the issue of constitutional jurisdiction and does not give rise to some "sort of constitutional squatters rights" (p. 538).

(ii) Federal Court of Appeal — Pratte J. (Heald and Urie JJ.)

Pratte J. (Heald and Urie JJ. concurring) agreed with Reed J.'s reasoning and result on the constitutional issue. He rejected counsels' argument that Reed J. confused the nature of the undertaking of AGT with that of the services provided to its customers which were admittedly extra-provincial in scope, and that she further erred in considering the role played by other companies. Pratte J. responded to this submission and added an additional basis upon which to uphold Reed J.'s conclusion (*supra*, at pp. 186-87):

Reed J., as I read her reasons, did not base her conclusion on the nature of the services provided by TCTS but on the fact that AGT's undertaking was operated as an integral part of a national telecommunication system. That fact was not seriously challenged before us and, in my opinion, supported her conclusion. But even if it did not, her conclusion could, in my view, be sustained on another ground. In operating its undertaking, AGT regularly makes use of its microwave towers to send messages to points located outside of Alberta. That shows clearly, in my view, that AGT's undertaking is not purely local but is an undertaking which connects Alberta with other provinces.

(b) *Analysis: Is AGT a s. 92(10)(a) Work or Undertaking?*

Let me say at the outset that none of the parties or interveners in this appeal advocated a divided jurisdiction, with the province regulating the intra-

fait qu'il faille l'accord unanime des membres du RTT ne saurait masquer les contraintes que l'existence du système intégré et l'interdépendance de ses membres imposent.

<sup>a</sup> Pour conclure, le juge Reed a souligné que le fait que le gouvernement fédéral n'ait pas revendiqué son pouvoir de réglementation pendant les quelque 80 années de croissance des systèmes téléphoniques n'a aucune incidence sur la question de la compétence constitutionnelle et ne donne pas lieu à une «forme de prescription acquisitive» (p. 488 C.F.)

<sup>c</sup> (ii) La Cour d'appel fédérale — Le juge Pratte (les juges Heald et Urie)

<sup>d</sup> Le juge Pratte (aux motifs duquel ont souscrit les juges Heald et Urie) s'est dit d'accord avec le raisonnement du juge Reed et avec sa conclusion sur la question constitutionnelle. Il a rejeté l'argument des avocats portant que le juge Reed a confondu la nature de l'entreprise de l'AGT avec celle des services fournis à ses clients, qui ont certes une portée extraprovinciale, et qu'elle a en outre eu tort de tenir compte du rôle joué par d'autres sociétés. Le juge Pratte a répondu à cet argument et a ajouté un autre motif justifiant la conclusion du juge Reed (précité, aux pp. 186 et 187):

<sup>e</sup> À la lecture des motifs du juge Reed, je suis d'avis qu'elle n'a pas fondé sa conclusion sur la nature des services fournis par le RTT mais sur le fait que l'entreprise d'AGT était exploitée en tant que partie intégrante d'un système de télécommunications national. Selon mon opinion, ce fait, qui n'a pas été sérieusement contesté devant nous, appuyait sa conclusion. Mais, même si ce n'était pas le cas, il existerait, selon moi, un autre motif soutenant cette conclusion: dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, AGT utilise régulièrement ses tours micro-ondes pour transmettre des messages à des points situés à l'extérieur de l'Alberta. À mon avis, cela démontre clairement que l'entreprise d'AGT n'est pas purement locale mais est une entreprise reliant l'Alberta à d'autres provinces.

<sup>f</sup> b) *Analyse: l'AGT est-elle un ouvrage ou une entreprise au sens de l'al. 92(10)a)?*

<sup>g</sup> Permettez-moi de dire au départ qu'aucune partie ni aucun intervenant n'ont tenté en l'espèce de faire valoir l'existence d'une compétence parta-



provincial or local aspects of the operations of AGT and Parliament regulating the interprovincial and international aspects. It is an all or nothing affair.

The case law clearly establishes that if a work or undertaking falls within s. 92(10)(a) it is removed from the jurisdiction of the provinces and exclusive jurisdiction lies with the federal Parliament (*City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (P.C.) (hereinafter *Montreal Street Railway*), at p. 342; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.) (hereinafter *Winner*), at p. 568).

In *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115 (hereinafter *Northern Telecom*, 1980), this Court outlined the appropriate constitutional principles for determining whether legislative authority over the labour relations of employees lies in the federal or provincial sphere. The issue was whether the supervisors of installers of telecommunications equipment fell under the federal government's jurisdiction. The Court declined to answer the question because of a nearly total absence of necessary constitutional facts. The Court did, however, state the appropriate framework of analysis in cases involving a similar issue. The Court adopted and summarized an earlier discussion on this point by Beetz J. in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754. Two of the six principles outlined in *Northern Telecom*, 1980 at p. 132 are relevant here:

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.

(6) In order to determine the nature of the operation, one must look at the normal or habitual activities of the business as those of "a going concern", without regard for exceptional or casual factors; otherwise, the Constitution could not be applied with any degree of continuity and regularity.

There is ample authority for the proposition that the crucial issue in any particular case is the

gée où les aspects intraprovinciaux ou locaux des opérations de l'AGT relèveraient de la province alors que les aspects interprovinciaux et internationaux relèveraient du Parlement. C'est une question de tout ou rien.

Il ressort clairement de la jurisprudence que si un ouvrage ou une entreprise relève de l'al. 92(10)a, la province perd compétence à son égard et le Parlement fédéral exerce une compétence exclusive (*City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (C.P.) (ci-après *Montreal Street Railway*), à la p. 342; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541 (C.P.) (ci-après *Winner*), à la p. 568).

Dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115 (ci-après *Northern Telecom*, 1980), cette Cour a formulé les principes constitutionnels appropriés pour décider si c'était le gouvernement fédéral ou les provinces qui avaient compétence pour légiférer sur les relations de travail des employés. La question était de savoir si les surveillants des installateurs de matériel de télécommunications étaient assujettis à la compétence du gouvernement fédéral. La Cour a refusé de répondre à la question en raison de l'absence quasi totale de faits décisifs sur le plan constitutionnel. La Cour a cependant formulé le cadre d'analyse approprié dans les cas où une question semblable est soulevée. La Cour a adopté et résumé l'analyse antérieure que le juge Beetz avait faite à ce propos dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754. Deux des six principes formulés à la p. 132 de l'arrêt *Northern Telecom*, 1980, sont pertinents en l'espèce:

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation.

(6) Pour déterminer la nature de l'exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active», sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière.

Il y a amplement de jurisprudence à l'appui de la proposition selon laquelle la question essentielle

nature or character of the undertaking that is in fact being carried on: *City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.) (hereinafter *Toronto v. Bell*), at p. 59; *Winner, supra*, at pp. 581-82; *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118, at p. 127 (hereinafter the "Go-Train" case); *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 955, at pp. 979-80 (hereinafter *Kootenay & Elk Railway Co.*); *Saskatchewan Power Corp. v. TransCanada Pipelines Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 297, at p. 308; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1925] S.C.R. 460, at p. 475 (hereinafter *Luscar Collieries*).

It is impossible, in my view, to formulate in the abstract a single comprehensive test which will be useful in all of the cases involving s. 92(10)(a). The common theme in the cases is simply that the court must be guided by the particular facts in each situation, an approach mandated by this Court's decision in *Northern Telecom, 1980, supra*. Useful analogies may be found in the decided cases, but in each case the determination of this constitutional issue will depend on the facts which must be carefully reviewed as was done by the trial judge in the present appeal.

It was conceded that AGT is an "undertaking" within the meaning of s. 92(10)(a) (see Reed J. *supra*, at p. 532), and the issue is whether it is a "local" undertaking and therefore within provincial jurisdiction, or an undertaking "connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province", and therefore within federal jurisdiction.

The appellant AGT argues that it is a local undertaking and particular significance is placed on the fact that with the exception of Lloydminster, Saskatchewan, all of the physical facilities of AGT and all of its subscribers are located solely in the province of Alberta. I would agree that the situation in Lloydminster is not constitutionally significant (see *Northern Telecom, 1980, supra*, at p. 132) but I do not accept AGT's argument.

dans tous les cas concerne la nature ou le caractère de l'entreprise qui est en fait exploitée: *City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (C.P.) (ci-après *Toronto v. Bell*), à la p. 59; *Winner*, précité, aux pp. 581 et 582; *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118, à la p. 127 (ci-après l'affaire du «train de banlieue»); *Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 955, aux pp. 979 et 980 (ci-après *Kootenay & Elk Railway Co.*); *Saskatchewan Power Corp. c. TransCanada Pipelines Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 297, à la p. 308; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1925] R.C.S. 460, à la p. 475 (ci-après *Luscar Collieries*).

À mon avis, il est impossible de formuler en l'absence de contexte un seul critère qui soit complet et utile dans tous les cas relatifs à l'al. 92(10)a). Le dénominateur commun de ces arrêts est simplement que ce sont les faits particuliers de chaque cas qui doivent guider le tribunal, une méthode dictée par l'arrêt de cette Cour *Northern Telecom, 1980*, précité. Il est possible de trouver des analogies utiles dans la jurisprudence, mais dans chaque cas, la réponse à cette question constitutionnelle variera selon les faits qui doivent être examinés soigneusement comme l'a fait le juge de première instance en l'espèce.

On a reconnu que l'AGT est une «entreprise» au sens de l'al. 92(10)a) (voir le juge Reed, précité, à la p. 482 C.F.) et la question est de savoir s'il s'agit d'une entreprise de nature «locale» et donc de compétence provinciale ou une entreprise «reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province» et donc de compétence fédérale.

L'AGT appelante soutient qu'elle est une entreprise de nature locale et accorde beaucoup d'importance au fait que, sous réserve de Lloydminster (Saskatchewan), toutes les installations matérielles de l'AGT et tous ses abonnés se trouvent uniquement en Alberta. Je reconnais que le cas de Lloydminster n'est pas important sur le plan constitutionnel (voir l'arrêt *Northern Telecom, 1980*, précité, à la p. 132), mais je n'accepte pas l'argument de l'AGT.

This Court has clearly stated that the location of the physical apparatus in one province and the fact that all the recipients of a service are within a single province will not preclude a finding that an undertaking is interprovincial in scope. In *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141 (hereinafter *Capital Cities*), Laskin C.J. on behalf of the majority, rejected a similar argument made with respect to cable television companies (at p. 159):

The systems are clearly undertakings which reach out beyond the Province in which their physical apparatus is located; and, even more than in the *Winner* case, they each constitute a single undertaking which deals with the very signals which come to each of them from across the border and transmit those signals, albeit through a conversion process, through its cable system to subscribers. [Emphasis added.]

The point was made in *Public Service Board v. Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191 (hereinafter *Dionne*), that to focus the analysis on the location of the subscribers or the separate entity of the operating company of the service was to confuse the question. Laskin C.J. stated on behalf of the majority at p. 197:

The fundamental question is not whether the service involved in cable distribution is limited to intraprovincial subscribers or that it is operated by a local concern but rather what the service consists of . . . In all these cases, the inquiry must be as to the service that is provided and not simply as to the means through which it is carried on.

I am in agreement with Reed J. that AGT's argument places too much emphasis on the physical facilities employed by it to provide the interprovincial and international services it offers. The primary concern is not the physical structures or their geographical location, but rather the service which is provided by the undertaking through the use of its physical equipment. The fact that a company does not own or operate physical facilities outside a particular province does not mean that the company's undertaking is necessarily local in nature (see: *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R.

Cette Cour a clairement affirmé que l'emplacement des installations dans une province et le fait que tous les bénéficiaires d'un service se trouvent dans une seule province n'empêchent pas de conclure qu'une entreprise a une portée interprovinciale. Dans l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141 (ci-après *Capital Cities*), le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a rejeté un argument semblable à l'égard des sociétés de câblodistribution (à la p. 159):

Il est évident que ces systèmes sont des entreprises qui s'étendent au-delà des limites de la province où sont situées leurs installations; en outre, bien plus que dans l'affaire *Winner*, ils constituent chacun une seule entreprise qui traite les signaux lui parvenant par-delà la frontière et les transmet, quoique après les avoir convertis, à ses abonnés grâce à son réseau de câbles. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191 (ci-après *Dionne*), la Cour a affirmé que c'était se méprendre sur la question que d'axer l'analyse sur le lieu où se trouvent les abonnés ou sur l'entité distincte que représente la société qui exploite le service. Le juge en chef Laskin affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 197:

La question fondamentale n'est pas de savoir si le service de câblodistribution se limite aux abonnés de la province ou s'il est exploité par une entreprise locale, mais plutôt en quoi consiste ce service . . . Dans tous ces cas, il faut rechercher quel est le service fourni et pas simplement quels sont les moyens utilisés.

Je suis d'accord avec le juge Reed pour dire que l'AGT insiste trop sur les installations matérielles qu'elle utilise pour fournir ses services interprovinciaux et internationaux. Il faut se préoccuper principalement non pas des structures matérielles ou de leur emplacement géographique, mais plutôt du service que l'entreprise fournit au moyen de ses installations matérielles. Le fait qu'une société ne possède pas ou n'exploite pas d'installations matérielles à l'extérieur d'une province donnée ne signifie pas que son entreprise est forcément de nature locale (voir: *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497, et

497, and *R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.*, [1965] 1 O.R. 84 (H.C.), at p. 89, *per Haines, J.*

The involvement of AGT in the transmission and reception of electronic signals at the borders of Alberta indicate that AGT is operating an interprovincial undertaking. I find the comment of Laskin C.J. in *Capital Cities*, cited earlier, to be fully applicable here. In that case, with reference to the cable television systems the Chief Justice stated that the systems were "clearly undertakings which reach out beyond the Province in which their physical apparatus is located" (*supra*, at p. 159). The analogy is apt as AGT's telecommunications system, taken as a whole, connects Alberta with the rest of Canada and with the United States, and other parts of the world. It undoubtedly extends beyond the province of Alberta.

AGT does not dispute that many of its services are interprovincial and international and it acknowledges the fact that its system is physically interconnected to the systems operated by carriers in British Columbia, Saskatchewan, the Northwest Territories and the United States. As Reed J. noted, AGT's physical telecommunications facilities not only connect at the borders, there is also a more pervasive integration; the same telephone sets, line, exchanges and microwave networks are used for the provision of local and interprovincial services as well as international ones. AGT takes the position, however, that the physical connections at the borders of Alberta are insufficient to mark AGT as an interprovincial, as opposed to a local, undertaking.

This submission requires consideration of some early cases involving railways. In *Montreal Street Railway, supra*, the Privy Council held that a purely local line connected to a railway which was under federal jurisdiction by virtue of a declaration under s. 92(10)(c) was not, by reason of that interconnection alone, also subject to federal jurisdiction. It must be noted, however, that neither of the railway lines involved actually extended beyond the province or connected it to any other province.

*R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.*, [1965] 1 O.R. 84 (H.C.), à la p. 89, le juge Haines).

Le fait que l'AGT émette et reçoive des signaux électroniques aux frontières de l'Alberta indique qu'elle exploite une entreprise interprovinciale. J'estime que la remarque déjà citée du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Capital Cities*, est parfaitement applicable en l'espèce. Dans cet arrêt, le Juge en chef a dit des systèmes de câblodistribution qu'il était «évident que ces systèmes sont des entreprises qui s'étendent au-delà des limites de la province où sont situées leurs installations» (précité, à la p. 159). L'analogie est appropriée puisque le système de télécommunications de l'AGT, dans son ensemble, relie l'Alberta au reste du Canada et aux États-Unis, ainsi qu'à d'autres parties du monde. Il ne fait pas de doute qu'il s'étend au-delà de la province de l'Alberta.

L'AGT ne conteste pas qu'un bon nombre de ses services sont de nature interprovinciale et internationale et elle reconnaît que son système est raccordé aux systèmes exploités par des entreprises de télécommunications en Colombie-Britannique, en Saskatchewan, dans les territoires du Nord-Ouest et aux États-Unis. Comme le souligne le juge Reed, les installations matérielles de télécommunications de l'AGT ne sont pas seulement raccordées aux frontières, mais encore il existe une intégration plus complète; les mêmes appareils, lignes et réseaux micro-ondes téléphoniques servent à des fins locales, interprovinciales et même internationales. L'AGT prétend toutefois que les raccordements aux frontières de l'Alberta ne sont pas suffisants pour qualifier l'AGT d'entreprise interprovinciale plutôt que locale.

Cet argument exige qu'on examine d'anciennes décisions en matière de chemins de fer. Dans l'arrêt *Montreal Street Railway*, précité, le Conseil privé a conclu qu'une ligne purement locale reliée à un chemin de fer assujéti à la compétence fédérale en raison d'une déclaration en vertu de l'al. 92(10)(c) n'était pas du seul fait de ce raccordement assujéti également à la compétence fédérale. Il convient cependant de souligner qu'aucune des lignes de chemin de fer visées ne s'étendait vraiment à l'extérieur de la province ou la reliait à une autre province.

*Montreal Street Railway* was not cited by the Privy Council in *Luscar Collieries, supra*. In that case a small coal branch line interconnected to the lines of Canadian National Railways and operated by Canadian National was found to be within federal jurisdiction. The contractual arrangements between the parties involved allowed for unimpeded traffic flow between the two lines and, thus, the branch line, notwithstanding the fact that it was located entirely within the limits of the province, was found to be an interprovincial undertaking (see also the *Go-Train* case, *supra*.)

*Luscar Collieries, supra*, was distinguished and *Montreal Street Railway, supra*, applied by this Court in *British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Railway Co.*, [1932] S.C.R. 161. In this case one mile of the appellant's railway track connected to two other lines both of which were under federal control, one because of a declaration, and the other because it extended beyond the limits of the province. It was held that the mere interconnection of a local line with a federal system will not, in the absence of some functional integration of the two lines, be sufficient to ground federal jurisdiction over the local line.

In *Kootenay & Elk Railway Co., supra*, a majority of this Court held that the province of British Columbia had the power to incorporate a company whose proposed railway lines were to stop at one-quarter of an inch from the United States border. The company was to deliver coal over its lines to a point north of the border where the coal would be taken over and carried by an American company for ultimate delivery in western British Columbia. The Court indicated, however, that subsequent interconnection and operation might render the proposed line subject to federal regulation. Martland J. (Abbott and Ritchie JJ. concurring) stated, at p. 980:

It may be . . . that when the two lines are joined an overall undertaking of an international character will

Le Conseil privé n'a pas cité l'arrêt *Montreal Street Railway* dans l'arrêt *Luscar Collieries*, précité. Dans ce dernier arrêt, on a décidé qu'une petite ligne de chemin de fer à charbon reliée à celles de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et exploitée par cette dernière compagnie relevait de la compétence fédérale. Selon les arrangements contractuels intervenus entre les parties, le trafic entre les deux lignes se faisait librement et on a donc décidé que l'embranchement, indépendamment du fait qu'il était situé entièrement dans une seule province, constituait une entreprise interprovinciale (voir également l'affaire du *train de banlieue*, précitée).

Cette Cour a fait une distinction d'avec l'arrêt *Luscar Collieries*, précité, et a appliqué l'arrêt *Montreal Street Railway*, précité, dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Railway Co.*, [1932] R.C.S. 161. Dans cet arrêt, la ligne de chemin de fer de l'appelante était reliée sur un mille à deux autres lignes qui relevaient de la compétence fédérale, l'une en raison d'une déclaration et l'autre parce qu'elle s'étendait au-delà des limites de la province. Il a été décidé que le simple raccordement d'une ligne de nature locale à un système fédéral ne saurait être suffisant pour assujettir la ligne locale à la compétence fédérale en l'absence d'une intégration fonctionnelle des deux lignes.

Dans l'arrêt *Kootenay & Elk Railway Co.*, précité, cette Cour a décidé, à la majorité, que la province de la Colombie-Britannique avait le pouvoir de constituer en personne morale une entreprise dont les lignes ferroviaires projetées devaient s'arrêter à un quart de pouce de la frontière américaine. La société devait livrer du charbon au nord de la frontière où il serait pris en charge par une société américaine qui le livrerait à sa destination finale dans l'ouest de la Colombie-Britannique. La Cour a cependant indiqué que le raccordement et l'exploitation ultérieurs pourraient avoir pour effet d'assujettir la ligne projetée à la compétence fédérale. Le juge Martland (aux motifs duquel ont souscrit les juges Abbott et Ritchie) affirme, à la p. 980:

Il se peut [. . .] qu'une fois les deux lignes jointes, nous soyons en présence d'une seule entreprise de nature

emerge. But in my opinion that possibility did not preclude the British Columbia Legislature from authorizing the incorporation of a company to construct a railway line wholly situate within the borders of the province. [Emphasis added.]

Martland J. added, at p. 982:

In summary, my opinion is that a provincial legislature can authorize the construction of a railway line wholly situate within its provincial boundaries. The fact that such a railway may subsequently, by reason of its interconnection with another railway and its operation, become subject to federal regulation does not affect the power of the provincial legislature to create it. [Emphasis added.]

This brief review of the jurisprudence shows therefore that mere interconnection of physical facilities in one province with those in a neighbouring province, territory or state may not be sufficient to attract the characterization of the undertaking involved as interprovincial in nature.

It is clear, however, that in the instant case the facts demonstrate much more than mere physical interconnection of AGT's system at provincial borders. It has been demonstrated that AGT is, through various commercial arrangements of a bilateral and multilateral nature, organized in a manner which enables it to play a crucial role in the national telecommunications system. It is through the organizational mechanisms described earlier that AGT is able to provide to its local subscribers services of an interprovincial and international nature.

The appellants argue that Reed J.'s analysis is flawed in that she first found that Telecom Canada is an interprovincial undertaking, then decided that AGT played an integral role in that organization and concluded from that fact that AGT was therefore also an interprovincial undertaking. The appellants urge the Court not to lose sight of the fact that the issue is not whether Telecom Canada is subject to the regulatory authority of the CRTC, but rather whether AGT is. It is asserted that the Court should not consider AGT's relationship with Telecom Canada which, AGT points out, is not a juridical person having its own business, citing the decision of the Ontario Court of Appeal in *Canadian Pacific Ltd. v. Tele-*

*internationale*. Mais, à mon avis, cette possibilité n'empêchait pas la législature de la Colombie-Britannique d'autoriser la création d'une compagnie en vue de la construction d'une ligne de chemin de fer entièrement située dans les limites de la province. [Je souligne.]

Le juge Martland ajoute, à la p. 982:

En résumé, je suis d'avis qu'une législature provinciale peut autoriser la construction d'une ligne de chemin de fer qui est entièrement située à l'intérieur des limites de la province. Le fait qu'un tel chemin de fer puisse par la suite, en raison de sa liaison avec un autre chemin de fer ou de sa mise en service, devenir soumis à la réglementation fédérale ne touche pas au pouvoir de la législature provinciale de le créer. [Je souligne.]

Ce bref examen de la jurisprudence indique donc que le simple raccordement d'installations matérielles situées dans une province à celles d'une autre province, territoire ou État voisin peut être insuffisant pour qualifier l'entreprise visée comme étant de nature interprovinciale.

Il est cependant clair qu'en l'espèce les faits révèlent plus que l'existence d'un simple raccordement matériel du système de l'AGT aux frontières provinciales. Il a été établi que l'AGT, en raison des divers arrangements commerciaux de nature bilatérale et multilatérale, est structurée d'une façon qui lui permet de jouer un rôle essentiel dans le système national de télécommunications. C'est par l'intermédiaire des mécanismes organisationnels décrits auparavant que l'AGT peut offrir à ses abonnés locaux des services de nature interprovinciale et internationale.

Les appelants prétendent que l'analyse du juge Reed est viciée du fait qu'elle a d'abord décidé que Télécom Canada est une entreprise interprovinciale, pour ensuite juger que l'AGT faisait partie intégrante de cet organisme et enfin conclure de cela que l'AGT était aussi une entreprise interprovinciale. Les appelants tiennent à ce que la Cour ne perde pas de vue le fait que la question n'est pas de savoir si Télécom Canada est assujettie au pouvoir de réglementation du CRTC, mais bien de savoir si l'AGT est assujettie à ce pouvoir. On soutient que la Cour ne devrait pas tenir compte des rapports de l'AGT avec Télécom Canada qui, comme le souligne l'AGT, n'a pas de personnalité juridique et n'exploite pas sa propre entreprise, en

*sat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229, where it was held that the Telecom Canada Connecting Agreement was not a partnership. Finally, the appellants submit that Telecom Canada is merely an amalgamation of its members, each of whom acts independently of the others and each of whom owns and operates its own system.

I am of the view that AGT's submissions with respect to its relationship with Telecom Canada must fail.

First of all, I do not agree that Reed J.'s result is predicated on the conclusion that AGT is interprovincial solely because of the integral role it plays in the Telecom Canada organization which is also interprovincial. In my view, Reed J. found that AGT itself is operating an interprovincial undertaking and that it does so primarily through bilateral contracts, its role in Telecom Canada, and the physical interconnection of its system at the borders of Alberta. I agree with that conclusion. The fact that the Court is not here called upon to assess the constitutional character of Telecom Canada does not render the existence of Telecom Canada irrelevant to the analysis of AGT's enterprise. The appellants would have the Court, in effect, ignore Telecom Canada and AGT's relationship to it.

Underlying many of the arguments is an unjustified assumption that by choosing a particular corporate form the various players can control the determination of the constitutional issue. This Court has made it clear in this area of constitutional law that the reality of the situation is determinative, not the commercial costume worn by the entities involved. In *Northern Telecom, 1980, supra*, the following observation of the Chair of the British Columbia Labour Relations Board in *Arrow Transfer Co.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29, at pp. 34-35, was approved at p. 133:

In each case the judgment is a functional, practical one about the factual character of the ongoing undertaking

citant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229, dans lequel on a conclu que l'accord de raccordement de Télécom Canada n'était pas un contrat de société. Les appelants soutiennent enfin que Télécom Canada n'est que la somme de ses membres, dont chacun agit indépendamment des autres et possède et exploite son propre système.

Je suis d'avis que les prétentions de l'AGT quant à ses rapports avec Télécom Canada doivent être rejetées.

Premièrement, je ne suis pas d'accord pour dire que la décision du juge Reed se fonde sur la conclusion que l'AGT est une entreprise interprovinciale en raison de son seul rôle comme partie intégrante dans l'organisation de Télécom Canada qui est également de nature interprovinciale. À mon avis, le juge Reed a conclu que l'AGT elle-même exploite une entreprise interprovinciale et qu'elle le fait principalement grâce à des contrats bilatéraux, à son rôle au sein de Télécom Canada et au raccordement de son système aux frontières de l'Alberta. Je partage cette conclusion. Le fait que la Cour ne soit pas appelée à évaluer la nature constitutionnelle de Télécom Canada ne rend pas son existence inutile dans l'analyse de l'entreprise de l'AGT. Les appelants souhaiteraient en effet que la Cour ignore l'existence de Télécom Canada et de ses rapports avec l'AGT.

À la base de plusieurs arguments se trouve l'hypothèse injustifiée selon laquelle en choisissant une forme particulière de constitution en personne morale les divers intervenants sont en mesure de prévoir la réponse à la question constitutionnelle. La Cour a clairement affirmé dans ce domaine du droit constitutionnel que ce sont les faits de l'espèce qui sont déterminants et non la structure commerciale que revêtent les entités visées. Dans l'arrêt *Northern Telecom, 1980*, précité, l'observation suivante formulée par le président du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique dans la décision *Arrow Transfer Co.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29, aux pp. 34 et 35, a été approuvée, à la p. 133:

[TRADUCTION] Dans chaque cas, la décision est un jugement à la fois fonctionnel et pratique sur le carac-

and does not turn on technical, legal niceties of the corporate structure or the employment relationship.

After noting the variety of academic writing on the general issue of constitutional jurisdiction over telecommunications, the Court in *Northern Telecom, 1980*, made the following apposite statement, at p. 134:

In the field of transportation and communication, it is evident that the niceties of corporate organization are not determinative. As McNairn observes in his article, *supra*, at pp. 380-1:

A transportation or communication undertaking is a possible corporate activity but it may or may not be segregated from the total corporate enterprise or it may even be larger in scope than a single corporate enterprise. To determine questions of this nature corporate objects have a certain relevance. But of primary concern is the integration of the various corporate activities in practice (including the corporate organizations themselves if more than one is involved) and their inherent interdependence. [Emphasis added.]

While the above comments were made in a case where the issue was whether a particular subsidiary formed an essential part of an interprovincial telecommunications enterprise (Bell Canada), the underlying theory is fully applicable here. Constitutional jurisdiction should not vary according to the corporate form involved.

I have reached the conclusion that AGT's role and relationship with Telecom Canada is relevant to the decision on AGT's own constitutional character. The facts are unequivocal that AGT is the mechanism through which the residents of Alberta send and receive interprovincial and international telecommunications services. The services are provided through both corporate and physical arrangements which are marked by a high degree of cooperation.

One essential vehicle employed by AGT to interprovincialize and internationalize its services is the Telecom Canada organization. It is not necessary

rière véritable de l'entreprise active et il ne dépend pas des subtilités juridiques de la structure de la société en cause ou des relations de travail.

Après avoir fait état des divers articles de doctrine portant sur la question générale de la compétence constitutionnelle en matière de télécommunications, la Cour dans l'arrêt *Northern Telecom, 1980* fait la remarque appropriée suivante, à la p. 134:

Dans le domaine du transport et des télécommunications, il est évident que les subtilités juridiques des structures des sociétés ne sont pas déterminantes. Comme le fait remarquer McNairn aux pages 380 et 381 de son article précité:

[TRADUCTION] Une entreprise de transport ou de communication peut constituer une activité d'une société et elle peut être séparée de l'entreprise globale, ou ne pas l'être; elle peut même être plus importante que l'entreprise exploitée par une seule société. Pour trancher de telles questions, il peut être utile d'étudier les objets de la société. Mais, dans tous les cas, il est primordial d'examiner l'intégration, en pratique, des diverses activités de la société (y compris ses structures si plus d'une société est impliquée) et leur interdépendance intrinsèque. [Je souligne.]

Bien que les observations qui précèdent aient été faites dans une affaire où il s'agissait de déterminer si une filiale donnée était une partie essentielle d'une entreprise de télécommunications interprovinciale (Bell Canada), la théorie sous-jacente est parfaitement applicable en l'espèce. La compétence constitutionnelle ne devrait pas varier en fonction de la forme de constitution en personne morale dont il est question.

Je conclus que le rôle de l'AGT et ses rapports avec Télécom Canada sont pertinents pour ce qui est de déterminer la nature constitutionnelle de l'AGT. Les faits ne laissent planer aucun doute, l'AGT est le mécanisme par lequel les résidents de l'Alberta bénéficient de services de télécommunications interprovinciales et internationales. Ces services sont offerts grâce à des arrangements juridiques et matériels qui sont empreints d'une très grande coopération.

L'un des principaux moyens utilisés par l'AGT pour étendre ses services au-delà de la province et du pays est l'organisation Télécom Canada. Il n'est



to attach a particular label to the legal relationship that exists between the members of Telecom Canada. It is a form of a joint venture and is a necessary feature of AGT's overall undertaking. I agree with Reed J. that AGT could not separate itself from Telecom Canada without significantly altering the fundamental nature of AGT's enterprise.

AGT's relationship with Telecom also illustrates the role AGT plays in the provision of telecommunications services to Canadians as a whole. The national telephone system exists in its present form largely as a result of the Telecom Canada arrangements. AGT is a cooperative partner in this national system and this reinforces the conclusion that AGT is not operating a wholly local enterprise.

I do not find the fact that the members of Telecom Canada own their respective "works" to be significant. The separate ownership of works does not, in this case, take away from the degree of integration which exists between the member system and the level of cooperation and coordination which exists in the national telephone system; it does not make AGT's system less interprovincial and it does not make the Telecom Canada enterprise a mere loose association of interested parties. Ownership itself is not conclusive (see: *Northern Telecom, 1980, supra*, at pp. 133-34; *Dionne, supra*, at p. 197; Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at p. 490).

A related argument was made by several of the interveners with reference to this Court's decision in *Fulton v. Energy Resources Conservation Board*, [1981] 1 S.C.R. 153 (hereinafter *Fulton*). It was pointed out that AGT could not, on its own, provide the extraprovincial services and it was necessary to enter into cooperative agreements for that purpose. It is asserted that, where an individual organization lacks the ability to effect, on its own, an interprovincial connection, that undertaking retains its local character. This proposition stems from a particular passage in *Fulton, supra*.

pas nécessaire de qualifier les rapports juridiques qui existent entre les membres de Télécom Canada. Il s'agit d'une espèce d'entreprise conjointe et d'une caractéristique nécessaire de l'entreprise globale de l'AGT. Je conviens avec le juge Reed que l'AGT ne pourrait se dissocier de Télécom Canada sans modifier sensiblement la nature fondamentale de son entreprise.

Les rapports de l'AGT avec Télécom illustrent également le rôle que joue l'AGT dans la prestation des services de télécommunications à l'ensemble des Canadiens. Le système téléphonique national dans sa forme actuelle résulte en grande partie des arrangements pris avec Télécom Canada. L'AGT est un partenaire actif dans ce système national, ce qui renforce la conclusion que l'AGT n'exploite pas une entreprise entièrement locale.

Je n'accorde pas d'importance au fait que les membres de Télécom Canada soient propriétaires de leurs «ouvrages» respectifs. En l'espèce, le droit de propriété de chacun sur les ouvrages n'a pas pour effet de supprimer le niveau d'intégration qui existe entre le système de chaque membre et le degré de coopération et de coordination qui existe au sein du système téléphonique national; cela n'enlève rien à la nature interprovinciale du système de l'AGT et ne fait pas de Télécom Canada une simple association de parties intéressées dépourvue de toute structure. Le fait d'être propriétaire n'est pas en soi décisif (voir *Northern Telecom, 1980, précité*, aux pp. 133 et 134; *Dionne, précité*, à la p. 197; Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., à la p. 490).

Plusieurs intervenants ont présenté un argument connexe relativement à l'arrêt de cette Cour *Fulton c. Energy Resources Conservation Board*, [1981] 1 R.C.S. 153 (ci-après *Fulton*). On a souligné que l'AGT ne pouvait pas, de son propre chef, fournir des services à l'extérieur de la province et que des accords de coopération devaient être conclus à cette fin. On affirme que lorsqu'un organisme particulier ne peut, de son propre chef, établir un raccordement interprovincial, cette entreprise conserve son caractère local. Cette affirmation ressort d'un passage particulier de l'arrêt *Fulton, précité*.

The issue in *Fulton* was whether the Alberta Energy Resources Conservation Board had jurisdiction to entertain an application by Calgary Power Ltd. for Board approval of the construction and operation of an electrical transmission line to a point near the British Columbia-Alberta border where the line would then connect with one to be built in British Columbia pursuant to an agreement between Calgary Power Ltd. and the B.C. Hydro and Power Authority. The Court held that Calgary Power Ltd. was a local undertaking. In the course of giving reasons on behalf of the Court, Laskin C.J. made the following statement, at p. 166:

There are observations in the Privy Council's reasons in the *Winner* case, as at pp. 574-5 of [1954] A.C. 541, that suggest that an intention to operate interprovincially may be sufficient to take a work or undertaking outside of provincial regulatory authority or, if not intention alone, then by the taking of all necessary steps to interprovincial operation. That may be so where the interprovincial operation is in the hands of one promoter, as was the case in *Winner* and also in *Toronto v. Bell Telephone Co.*, *supra*, cited in the *Winner* case, and which, however, turned on the presence of federal legislation. Here, however, there is no single promoter who is in a position to effect on his own an interprovincial connection and, in my view, the proposed works in Alberta may properly be regarded as local works for the purposes of the application that was before the Energy Resources Conservation Board.

The argument is that since AGT is not a single promoter, it is not an interprovincial undertaking.

It appears to me that those comments have been taken out of their context. In my view they have no application to the present case. The argument raised in *Toronto v. Bell*, *supra*, and *Winner*, *supra*, relates to the situation when the undertaking remains at the stage of a proposal. The Privy Council in both cases rejected the submission that an undertaking has no existence until it is carried into effect (see: *Winner*, *supra*, at p. 575.)

It will be recalled that in *Fulton*, *supra*, the construction had also not yet occurred. This is manifestly not the situation in the present appeal.

Dans l'arrêt *Fulton*, il s'agissait de déterminer si l'Energy Resources Conservation Board de l'Alberta avait compétence pour instruire la requête présentée par la Calgary Power Ltd. en vue d'obtenir la permission de construire et d'exploiter une ligne de transport d'électricité jusqu'à un endroit situé près de la frontière entre l'Alberta et la Colombie-Britannique où la ligne serait reliée à une ligne devant être construite en Colombie-Britannique, conformément à un accord conclu entre la Calgary Power Ltd. et la B.C. Hydro and Power Authority. La Cour a conclu que la Calgary Power Ltd. était une entreprise de nature locale. Dans les motifs qu'il a rédigé au nom de la Cour, le juge en chef Laskin affirme ce qui suit, à la p. 166:

Certaines remarques du Conseil privé dans l'arrêt *Winner*, par exemple aux pp. 574 et 575 du recueil [1954] A.C. 541, laissent croire que l'intention d'exploiter sur le plan interprovincial peut suffire à exclure des ouvrages ou une entreprise du pouvoir de réglementation provincial ou, sinon la seule intention, le fait de prendre toutes les mesures nécessaires pour exploiter sur le plan interprovincial. Il peut en être ainsi lorsque l'exploitation interprovinciale est confiée à un seul promoteur, comme dans l'affaire *Winner* et également dans l'affaire *Toronto v. Bell Telephone Co.*, précitée, citée dans l'arrêt *Winner* et qui, pourtant, reposait sur l'existence d'une loi fédérale. Cependant, en l'espèce, il n'y a pas de promoteur unique qui peut à lui seul faire un raccordement interprovincial et, à mon avis, on peut à bon droit considérer les ouvrages envisagés en Alberta comme des ouvrages de nature locale aux fins de la demande présentée à l'Energy Resources Conservation Board.

On fait valoir que, puisque l'AGT n'est pas un promoteur unique, ce n'est pas une entreprise interprovinciale.

Il me semble que ces remarques sont citées hors contexte. À mon avis, elles ne s'appliquent aucunement à l'espèce. L'argument soulevé dans les arrêts *Toronto v. Bell*, précité, et *Winner*, précité, concerne le cas où l'entreprise demeure à l'état de projet. Dans les deux cas, le Conseil privé a rejeté l'argument portant qu'une entreprise n'a pas d'existence tant qu'elle n'est pas mise à exécution (voir: *Winner*, précité, à la p. 575).

On se souviendra que, dans l'arrêt *Fulton*, précité, on n'avait pas commencé la construction non plus. De toute évidence, ce n'est pas le cas en

We are not dealing with a proposal by a telephone company in one province for interconnection with the facilities of a telephone company in another province.

I am also of the view that the decision in *Fulton* must be understood in relation to its particular facts and procedural history. There were a number of factors in that appeal which distance that case from the present one. First, there was no existing federal regulatory authority which covered the application. Second, Calgary Power did not contest an exercise of federal authority, at least at the point of interconnection, if Parliament had chosen to act. Third, the Alberta Board did not purport to exercise any regulatory authority over the relationship between the two companies involved under the agreement.

Throughout the judgment, there is a sense that had the federal government wished to assert jurisdiction over the interconnection of electrical transmission lines at the British Columbia-Alberta border, it could have done so. Laskin C.J., on behalf of the Court, stated, at p. 162:

Unexercised federal authority may give leeway to the exercise of provincial authority in relation to local works and undertakings, and that is how I assess the situation here.

In any event, were I of the opinion that the criterion of a single promoter was essential, I would have no hesitation in viewing AGT and the other members of Telecom Canada as "single promoters" in that they act together, as one unit, through a form of joint venture to effect the various interprovincial connections which form the backbone of the Canadian telecommunications network. To ignore the interdependence of the various members of Telecom Canada because of the separate corporate structures involved would be a sacrifice of substance to form and would advance no constitutional value. I find no merit in the argument that AGT's involvement in the interprovincial flow of signals begins and ends at Alberta's border. This is unrealistic in the same way that it was unrealistic to see cable television stations as distinct entities once the broadcast signal

l'espèce. Nous ne sommes pas en présence d'un projet, entretenu par une compagnie de téléphone dans une province, de raccorder ses installations à celles d'une compagnie située dans une autre province.

Je suis également d'avis qu'il faut examiner l'arrêt *Fulton* en fonction de ses faits et de son historique des procédures particuliers. Il existe de nombreux facteurs qui distinguent ce pourvoi de la présente affaire. Premièrement, la demande ne relevait d'aucun pouvoir de réglementation fédéral. Deuxièmement, si le Parlement avait choisi d'agir, Calgary Power n'aurait pas contesté l'exercice du pouvoir fédéral, à tout le moins à l'endroit du raccordement. Troisièmement, l'Alberta Board n'a pas prétendu exercer un pouvoir de réglementation sur les rapports entre les deux sociétés visées par l'accord.

Tout au long du jugement, on a le sentiment que si le gouvernement fédéral avait voulu revendiquer compétence sur le raccordement des lignes de transport d'électricité à la frontière de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, il aurait pu le faire. Le juge en chef Laskin affirme, au nom de la Cour, à la p. 162:

Un pouvoir fédéral non exercé peut laisser une marge de manœuvre au pouvoir provincial relatif aux ouvrages et entreprises d'une nature locale et telle est, à mon avis, la situation en l'espèce.

Quoi qu'il en soit, si j'étais d'avis que le critère d'un promoteur unique était essentiel, je n'hésiterais pas à considérer l'AGT et les autres membres de Télécom Canada comme des «promoteurs uniques» du fait qu'ils agissent ensemble, comme un seul tout, au moyen d'une entreprise conjointe pour réaliser les divers raccordements interprovinciaux qui constituent le pivot du système canadien de télécommunications. Ignorer l'interdépendance des divers membres de Télécom Canada en raison de leur structure juridique distincte reviendrait à sacrifier le fond au dépens de la forme et n'aurait aucune valeur constitutionnelle. Je considère non fondé l'argument selon lequel la participation de l'AGT au trafic interprovincial de signaux commence et prend fin à la frontière albertaine. Cela est aussi irréaliste qu'il était irréaliste de considérer les stations de câblodistribution comme des

was received at their antennae. AGT, in conjunction with the other members of Telecom, provides a physical framework for the provision of interprovincial and international telecommunications services. It is AGT itself that provides the critical interconnection at Alberta's borders.

(c) *Disposition of the Jurisdiction Issue*

I would accordingly affirm the conclusion of Reed J. that, on the basis of the facts as found by her, AGT is an interprovincial undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.

As the issue of jurisdiction may be disposed of on the basis of s. 92(10)(a), it is unnecessary to deal with the submissions regarding Peace, Order and good Government.

IV. The Second Constitutional Question — The Crown Immunity Issue

(a) *The Federal Court Judgments*

(i) Federal Court, Trial Division — Reed J.

Despite finding that AGT fell within federal jurisdiction under s. 92(10)(a), Reed J. concluded that, by virtue of its status as an agent of the Crown in right of Alberta, AGT was not bound by the relevant provisions of the *Railway Act*, or subject to CRTC jurisdiction. Reed J. relied upon the leading case of *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61, (hereinafter the *PWA* case) for the proposition that the provincial Crown is immune from federal legislation either by s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, or under the common law. Reed J. found no express statement in the *Railway Act* binding a provincial Crown agent, and found nothing in the relevant statutory provisions to suggest that the provincial Crown agent should be bound by "necessary implication".

entités distinctes une fois le signal radio capté par leur antenne. L'AGT, de concert avec les autres membres de Télécom, fournit la structure matérielle pour la prestation de services interprovinciaux et internationaux de télécommunications. C'est l'AGT elle-même qui fournit le raccordement essentiel aux frontières de l'Alberta.

c) *Conclusion quant à la question de la compétence*

Par conséquent, compte tenu des faits qu'elle a constatés, je suis d'avis de confirmer la conclusion du juge Reed que l'AGT est une entreprise interprovinciale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Puisqu'il est possible de répondre à la question de la compétence en fonction de l'al. 92(10)a), il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

IV. La seconde question constitutionnelle — La question de l'immunité de la Couronne

a) *Les décisions de la Cour fédérale*

(i) La Division de première instance de la Cour fédérale — Le juge Reed

Tout en concluant que l'AGT relevait de la compétence fédérale en vertu de l'al. 92(10)a), le juge Reed a décidé qu'en sa qualité de mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta, l'AGT n'était pas liée par les dispositions applicables de la *Loi sur les chemins de fer*, précitée, ni assujettie à la compétence du CRTC. Le juge Reed s'est appuyée sur l'arrêt de principe *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61 (ci-après l'affaire *PWA*) pour affirmer que la Couronne provinciale n'est pas liée par la législation fédérale en vertu de l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, ou de la *common law*. Le juge Reed n'a trouvé dans la *Loi sur les chemins de fer* aucune déclaration liant expressément un mandataire de la Couronne provinciale ni quoi que ce soit dans les dispositions législatives applicables qui laisserait croire que le mandataire de la Couronne provinciale devrait être lié par «déduction nécessaire».

Reed J. also rejected a submission that AGT had waived its right to immunity. While AGT may have benefited from CRTC approval of TCTS agreements, it could not be said that AGT had submitted itself to the *Railway Act* in all its aspects. AGT had never taken the initiative in seeking CRTC approval, nor had it been previously required to do so by the CRTC. Therefore Reed J. concluded at p. 547, *supra*, that there was “no nexus between the waiver of immunity with respect to the TCTS agreements and the claim being made by CNCP (that AGT be ordered to provide it with interconnection)”.

Finally, Reed J. held that AGT did not lose its status as agent of the provincial Crown by engaging in interprovincial activities. She found that since a provincial legislature can incorporate entities which operate in federally regulated fields, AGT did not lose its status as agent of the provincial Crown once its activities extended beyond the provision of local telecommunications services. As a result, Reed J. held that the CRTC should be prohibited from proceeding with the application made to it by CNCP.

(ii) Federal Court of Appeal — Pratte J. (Heald and Urie JJ. concurring)

Pratte J. came to the opposite conclusion on the Crown immunity issue. He accepted CNCP's principal argument that AGT cannot claim the benefit of Crown immunity when operating an interprovincial work or undertaking under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, because by doing so it went outside the scope of the public purposes which it was statutorily empowered to pursue. Pratte J. reviewed the relevant provisions of the *Alberta Government Telephones Act* and the *Public Utilities Board Act* and stated his conclusion as follows at p. 194:

It is apparent from those provisions that the legislature of Alberta, in creating AGT, intended that corporation to establish and maintain in the province a telecommunication system that would be regulated under the

Le juge Reed a également rejeté la prétention que l'AGT avait renoncé à son droit d'invoquer l'immunité. Bien que l'AGT ait pu bénéficier de l'approbation par le CRTC des accords du RTT, on ne peut affirmer qu'elle se soit soumise à tous égards à la *Loi sur les chemins de fer*. L'AGT n'avait jamais cherché à obtenir l'approbation du CRTC et le CRTC ne l'avait jamais obligée à le faire auparavant. Le juge Reed a donc conclu, aux pp. 498 et 499 C.F., précité, qu'il n'y a «aucun lien entre une renonciation à l'immunité relativement aux accords du RTT et à la prétention du CN-CP (qu'il soit ordonné à AGT de lui permettre un raccordement)».

Enfin, le juge Reed a conclu que l'AGT n'avait pas perdu sa qualité de mandataire de la Couronne provinciale en s'engageant dans des activités interprovinciales. Elle a conclu, que puisque la législature provinciale peut constituer en personne morale des entités qui œuvrent dans des domaines qui relèvent du pouvoir de réglementation fédéral, l'AGT n'a pas perdu sa qualité de mandataire de la Couronne provinciale lorsque ses activités se sont étendues au-delà de la prestation de services locaux de télécommunications. Par conséquent, le juge Reed a conclu qu'il devrait être interdit au CRTC d'entendre la requête présentée par CNCP.

(ii) La Cour d'appel fédérale — Le juge Pratte (aux motifs duquel ont souscrit les juges Heald et Urie)

Le juge Pratte est parvenu à la conclusion contraire sur la question de l'immunité de la Couronne. Il a accepté le principal argument de CNCP selon lequel l'AGT ne peut invoquer l'immunité de la Couronne si elle exploite un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce que, ce faisant, elle poursuit d'autres fins publiques que celles prévues par la loi. Le juge Pratte a examiné les dispositions applicables de l'*Alberta Government Telephones Act* et de la *Public Utilities Board Act* et a conclu ceci à la p. 194:

Il ressort de ces dispositions que la législature de l'Alberta avait, lorsqu'elle a constitué l'AGT, l'intention que cette société établisse et entretienne dans la province un système de télécommunications qui serait régi par la

*Public Utilities Board Act* of the province. As the only undertakings that may be regulated under that Act are those that are not described in paragraphs 92(10)(a),(b) and (c) of the *Constitution Act, 1867*, it follows, in my view, that the legislature intended AGT to operate a local undertaking and that AGT, in operating a federal undertaking, stepped outside of the authority of the purposes for which it was created. It cannot, therefore, invoke its status of a Crown agent so as to dodge the laws that are applicable to federal undertakings.

The order of Reed J. was, therefore, set aside and AGT's application for a writ of prohibition dismissed.

(b) *The Applicability of s. 16 of the Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, to the Provincial Crown*

It is apparent that, as a legal person within federal jurisdiction under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, AGT would fall within the regulatory authority of the CRTC, pursuant to the terms of ss. 5 and 320 of the *Railway Act*, if special rules relating to Crown immunity are not applicable in the present appeal. However, AGT is an agent of the Crown in right of Alberta, by virtue of s. 42(1) of the *Alberta Government Telephones Act* which, as I have earlier noted, provides:

42(1) The commission is an agent of the Crown in right of Alberta and its powers may be exercised only as an agent of the Crown.

Crown immunity, as developed in the United Kingdom under a unitary constitution encompassing only one Crown, raises new considerations when applied to a federal state. Where legislative and executive roles are divided and confined to assigned jurisdictions, the following question must be answered: does the presumption that the Crown ought not be bound by general words in legislation operate solely in favour of the Crown in right of the legislating government, or does it benefit the Crown in all its emanations, both federal and provincial?

*Public Utilities Board Act* de cette province. À mon avis, comme cette loi ne peut régir que les entreprises qui ne sont pas décrites aux alinéas 92(10)a),b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il s'ensuit que la législature avait l'intention qu'AGT exploite une entreprise de nature locale et qu'AGT, en exploitant une entreprise de nature fédérale, a outrepassé ses pouvoirs en n'agissant pas conformément aux fins pour lesquelles elle a été constituée. En conséquence, elle ne peut invoquer sa qualité de mandataire de la Couronne pour se soustraire à l'application des lois qui régissent les entreprises fédérales.

L'ordonnance du juge Reed a donc été annulée et la demande de bref de prohibition présentée par l'AGT a été rejetée.

b) *L'applicabilité de l'art. 16 de la Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, à la Couronne provinciale*

Il appert qu'en sa qualité de personne morale qui relève de la compétence fédérale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'AGT sera assujettie au pouvoir de réglementation du CRTC, conformément aux art. 5 et 320 de la *Loi sur les chemins de fer*, si des règles spéciales relatives à l'immunité de la Couronne ne s'appliquent pas en l'espèce. Toutefois, l'AGT est un mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta en raison du par. 42(1) de l'*Alberta Government Telephones Act* qui prévoit comme je l'ai déjà souligné:

[TRADUCTION] 42(1) La Commission est mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta et ne peut exercer ses pouvoirs qu'à ce titre.

L'immunité de la Couronne, telle qu'elle existe au Royaume-Uni dans un régime unitaire qui vise une seule Couronne, soulève de nouveaux aspects lorsqu'elle s'applique à un État fédéral. Lorsque les pouvoirs législatif et exécutif sont séparés et ne peuvent exercer que des compétences définies, il faut répondre à la question suivante: la présomption selon laquelle la Couronne ne doit pas être liée par les termes généraux d'une loi s'applique-t-elle seulement en faveur de la Couronne du chef du gouvernement qui légifère ou bénéficie-t-elle à la Couronne dans toutes ses émanations, fédérales et provinciales?

In the first session of the first Parliament of Canada, provision was made for Crown immunity from federal enactments (see *An Act respecting the Statutes of Canada*, S.C. 1867, c. 1, s. 7). The original provision for immunity remained unaltered, in all material respects, until an amendment in the *Interpretation Act*, S.C. 1967-68, c. 7, and provided as follows: (*Interpretation Act*, R.S.C. 1952, c. 158, s. 16):

16. No provision or enactment in any Act affects, in any manner whatsoever, the rights of Her Majesty, her heirs or successors, unless it is expressly stated therein that Her Majesty is bound thereby.

As a result of the 1967-68 amendment, s. 16 of the *Interpretation Act* took on its present form:

16. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred to.

The issue, therefore, is whether the reference to "Her Majesty" in a statute enacted by Parliament to aid in the interpretation of other federal statutes is to be taken as referring only to the Crown in right of Canada or, as referring as well to the Crown in right of a province. The definition of "Her Majesty" contained in s. 28 of the *Interpretation Act*, and made applicable to the interpretation of s. 16 by virtue of s. 3(2) of the same Act, adds little insight into whether it should encompass the Crown in right of a province. Section 28 provides, in part:

28. In every enactment

"Her Majesty", "His Majesty", "the Queen", "the King" or "the Crown" means the Sovereign of the United Kingdom, Canada and Her other Realms and Territories, and Head of the Commonwealth;

"Her Majesty's Realms and Territories" means all realms and territories under the sovereignty of Her Majesty;

In *PWA*, Laskin C.J. made the following observation regarding the definition of "Her Majesty" in s. 28, at pp. 70-71:

Au cours de la première session de la première Législature canadienne, l'immunité de la Couronne contre l'application des lois fédérales avait été prévue (voir *Acte concernant les Statuts du Canada*, S.C. 1867, chap. 1, art. 7). À toutes fins pratiques, cette disposition est restée la même jusqu'à ce qu'elle soit modifiée par la *Loi d'interprétation*, S.C. 1967-68, chap. 7, et elle prévoyait ce qui suit: (*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1952, chap. 158, art. 16):

16. Nulle prescription ou disposition d'une loi n'atteint de quelque façon les droits de Sa Majesté, de ses héritiers ou de ses successeurs, à moins qu'il n'y soit formellement stipulé que Sa Majesté y est soumise.

L'article 16 actuel de la *Loi d'interprétation* provient de la modification apportée en 1967-68:

16. Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

Il s'agit donc de savoir si la mention de «Sa Majesté» dans une loi fédérale visant à faciliter l'interprétation d'autres lois fédérales doit s'entendre de la Couronne du chef du Canada seulement ou de la Couronne du chef d'une province également. La définition de «Sa Majesté» que l'on trouve à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation* et qui est rendue applicable à l'interprétation de l'art. 16 en vertu du par. 3(2) de la même loi ne nous éclaire pas beaucoup quant à savoir si elle vise la Couronne du chef d'une province. L'article 28 prévoit notamment ceci:

28. Dans chaque texte législatif

«royaumes et territoires de Sa Majesté» désigne tous les royaumes et territoires sous la souveraineté de Sa Majesté;

«Sa Majesté», «la Reine», «le Roi» ou «la Couronne» désigne le souverain du Royaume-Uni, du Canada et de Ses autres royaumes et territoires, et chef du Commonwealth;

Dans l'affaire *PWA*, le juge en chef Laskin fait la remarque suivante au sujet de la définition de «Sa Majesté» contenue à l'art. 28, aux pp. 70 et 71:

Although the definition above-quoted refers to "Canada", the reference is in the context of a recital, substantially, of the Royal Style and Titles, as prescribed by the *Royal Style and Titles Act*, R.S.C. 1970, c. R-12. I do not think that the definition itself establishes a limitation of the reference to "Her Majesty" as being a reference only to the Crown in right of Canada. If it is so, it would be by reason of the constitutional organization of our federal system. [Emphasis added.]

Laskin C.J. concluded as follows, at pp. 75-76:

In the present case, I find it unnecessary to come to any conclusion on whether the definition of "Her Majesty" in s. 28 of the federal *Interpretation Act* should be limited, for constitutional reasons, to the Crown in right of Canada. I am content to proceed on the traditional view that it covers the Crown in whatever aspect its subjection to federal legislation arises. [Emphasis added.]

While Laskin, C.J. chose not to decide the precise nature of the scope of s. 16, the Court did hold that the provincial Crown agent, in that case PWA, was not bound by the federal legislation at issue. Although the precise basis for the immunity of the provincial Crown agent is less than clear in *PWA*, the case does clearly hold that immunity exists, at p. 76:

In my view, the Alberta Government, if not entitled to the shelter provided by s. 16 of the federal *Interpretation Act*, is entitled to rely on the common law . . .

The Anglo-Canadian authorities which have considered this issue appear to have proceeded on the assumption that immunity is not limited to the Crown in right of Canada: apart from *PWA*, *supra*, see, for example, *In re Silver Bros., Ltd.*, [1932] A.C. 514, and the *Go-Train* case. More recently, this Court handed down judgment in *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015 (hereinafter *Sparling v. Quebec*), in which the applicability of s. 16 to a provincial Crown agent was taken for granted but not explicitly discussed.

While none of these cases has considered in any depth the rationale for the assumption that statutory immunity from federal laws extends to the Crown in right of a province, it remains that this

Bien que la définition précitée se réfère au «Canada», il faut la replacer dans le contexte des termes employés dans la *Loi sur la désignation et les titres royaux*, S.R.C. 1970, c. R-12. Je ne crois pas que la définition elle-même limite l'expression «Sa Majesté» à la seule Couronne du chef du Canada. Si c'était le cas, ce serait en raison de l'organisation constitutionnelle de notre système fédéral. [Je souligne.]

<sup>b</sup> Le juge en chef Laskin conclut ceci, aux pp. 75 et 76:

J'estime inutile en l'espèce de décider si la définition des termes «Sa Majesté» à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation fédérale* ne devrait désigner, pour des motifs d'ordre constitutionnel, que la Couronne du chef du Canada. Je me contenterai de suivre l'opinion traditionnelle selon laquelle la définition s'applique à la Couronne dans tous les domaines où elle peut être assujettie à une loi fédérale. [Je souligne.]

<sup>d</sup> Même si le juge en chef Laskin n'a pas voulu se prononcer sur la portée précise de l'art. 16, la Cour a cependant décidé que le mandataire de la Couronne provinciale, PWA dans cette affaire, n'était pas lié par la loi fédérale en cause. Bien que le fondement précis de l'immunité du mandataire de la Couronne provinciale soit loin d'être clair dans l'affaire *PWA*, il ressort clairement de la dite affaire que cette immunité existe, à la p. 76:

<sup>f</sup> À mon sens, si le gouvernement de l'Alberta ne peut se prévaloir de la protection prévue à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation fédérale*, il peut à juste titre invoquer le principe de *common law* . . .

<sup>g</sup> Les décisions anglo-canadiennes qui ont porté sur cette question semblent avoir tenu pour acquis que l'immunité n'est pas restreinte à la Couronne du chef du Canada: outre l'affaire *PWA*, précitée, voir, par exemple, *In re Silver Bros., Ltd.*, [1932] A.C. 514, et l'affaire du *train de banlieue*. Plus récemment, la Cour a rendu l'arrêt *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015 (ci-après *Sparling c. Québec*), dans lequel on a tenu pour acquise l'applicabilité de l'art. 16 à un mandataire de la Couronne provinciale sans en traiter expressément.

Bien que, dans aucune de ces décisions, on n'ait examiné sérieusement le fondement de l'hypothèse selon laquelle l'immunité légale contre l'application des lois fédérales à la Couronne du chef d'une



view has the support of a consistent and considerable body of case-law. I am not persuaded that it would be appropriate to depart from that line of authority in this case. Indeed, there is much to be said in favour of this interpretation.

Commenting on *PWA*, *supra*, Colin McNairn in 'Comment' (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 145, at p. 150, succinctly describes the reasons which justify each level of government possessing some measure of freedom of action even if within the other level's legislative sphere:

In a federal system it makes some sense to put the onus on a legislature to specially include the other level of government within its enactments if they are to so extend in a restrictive way. This preserves a degree of freedom to the various political units within the federation that is consistent with their mutual independence. This last consideration leads to a very different conclusion as to the appropriate meaning of the expressions "Crown" and "Her Majesty" as they may appear in statutory provisions establishing a general immunity or a particular exemption for that entity. These terms, in that context, may properly be taken to include the other level of government having in mind that the federal arrangement pre-supposes a substantial degree of independence between the provinces and the central authority.

Notwithstanding the concern expressed by Laskin C.J. in *PWA*, *supra*, that applying s. 16 to the provincial Crown might be inconsistent with the concept of divisibility, Laskin C.J. relied in part on a very similar rationale to that set out by McNairn for finding that the common law accorded immunity to the provincial Crowns from federal legislation (at p. 76):

Why, it may be asked, should that rule, developed in unitary England, apply at all in a federal state? There are, in my opinion, two answers. First, if the Crown in right of a Province was unable to rely on its immunity, unless bound expressly or by necessary implication, automatic subordination of a provincial Government to federal legislation would result, and this would offend the mutually independent positions of the Crown in right of Canada and in right of a Province which obtain under our constitutional arrangements in the absence of valid legislation to the contrary. Second, the common law rule

province, il reste qu'il existe une jurisprudence abondante et uniforme qui appuie ce point de vue. Je ne suis pas convaincu qu'il serait approprié de s'écarter de ce courant de jurisprudence en l'es-  
a pèce. En effet, de nombreux arguments militent en faveur de cette interprétation.

Dans un article portant sur l'affaire *PWA*, précitée, intitulé «Comment» (1978), 56 *R. du B. can.*  
b 145, à la p. 150, Colin McNairn expose brièvement les raisons pour lesquelles chaque palier de gouvernement devrait posséder une certaine marge de manœuvre, même à l'intérieur de la sphère de compétence de l'autre palier:

[TRADUCTION] Dans un régime fédéral, il est logique d'imposer à une législature l'obligation d'inclure expres-  
c sément l'autre palier de gouvernement dans ses lois si elles doivent s'y appliquer de façon restrictive. Cela permet aux différentes unités politiques de la fédération  
d de conserver une certaine liberté qui soit conforme à leur indépendance respective. Cette dernière considération mène à une conclusion fort différente quant au sens approprié des expressions «Couronne» et «Sa Majesté»  
e qui peuvent se retrouver dans des dispositions législatives qui accordent une immunité générale ou une exemption particulière à cette entité. Ces expressions, dans ce contexte, peuvent être interprétées à juste titre comme visant l'autre palier de gouvernement si on considère que le régime fédéral pré suppose un degré important d'indé-  
f pendance entre les provinces et l'autorité centrale.

Bien que, dans l'affaire *PWA*, précitée, il ait exprimé la crainte que l'application de l'art. 16 à la Couronne provinciale soit incompatible avec le  
g concept de la divisibilité, le juge en chef Laskin s'est appuyé en partie sur un raisonnement très semblable à celui de McNairn pour conclure que la *common law* accorde à la Couronne provinciale  
h l'immunité contre l'application des lois fédérales (à la p. 76):

On peut se demander pourquoi cette règle, élaborée dans le régime unitaire anglais, devrait s'appliquer dans un état fédéral? À mon avis, deux réponses sont possibles.  
i Premièrement, si la Couronne du chef d'une province ne peut invoquer son immunité, à moins d'être liée expressément ou par déduction nécessaire, il en résulte un assujettissement automatique du gouvernement provincial à la législation fédérale, ce qui porterait atteinte à  
j l'indépendance respective de la Couronne du chef du Canada et de la Couronne du chef d'une province que confère, en l'absence d'une législation valide à l'effet

as part of what I may call Crown law is an historic principle that was part of the law of this country from its beginning; and it remained part of our law under the federal structure brought into force in 1867, both for the advantage of the Crown in right of Canada and of the Crown in right of a Province.

The very same reasoning may be called on in support of the interpretation consistently given by the courts that s. 16, no less than the common law, covers both levels of government. In my view, a case has not been made for departing from the view previously taken by this Court and by the Privy Council that the general reference to "Her Majesty" in s. 16 of the *Interpretation Act* embraces the Crown in right of a province as well as the Crown in right of Canada.

In "Federalism and Provincial Government Immunity" (1979), 29 *U. of T. Law Journal* 1, Professor Katherine Swinton has taken the argument that there are compelling reasons for shielding provincial Crown agents from the application of federal statutes even further. Professor Swinton advocates the use of a balancing test that goes beyond standard division of powers analysis: see especially at p. 19. She contended that the courts should weigh provincial interests against national interests in order to determine when provincial immunity should be accorded from federal laws. In her view, even if Parliament has legitimately acted within its legislative competence, provincial interests in the public policy role of its Crown agent may be strong enough to justify the courts in according immunity from otherwise applicable laws. Accordingly, Professor Swinton argues for a form of constitutional immunity, and suggests that s. 16 should be interpreted so that the provincial Crown is neither totally included nor totally excluded. In her view, s. 16 should be interpreted differently according to whether, in given circumstances, Parliament could subject a provincial agent to its laws after the relevant interests are balanced; see p. 35, *supra*.

contraire, notre système constitutionnel. Deuxièmement, la règle de *common law* fait partie de ce qu'il convient d'appeler le droit de la Couronne et constitue un principe historique faisant partie du droit de notre pays depuis son origine; elle fait partie de notre droit en vertu du régime fédéral entré en vigueur en 1867, à l'avantage à la fois de la Couronne du chef du Canada et de la Couronne du chef d'une province.

On peut faire appel au même raisonnement pour appuyer l'interprétation constamment retenue par les tribunaux, selon laquelle l'art. 16, au même titre que la *common law*, vise les deux paliers de gouvernement. À mon avis, on n'a pas encore expliqué pourquoi il serait justifié de s'éloigner de l'opinion retenue antérieurement par cette Cour et le Conseil privé, selon laquelle la mention générale de «Sa Majesté» à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* vise la Couronne du chef d'une province ainsi que la Couronne du chef du Canada.

Dans son article intitulé «Federalism and Provincial Government Immunity» (1979), 29 *U. of T. Law Journal* 1, le professeur Katherine Swinton s'est dite d'avis qu'il existe des raisons sérieuses de protéger encore davantage les mandataires de la Couronne provinciale contre l'application des lois fédérales. Le professeur Swinton préconise le recours à un critère d'évaluation qui va au-delà de l'analyse habituelle du partage des pouvoirs: voir particulièrement à la p. 19. Elle a soutenu que les tribunaux devraient soupeser les intérêts provinciaux et nationaux afin de déterminer dans quels cas l'immunité provinciale devrait être accordée à l'encontre des lois fédérales. À son avis, même si le Parlement a légitimement agi à l'intérieur de son champ de compétence législative, les intérêts qu'a la province dans le rôle d'intérêt public que joue son mandataire de la Couronne peuvent être suffisamment importants pour justifier les tribunaux d'accorder l'immunité à l'encontre de lois par ailleurs applicables. Le professeur Swinton préconise donc une forme d'immunité constitutionnelle et propose que l'art. 16 soit interprété de façon à ce que la Couronne provinciale ne soit ni totalement incluse ni totalement exclue. À son avis, l'art. 16 devrait être interprété différemment selon la question de savoir si le Parlement pourrait, dans une situation donnée, assujettir à ses lois un mandataire provincial après avoir soupesé les intérêts pertinents; voir à la p. 35, précité.

In my view, it would be wrong to accept a theory of constitutional inter-governmental immunity. If Parliament has the legislative power to legislate or regulate in an area, emanations of the provincial Crown should be bound if Parliament so chooses. I agree with the observation of Laskin C.J. in *PWA, supra*, at p. 72:

It is, of course, open to the federal Parliament to embrace the provincial Crown in its competent legislation if it chooses to do so . . . .

It should be remembered that one aspect of the pith and substance doctrine is that a law in relation to a matter within the competence of one level of government may validly affect a matter within the competence of the other. Canadian federalism has evolved in a way which tolerates overlapping federal and provincial legislation in many respects, and in my view a constitutional immunity doctrine is neither desirable nor necessary to accommodate valid provincial objectives.

(c) *Is the Railway Act Binding on the Crown?*

The *Railway Act* cannot bind AGT except to the extent the provincial Crown is "mentioned or referred to" in the enactment. Can it be said that the provincial Crown has been "mentioned or referred to" in the relevant provisions of the *Railway Act*? The respondents argued before this Court that ss. 320 and 5 of the *Railway Act* indicate a Parliamentary intention to bind the Crown. Section 320(12) gives the CRTC jurisdiction over

320. . . .

(12) . . . all companies as in this section defined, and to all telegraph and telephone systems, lines and business of such companies within the legislative authority of the Parliament of Canada; . . .

"Company" is defined in s. 320(1):

320. (1) In this section

"company" means a railway company or person authorized to construct or operate a railway, having authority to construct or operate a telegraph or telephone system or line, and to charge telegraph or telephone tolls, and includes also telegraph and telephone companies and every company and person within the

À mon avis, on aurait tort d'accepter une théorie de l'immunité constitutionnelle intergouvernementale. Si le Parlement a le pouvoir de légiférer ou de réglementer dans un domaine, les émanations de la Couronne provinciale devraient être liées si le Parlement en décide ainsi. Je suis d'accord avec l'observation que fait le juge en chef Laskin dans l'affaire *PWA*, précitée, à la p. 72:

Il est bien évident que le Parlement fédéral peut rendre la législation relevant de sa compétence applicable à la Couronne provinciale s'il en décide ainsi . . .

Il faut se rappeler que l'un des aspects de la théorie du caractère véritable est qu'une loi relative à un chef de compétence d'un palier de gouvernement peut valablement toucher un chef de compétence de l'autre palier. Le fédéralisme canadien a évolué de façon à tolérer à plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales et, à mon avis, une théorie de l'immunité constitutionnelle n'est ni souhaitable ni nécessaire à la réalisation d'objectifs provinciaux réguliers.

c) *La Loi sur les chemins de fer lie-t-elle la Couronne?*

La *Loi sur les chemins de fer* ne saurait lier l'AGT que dans la mesure où la Couronne provinciale est «mentionnée ou prévue» dans cette loi. Peut-on affirmer que la Couronne provinciale a été «mentionnée ou prévue» dans les dispositions applicables de la *Loi sur les chemins de fer*? Les intimés ont soutenu devant cette Cour que les art. 320 et 5 de la *Loi sur les chemins de fer* indiquent que le législateur a voulu lier la Couronne. Le paragraphe 320(12) prévoit que la compétence du CRTC s'étend

320. . . .

(12) . . . à toutes les compagnies définies au présent article, et à tous les réseaux de télégraphe et de téléphone, lignes et opérations de ces compagnies relevant de l'autorité législative du Parlement du Canada; . . .

Le terme «compagnie» est défini au par. 320(1):

320. (1) Dans le présent article

«compagnie» signifie une compagnie de chemin de fer ou une personne autorisée à construire ou à tenir en service un chemin de fer, qui a le pouvoir de construire ou de tenir en service une ligne ou un réseau de télégraphe ou de téléphone, et d'en exiger des taxes; et comprend aussi les compagnies de télégraphe et de

legislative authority of the Parliament of Canada having power to construct or operate a telegraph or telephone system or line and to charge telegraph or telephone tolls; [Emphasis added.]

Finally s. 5 provides as follows:

5. Subject as herein provided, this Act applies to all persons, railway companies and railways, within the legislative authority of the Parliament of Canada, whether heretofore or hereafter, and howsoever, incorporated or authorized, except Government railways, to which however it applies to such extent as is specified in any Act referring or relating thereto. [Emphasis added.]

The respondent submitted that the exception of "Government railways" in s. 5 would have been unnecessary if the word "persons" did not include the Crown. I am in agreement with Reed J. and with the Federal Court of Appeal that these provisions do not purport to bind AGT expressly as agent of the Crown in right of Alberta.

As noted earlier, s. 16 of the *Interpretation Act* was amended in 1967-68. The earlier version required that it be "expressly stated" that the Crown is to be bound. The newly substituted version provides that a Crown will not be bound by statute "except only as therein mentioned or referred to". At issue here is the explicitness required by the new wording of s. 16 to bind the Crown.

The common law rule was set out by Lord du Parc for the Privy Council in *Province of Bombay v. City of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.), at p. 61 (hereinafter *Bombay*):

The general principle to be applied in considering whether or not the Crown is bound by general words in a statute is not in doubt. The maxim of the law in early times was that no statute bound the Crown unless the Crown was expressly named therein . . . . But the rule so laid down is subject to at least one exception. The Crown may be bound, as has often been said, "by necessary implication". If, that is to say, it is manifest from the very terms of the statute, that it was the intention of the legislature that the Crown should be bound, then the result is the same as if the Crown had been expressly named. It must then be inferred that the

téléphone, et toute compagnie et toute personne, relevant de l'autorité législative du Parlement du Canada, qui ont le pouvoir de construire ou de tenir en service une ligne ou un réseau de télégraphe ou de téléphone et d'en exiger des taxes; [Je souligne.]

Enfin, l'art. 5 prévoit ce qui suit:

5. Sous réserve des dispositions ci-inclues, la présente loi s'applique à toutes les personnes, les compagnies de chemin de fer et à tous les chemins de fer, qui relèvent de l'autorité législative du Parlement du Canada, constitués en corporations ou autorisés, soit dans le passé, soit à l'avenir, et de quelque manière que ce soit, sauf les chemins de fer de l'État auxquels cependant elle doit s'appliquer dans la mesure spécifiée dans toute loi s'y rapportant ou s'y rattachant. [Je souligne.]

L'intimé a soutenu que l'exception concernant les «chemins de fer de l'État» contenue à l'art. 5 aurait été inutile si le terme «personnes» ne comprenait pas la Couronne. Je suis d'accord avec le juge Reed et avec la Cour d'appel fédérale pour dire que ces dispositions n'ont pas pour but de lier expressément l'AGT comme mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta.

Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* a été modifié en 1967-68. Selon la version antérieure, il fallait qu'il «soit formellement stipulé» que la Couronne serait liée. Selon la nouvelle version, la Couronne ne sera pas liée par la loi «sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue». La question porte ici sur le caractère explicite que le nouveau texte de l'art. 16 exige pour lier la Couronne.

C'est Lord du Parc, dans l'arrêt du Conseil privé *Province of Bombay v. City of Bombay*, [1947] A.C. 58 (C.P.), à la p. 61 (ci-après *Bombay*), qui a formulé la règle de *common law*:

[TRADUCTION] Le principe général à appliquer en examinant si la Couronne est liée par les dispositions générales d'une loi est bien connu. Selon l'ancienne maxime juridique, aucune loi ne lie la Couronne à moins que celle-ci n'y soit expressément mentionnée . . . . Mais cette règle souffre au moins une exception. La Couronne, comme on l'a souvent dit, peut être liée «par déduction nécessaire», c'est-à-dire que, s'il ressort du texte même de la Loi que le législateur entendait lier la Couronne, le résultat est le même que si cette dernière était expressément mentionnée. Il faut donc en déduire que la Cou-

Crown, by assenting to the law, agreed to be bound by its provisions. [Emphasis added.]

Lord du Parcq then sets out the “wholly frustrated” test as follows, at p. 63:

Their Lordships prefer to say that the apparent purpose of the statute is one element, and may be an important element, to be considered when an intention to bind the Crown is alleged. If it can be affirmed that, at the time when the statute was passed and received the royal sanction, it was apparent from its terms that its beneficial purpose must be wholly frustrated unless the Crown were bound, then it may be inferred that the Crown has agreed to be bound. Their Lordships will add that when the court is asked to draw this inference, it must always be remembered that, if it be the intention of the legislature that the Crown shall be bound, nothing is easier than to say so in plain words. [Emphasis added.]

The Privy Council made clear that any exception to the normal Crown immunity rule based on a necessary implication should be narrowly confined. As a result, an intention to bind the Crown is not to be inferred merely from the fact that the provisions of a statute will not operate smoothly or efficiently if the Crown is not bound, nor from the fact that if the Crown is not bound the statute will have only a limited application. To what extent is a “necessary implication” exception part of the current s. 16?

This Court has addressed the meaning of s. 16 in three recent cases: *PWA, supra, R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568 (hereinafter *Ouellette*), and *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551 (hereinafter *Eldorado*). In *PWA* and in *Eldorado*, the Court took the view that the necessary implication exception is not part of s. 16, while in *Ouellette*, the Court seems to have applied a form of necessary implication test.

In *PWA, supra*, the relevant provisions of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3, did not specifically purport to bind the Crown. The issue thus raised was whether the Alberta government (Pacific Western Airlines being a Crown agent) was a “person” embraced by the general wording

ronne, en acquiesçant à la loi, a accepté d’être liée par ses dispositions. [Je souligne.]

Lord du Parcq a ensuite formulé de la façon suivante le critère de l’absence de toute efficacité de loi (à la p. 63):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries préfèrent dire que l’objet apparent de la loi constitue un élément, et peut être un élément important, à examiner lorsque l’on prétend que l’intention était de lier la Couronne. Si l’on peut affirmer qu’au moment où la Loi a été adoptée et a reçu la sanction royale, il ressortait clairement de son texte qu’elle serait privée de toute efficacité si elle ne liait pas la Couronne, on peut déduire que la Couronne a accepté d’être liée. Leurs Seigneuries ajoutent toutefois que lorsqu’on demande aux tribunaux de faire cette déduction, il faut se rappeler que si l’intention du législateur est de lier la Couronne, rien de plus facile que de le dire en toutes lettres. [Je souligne.]

Le Conseil privé a indiqué clairement que toute exception par déduction nécessaire à la règle habituelle de l’immunité de la Couronne devrait être de portée très restreinte. Par conséquent, l’intention de lier la Couronne ne peut être déduite du seul fait que les dispositions d’une loi ne pourront être appliquées facilement ou efficacement si la Couronne n’est pas liée, ni du fait que si la Couronne n’est pas liée, la loi n’aura qu’une application limitée. Dans quelle mesure une exception de la «déduction nécessaire» fait-elle partie de l’art. 16 actuellement en vigueur?

Cette Cour a récemment examiné le sens de l’art. 16 dans trois arrêts: l’affaire *PWA*, précitée, *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568 (ci-après *Ouellette*), et *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551 (ci-après *Eldorado*). Dans l’affaire *PWA* et l’arrêt *Eldorado*, la Cour s’est dite d’avis que l’exception de la déduction nécessaire ne fait pas partie de l’art. 16, tandis que dans l’arrêt *Ouellette*, la Cour semble avoir appliqué une forme de critère de la déduction nécessaire.

Dans l’affaire *PWA*, précitée, les dispositions pertinentes de la *Loi sur l’aéronautique*, S.R.C. 1970, chap. A-3, n’avaient pas expressément pour effet de lier la Couronne. La question était donc de savoir si le gouvernement de l’Alberta (Pacific Western Airlines étant un mandataire de la Cou-

and application of the legislation. Writing for a majority of the Court, Laskin C.J. held that the Alberta government was immune from the *Air Carrier Regulations*. Laskin C.J. rejected the argument that s. 16 should be interpreted consistently with the *Bombay* common law doctrine of necessary implication, at p. 75:

I am unable to agree with the conclusion of the Federal Court of Appeal that the substitution of the words "except only as therein mentioned or referred to" for the words "unless it is expressly stated therein that Her Majesty shall be bound" restores "necessary implication". It seems to me, on the contrary, that "necessary implication" is excluded if it is necessary that the Crown be mentioned or referred to in legislation before it becomes binding on the Crown.

Laskin C.J. stated that, in his view, the new s. 16 offered the Crown more protection than did the old:

... the present s. 16 ... goes farther than the superseded provision to protect the Crown from subjection to legislation in which it is not clearly mentioned. Whereas the [old s. 16] ... spoke only of affecting the rights of the Crown ... the present s. 16 goes beyond "rights" alone and is express that, in addition, "no enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty ... except only as therein mentioned or referred to."

Because of the expansion of the scope of protection of the Crown, it would seem that Laskin C.J. felt that it would be inconsistent to water down that protection by reading in the "necessary implication" exception.

In *Eldorado, supra*, the Court stated, at pp. 558-62, that s. 16 of the *Interpretation Act* requires an express provision to make a federal statute binding on the Crown:

Parliament has followed the lead of the common law, and taken the development one step further. Section 16 of the *Interpretation Act* removes even the necessary implication exception ...

The Court must give effect to the statutory direction that the Crown is not bound unless it is "mentioned or referred to" in the enactment.

ronne) était une «personne» visée par la formulation et l'application générales de cette loi. Le juge en chef Laskin a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que le gouvernement albertain n'était pas visé par le *Règlement sur les transporteurs aériens*. Le juge en chef Laskin a rejeté l'argument selon lequel l'art. 16 devrait être interprété de façon compatible avec la théorie de *common law* de la déduction nécessaire formulée dans l'arrêt *Bombay*, à la p. 75:

Je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la substitution de l'expression «sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue» pour «à moins que l'intention n'y soit formellement exprimée d'y atteindre Sa Majesté» rétablit la doctrine de la «déduction nécessaire». Il me semble au contraire que la «déduction nécessaire» est exclue s'il faut que la Couronne soit mentionnée ou prévue dans le texte législatif pour y être assujettie.

Le juge en chef Laskin a affirmé qu'à son avis le nouvel art. 16 offrait plus de protection à la Couronne que l'ancien:

... l'actuel art. 16 [...] protège mieux la Couronne que l'ancienne disposition d'un assujettissement à un texte législatif qui ne la mentionne pas expressément. Alors que [l'ancien art. 16] [...] parlait d'une atteinte aux droits de la Couronne [...] l'actuel art. 16 ne se limite pas aux «droits», mais spécifie en outre que «nul texte législatif ... ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ... sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.»

En raison de la plus grande protection accordée à la Couronne, il semblerait que le juge en chef Laskin a cru qu'il ne serait pas logique d'atténuer la protection en interprétant de manière large l'exception de la «déduction nécessaire».

Dans l'arrêt *Eldorado*, précité, la Cour a affirmé aux pp. 558 à 562 que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* requiert une disposition expresse pour qu'une loi fédérale lie la Couronne:

Le Parlement a suivi l'exemple de la *common law* et est allé encore plus loin. L'article 16 de la *Loi d'interprétation* supprime même l'exception de la déduction nécessaire ...

La Cour doit mettre à exécution la directive légale portant que l'État n'est pas lié à moins que ce ne soit «mentionné ou prévu» dans la loi.

Section 16 of the *Interpretation Act* requires an express provision to make an act binding on the Crown.

By providing that “no enactment is binding on Her Majesty . . . except only as therein mentioned or referred to”, Parliament has put the state, commonly referred to as the Crown, beyond the reach of Acts of Parliament that are not expressly made applicable to the Crown. [Emphasis added.]

It is to be noted that this Court did not consider the decision of *Ouellette, supra*, in its written reasons in *Eldorado*, but, in my view, the correctness of the interpretation and application of s. 16 to the facts of *Ouellette* is not in doubt. At issue in *Ouellette* was whether a Superior Court sitting in appeal from a judgment of a summary conviction court and a Court of Appeal sitting in appeal from the Superior Court could order the Crown to pay costs. This Court considered that the Crown could be bound as a matter of statutory interpretation. Beetz J. considered the effect of the 1967 amendment on s. 16 in the following terms, at pp. 574-75:

In any case, the question can be resolved solely on the basis of the relevant provisions of the *Criminal Code*. However, it should first be noted that s. 16 of the *Interpretation Act*, cited above, no longer includes the word “expressly” as it did formerly. This section does not exclude the rule by which the various provisions of a statute are each interpreted in light of the others, and it is possible that Her Majesty be implicitly bound by legislation if that is the interpretation which the legislation must be given when it is placed in its context. In my view, this is the interpretation that must be given to ss. 758 and 771(3) of the *Criminal Code*, when they are read not in isolation but in the context of Part XXIV on summary convictions. [Emphasis added.]

The two sections at issue, ss. 758 and 771(3), each provided in general terms for the respective courts to make an order for costs. Beetz J. read the two sections in the context of all of Part XXIV on summary convictions, including the fact that it was clear that the term “appellant” (against whom costs could be ordered) included the Attorney General. However, Beetz J. also plainly felt that

L'article 16 de la *Loi d'interprétation* requiert une disposition expresse pour qu'une loi lie l'État.

<sup>a</sup> En prévoyant que «Nul texte législatif . . . ne lie Sa Majesté . . . sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue», le Parlement a exempté l'État, souvent appelé la Couronne, de l'assujettissement aux lois du Parlement qui ne prévoient pas de façon expresse qu'elles s'appliquent à l'État. [Je souligne.]

Il convient de souligner que cette Cour n'a pas examiné l'arrêt *Ouellette*, précité, dans ses motifs de l'arrêt *Eldorado*, précité, mais j'estime qu'on n'a pas à mettre en doute l'exactitude de l'interprétation de l'art. 16 et de son application aux faits de l'arrêt *Ouellette*. Dans ce dernier arrêt, il s'agissait de déterminer si une cour supérieure qui siégeait en appel d'une décision d'une cour des poursuites sommaires et si une cour d'appel qui entendait l'appel d'une décision d'une cour supérieure pouvaient ordonner à Sa Majesté de payer des frais. Cette Cour a jugé que Sa Majesté pouvait être liée sur le plan de l'interprétation de la loi. Le juge Beetz s'est exprimé ainsi au sujet de l'effet de la modification apportée à l'art. 16 en 1967, aux pp. 574 et 575:

<sup>f</sup> Quoiqu'il en soit, les dispositions pertinentes du *Code criminel* permettent à elles seules de trancher la question. Il faut cependant noter en premier lieu que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, précité, ne comporte plus comme autrefois le mot «expressément». Cet article n'exclut pas la règle selon laquelle les diverses dispositions d'une loi s'interprètent les unes à la lumière des autres, et il est possible que Sa Majesté soit implicitement liée par un texte législatif si telle est l'interprétation que ce texte doit recevoir lorsqu'il est replacé dans son contexte. Or, à mon avis, telle est l'interprétation que doivent recevoir les art. 758 et 771(3) du *Code criminel* lorsqu'ils sont lus non pas isolément mais dans le cadre de la Partie XXIV relative aux déclarations sommaires de culpabilité. [Je souligne.]

<sup>i</sup> Les deux dispositions en cause, savoir l'art. 758 et le par. 771(3), prévoyaient chacune de façon générale que les tribunaux respectifs pouvaient ordonner le paiement de frais. Le juge Beetz a interprété ces deux dispositions en fonction de toute la partie XXIV relative aux déclarations sommaires de culpabilité et en tenant compte notamment du fait qu'il était clair que le terme «appellant» (contre qui

each section would be virtually meaningless if only the accused, and not the Crown, could be ordered to pay costs. In addition, Parliament's intention to include the Attorney General was highlighted by the fact that the Attorney General was expressly excluded in at least one kind of situation. Therefore, despite the lack of an express statement binding the Crown, the Court in *Ouellette* unanimously found that in that particular statutory context, there was mention of or reference to "Her Majesty".

Section 16 requires a clear Parliamentary expression of an intention to bind the Crown. This does not necessarily require that a federal enactment requires a section stating "This Act shall bind Her Majesty" (although such a provision, as a matter of legislative drafting, would put the issue beyond doubt).

Indeed, the passage quoted above from *Eldorado* must be read in light of the arguments presented in that case. The Court explicitly noted that the Attorney General was not arguing the necessary implication doctrine: see p. 558, *supra*. In *Eldorado*, two different arguments were made that the definition of "every one" in s. 2 of the *Criminal Code* (which includes "Her Majesty") had been incorporated into the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. The Court found that one argument for inferential incorporation relied on "far too vague and oblique a reference to have the effect for which the Attorney General contends" (p. 560) and that the other argument relied on a provision of the *Interpretation Act*, s. 27(2), which would produce a "directly contrary" result to s. 16 of the same Act. However, despite the failure of the particular arguments in that case, the Court was willing to accept that one Act could be read in the context of wording in another Act—if the language of the former Act was sufficiently clear to justify this.

Similarly, a statute the primary purpose of which is to protect citizens from governmental

l'ordonnance de paiement de frais pouvait être rendue) comprenait le procureur général. Toutefois, le juge Beetz estimait également clairement que chaque disposition serait pratiquement dépourvue de sens si seul l'accusé et non Sa Majesté pouvait être condamné à payer des frais. De plus, l'intention du législateur d'inclure le procureur général ressortait du fait que ce dernier avait été expressément exclu dans au moins un genre de situation donné. Par conséquent, malgré l'absence d'une déclaration expresse liant Sa Majesté, la Cour a, dans l'arrêt *Ouellette*, conclu à l'unanimité que, dans ce contexte légal particulier, «Sa Majesté» était mentionnée ou prévue.

L'article 16 exige que le Parlement exprime clairement son intention de lier Sa Majesté. Ce qui ne veut pas nécessairement dire qu'une loi fédérale doit comporter un article qui prévoit «La présente loi lie Sa Majesté» (bien qu'en matière de rédaction législative une telle disposition ne laisserait plus place à aucun doute).

En réalité, le passage déjà reproduit de l'arrêt *Eldorado* doit être interprété en fonction des arguments présentés dans cette affaire. La Cour a souligné expressément que le procureur général n'invoquait pas la théorie de la déduction nécessaire: voir p. 558, précité. Dans l'arrêt *Eldorado*, on a avancé deux arguments différents pour affirmer que la définition du terme «quiconque» contenue à l'art. 2 du *Code criminel* (qui comprend «Sa Majesté») avait été incorporée dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23. La Cour a conclu que l'un des arguments à l'appui de l'incorporation par déduction reposait sur «une mention beaucoup trop vague et indirecte pour produire l'effet que fait valoir le procureur général» (p. 560) et que l'autre reposait sur une disposition de la *Loi d'interprétation*, par. 27(2), dont l'effet irait «directement à l'encontre» de l'art. 16 de la même loi. Cependant, même si la Cour a rejeté les arguments en question dans cette affaire, elle s'est dite prête à reconnaître qu'une loi pouvait être interprétée dans le cadre du texte d'une autre loi pourvu que le texte de la première soit suffisamment clair pour le justifier.

De même, on considérerait normalement qu'une loi dont l'objet premier est de protéger les citoyens



actions, though not expressly made binding upon the Crown, would normally be taken to have "mentioned or referred to" Her Majesty as being bound on the basis of a contextual interpretation: see Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at p. 234. As an interpretative provision, s. 16 ought not to be construed as an overbroad extension of state immunity, particularly in light of s. 3(1) of the *Interpretation Act* which states:

3. (1) Every provision of this Act extends and applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act.

In my view, in light of *PWA* and *Eldorado*, the scope of the words "mentioned or referred to" must be given an interpretation independent of the supplanted common law. However, the qualifications in *Bombay*, *supra*, are based on sound principles of interpretation which have not entirely disappeared over time. It seems to me that the words "mentioned or referred to" in s. 16 are capable of encompassing: (1) expressly binding words ("Her Majesty is bound"); (2) a clear intention to bind which, in *Bombay* terminology, "is manifest from the very terms of the statute", in other words, an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions, as in *Ouellette*, *supra*; and, (3) an intention to bind where the purpose of the statute would be "wholly frustrated" if the government were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced. These three points should provide a guideline for when a statute has clearly conveyed an intention to bind the Crown.

Applying this standard to the present case, it is my view that the federal legislation at issue here does not "mention or refer to" the Crown as being bound thereto. Sections 320 and 5 of the *Railway Act* do not contain expressly binding words. There is nothing in the context of these provisions to indicate a clear Parliamentary intention to bind the Crown. The grant of jurisdiction to the CRTC in s. 320 of the *Railway Act* has a self-contained

contre l'action de l'État, mais dans laquelle la Couronne n'est pas déclarée expressément liée, a «mentionné [. . .] ou prévu [. . .]» que Sa Majesté serait liée selon une interprétation fondée sur le contexte: voir Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., à la p. 234. L'article 16 comme disposition interprétative ne doit pas s'interpréter comme une extension excessive de l'immunité de l'État, compte tenu particulièrement du par. 3(1) de la *Loi d'interprétation* qui prévoit:

3. (1) À moins qu'une intention contraire n'apparaisse, chacune des dispositions de la présente loi s'étend et s'applique à tout texte législatif, que celui-ci soit édicté avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

À mon avis, compte tenu des affaires *PWA* et *Eldorado*, la portée des termes «mentionnée ou prévue» doit s'interpréter indépendamment de la règle de *common law* supplantée. Toutefois, les réserves exprimées dans l'arrêt *Bombay*, précité, sont fondées sur de bons principes d'interprétation que le temps n'a pas complètement effacés. Il me semble que les termes «mentionnée ou prévue» contenus à l'art. 16 peuvent comprendre: (1) des termes qui lient expressément la Couronne («Sa Majesté est liée»); (2) une intention claire de lier qui, selon les termes de l'arrêt *Bombay*, «ressort du texte même de la loi», en d'autres termes, une intention qui ressorte lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions, comme dans l'arrêt *Ouellette*, précité; et (3) une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait «privé [. . .] de toute efficacité» si l'État n'était pas lié ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité). Ces trois éléments devraient servir de guide lorsqu'une loi comporte clairement une intention de lier la Couronne.

Si on applique cette norme à la présente affaire, j'estime que la loi fédérale en cause ne mentionne pas et ne prévoit pas que la Couronne est liée par celle-ci. Les articles 320 et 5 de la *Loi sur les chemins de fer* ne contiennent pas de termes qui lient la Couronne expressément. Rien, dans le cadre de ces dispositions, n'indique que le Parlement avait clairement l'intention de lier la Couronne. L'article 320 de la *Loi sur les chemins de*

definition of “company”, referring only in a general way to a “person authorized to . . . operate a . . . telephone system”. It is precisely such general provisions against which s. 16 protects the Crown. In both ss. 320 and 5, the words “within the legislative authority of the Parliament of Canada” add no specificity and are in fact superfluous as nothing but a constitutional precondition for application of the *Railway Act*.

Furthermore, whether the exemption of “Government railways” from s. 5 exists out of an abundance of caution as Pratte J. held for the Federal Court of Appeal, as a matter of historical antecedent as held by Reed J. at trial, or otherwise, it does not provide a sufficiently clear reference to any Parliamentary intention to bind the Crown within the meaning of the general word “person” in s. 5. The fact that both of the explanations offered by Pratte J. and Reed J. are equally plausible is evidence enough of a failure to convey an intention to bind the Crown. As for the *ex abundanti cautela* view, I would simply note that it has support in the reasons of Laskin C.J. in *PWA*, *supra*, at p. 68, in which he discounted the significance of an exemption of military aircraft in determining whether Crown-owned civilian airlines were bound by the *Aeronautics Act*. With regard to Reed J.’s view of the matter, she stated at p. 544, *supra*, that it was reasonable to assume that “Government railways” were originally excluded because they were already regulated by the *The Government Railways Act*, R.S.C. 1886, c. 38, and then noted that that Act was still in force as R.S.C. 1970, c. G-11 (now R.S.C., 1985, c. G-7). Assuming the correctness of this supposition, I, like Reed J., fail to see how specific exemption of Government railways from the Act, either at a time when Crown-owned telecommunications carriers did not exist or at present, can yield the necessary clear intention that Government telecommunications carriers are bound by the *Railway Act*, especially as it is s. 320(1), not s. 5, that explicitly addresses the applicability of the Act to telecommunications carriers, as opposed to railways. The exemption of Government railways

*fer*, qui accorde compétence au CRTC, contient lui-même une définition de «compagnie» qui parle seulement de façon générale d’«une personne autorisée à . . . tenir en service . . . un réseau de . . . téléphone». C’est précisément contre ce genre de dispositions générales que l’art. 16 protège la Couronne. Dans les art. 320 et 5, l’expression «qui relèvent [ou relevant] de l’autorité législative du Parlement du Canada» ne vient rien préciser et est d’ailleurs superflue parce qu’elle ne constitue qu’une condition constitutionnelle préalable à l’application de la *Loi sur les chemins de fer*.

En outre, peu importe que l’exclusion des «chemins de fer de l’État» de l’application de l’art. 5 soit ajoutée par surcroît de précautions, comme l’a affirmé le juge Pratte en Cour d’appel fédérale, ou comme précédent historique, ainsi que l’a conclu le juge Reed en première instance, ou pour une autre raison, elle n’indique pas assez clairement que le Parlement avait l’intention de lier la Couronne au sens du terme général «personnes» contenu à l’art. 5. Le fait que les explications fournies par les juges Pratte et Reed soient tout aussi plausibles l’une que l’autre démontre suffisamment qu’il n’y avait pas d’intention de lier la Couronne. Quant au point de vue du surcroît de précautions, je tiens simplement à souligner qu’il trouve appui dans les motifs rédigés par le juge en chef Laskin dans l’affaire *PWA*, précitée, à la p. 68, où il a fait peu de cas d’une exclusion des avions militaires pour déterminer si les lignes aériennes civiles appartenant à l’État étaient liées par la *Loi sur l’aéronautique*. Quant à l’opinion du juge Reed sur la question, elle déclare, à la p. 495 C.F., précité, qu’on peut raisonnablement supposer que les «chemins de fer de l’État» ont été exclus au départ parce qu’ils étaient déjà régis par l’*Acte des chemins de fer de l’État*, S.R.C. 1886, chap. 38, pour ensuite faire remarquer que cette loi était toujours en vigueur sous l’intitulé *Loi sur les chemins de fer de l’État*, S.R.C. 1970, chap. G-11 (maintenant L.R.C. (1985), chap. G-7). À supposer que cette hypothèse soit exacte, je ne vois pas, à l’instar du juge Reed, comment une exclusion expresse des chemins de fer de l’État de l’application de la Loi, soit à une époque où il n’y avait pas d’entreprises de télécommunications possédées par l’État, soit actuellement, peut engendrer l’intention claire et

is as consistent with a complete absence of contemplation of whether Government telecommunications carriers are bound as it is with an intention that they be bound. To hold that this exception is sufficient to bind the Crown would be to do so in the face of a considerable doubt, inconsistent with a clear expression of intention.

The fact that granting immunity will produce a regulatory vacuum with respect to AGT is insufficient and does not amount to a frustration of the *Railway Act* as a whole. While granting immunity unless and until Parliament chooses to amend the legislation will produce a gap in potential coverage of the *Railway Act*, the Act can continue to function just as it did prior to this Court's finding that AGT is a federal undertaking.

(d) *Has AGT Lost Its Entitlement to Crown Immunity by Virtue of its Conduct?*

It was submitted before this Court that even if AGT is *prima facie* entitled to Crown immunity under s. 16 of the *Interpretation Act*, it has by its conduct waived that immunity. Two aspects of this submission must be considered. First, it was contended that AGT waives its immunity from the burdens of the *Railway Act* where it seeks to rely upon the benefits derived therefrom. Second, it was submitted that AGT loses its immunity when it acted for purposes outside its statutory mandate by operating a federal work or undertaking. A third possibility, a commercial operations exception, will also be considered.

nécessaire que les entreprises gouvernementales de télécommunications soient liées par la *Loi sur les chemins de fer*, compte tenu particulièrement du fait que c'est le par. 320(1), et non l'art. 5, qui traite explicitement de l'applicabilité de la Loi aux entreprises de télécommunications, par opposition aux chemins de fer. L'exclusion des chemins de fer de l'État est tout aussi compatible avec l'absence complète de prévisions quant à savoir si les entreprises gouvernementales de télécommunications seront liées, qu'avec l'intention qu'elles le soient. Conclure que cette exception suffit à lier la Couronne serait agir en présence d'un doute considérable et incompatible avec une expression d'intention claire.

Le fait que l'attribution de l'immunité entraîne un vide réglementaire à l'égard de l'AGT est insuffisant et ne revient pas à priver d'efficacité l'application de la *Loi sur les chemins de fer* dans son ensemble. Même si l'attribution de l'immunité jusqu'à ce que le Parlement décide de modifier la loi entraînera un vide dans l'application éventuelle de la *Loi sur les chemins de fer*, la Loi peut continuer à s'appliquer tout comme c'était le cas avant que cette Cour décide que l'AGT est une entreprise fédérale.

d) *L'AGT a-t-elle perdu le droit d'invoquer l'immunité de la Couronne en raison de sa conduite?*

On a soutenu devant cette Cour que, même si l'AGT a le droit à première vue de bénéficier de l'immunité de la Couronne en vertu de l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, elle a renoncé à cette immunité par sa conduite. Cet argument comporte deux aspects qu'il faut examiner. Premièrement, on a prétendu que l'AGT renonce à son immunité à l'égard des obligations qu'impose la *Loi sur les chemins de fer* si elle cherche à profiter des avantages qui en découlent. Deuxièmement, on a prétendu que l'AGT a perdu son immunité parce qu'en exploitant un ouvrage ou une entreprise de nature fédérale, elle a excédé les limites du mandat que lui confère la loi. Nous examinerons également une troisième hypothèse, une exception relative aux activités commerciales.

(i) Did AGT Lose Its Immunity by Virtue of the Doctrine of Waiver?

At common law it is well-established that, although not bound by a statute, the Crown may take advantage of its provisions unless there is an express or implied prohibition from doing so (*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 44, para. 931 and see the *Crown Proceedings Act, 1947* (U.K.), 10 & 11 Geo. 6, c. 44, s. 31(1)). The presumption of immunity only applies when the statutory provisions, if applied to the Crown, would operate to its prejudice: Hogg, *Liability of the Crown*, at p. 181. However there is also authority for the view that the Crown is not entitled to take the benefit of statutory rights free from any restrictions imposed by the statute. In *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540, the Court appears to have adopted for its judgment the following argument of counsel, at pp. 210-11 Show. K.B., p. 542 E.R.:

The King takes a benefit by this clause; it is plain that he is bound, for otherwise he could not have any presentment to this church aforesaid at all; and if he take he must take it under the modes and qualifications that the Act gives it him . . . it seems very hard to say, that the King is not bound, because not included, because not named, and yet he shall be included as to benefit. If they have any right, the King can only have it by this Act of Parliament, and then they must have it as this Act of Parliament gives it.

The waiver doctrine has been applied by this Court at least twice, without explicit discussion of the doctrine (*Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510, (hereinafter *Toronto Transportation Commission*), and *R. v. Murray*, [1967] S.C.R. 262 (hereinafter *Murray*)) and endorsed in *obiter* in one case (*PWA, supra*). Most recently, the doctrine has been expressly approved and elaborated in *Sparling v. Quebec*, at pp. 1021 *et seq.*

In *Toronto Transportation Commission*, the federal Crown, having no actionable claim at common law, relied on a provincial statute in order to claim third party damages arising from an accident in which it was involved. This Court held that the Crown's claim was limited to the propor-

(i) L'AGT a-t-elle perdu son immunité en raison de la théorie de la renonciation?

En *common law*, il est bien établi que, même si elle n'est pas liée par une loi, la Couronne peut tirer avantage de ses dispositions, à moins d'une interdiction expresse ou implicite de le faire (*Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 44, par. 931, et voir *Crown Proceedings Act, 1947* (R.-U.), 10 & 11 Geo. 6, chap. 44, par. 31(1)). La présomption d'immunité joue seulement lorsque les dispositions de la loi, si elles étaient appliquées à la Couronne, lui porteraient préjudice: voir Hogg, *Liability of the Crown*, à la p. 181. Toutefois, il y a aussi des précédents qui reconnaissent que la Couronne ne peut bénéficier des droits conférés par la loi sans être assujettie aux restrictions que la loi impose. Dans *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540, la Cour paraît avoir retenu l'argument de l'avocat, aux pp. 210 et 211 Show. K.B., à la p. 542 E.R.

[TRADUCTION] Le Roi tire avantage de cette disposition; il est clair qu'il est lié, car autrement il ne pourrait s'adresser à cette église; et s'il veut en tirer avantage, il doit le faire en respectant les modalités fixées par la Loi . . . il semble difficile d'affirmer que le Roi n'est pas lié parce que non visé ou désigné mais qu'il puisse être visé quant aux avantages. S'il a quelque droit, le Roi ne peut l'avoir que de par cette Loi du Parlement, et il ne peut l'avoir que selon les termes de cette Loi du Parlement.

La théorie de la renonciation a été appliquée par cette Cour à au moins deux reprises, sans faire l'objet d'une analyse explicite (*Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] R.C.S. 510 (ci-après *Toronto Transportation Commission*), et *R. v. Murray*, [1967] R.C.S. 262 (ci-après *Murray*)) et elle a été sanctionnée dans une opinion incidente dans un cas (l'affaire *PWA*, précitée). Plus récemment, elle a été expliquée en détail et approuvée dans l'arrêt *Sparling c. Québec*, aux pp. 1021 et suiv.

Dans l'arrêt *Toronto Transportation Commission*, la Couronne fédérale, qui n'avait aucun recours en *common law*, a invoqué une loi provinciale pour réclamer des dommages-intérêts à un tiers par suite d'un accident dans lequel elle était impliquée. Cette Cour a décidé que la Couronne

tion of the damage which the statute authorized it to claim. The Crown "could claim only on the basis of the law applicable as between subject and subject unless something different in the general law relating to the matter is made applicable to the Crown" (at p. 515). *Murray, supra*, held that the federal Crown was bound by a contributory negligence provision in one Act by virtue of bringing an action in negligence (for loss of services of an armed forces member), an action which the Crown only had by virtue of a provision in a second Act; thus, in that case, taking a benefit under one statute entailed assuming a burden under another. There is some ambiguity in *Murray*, and indeed in *Toronto Transportation Commission*, as to whether the Court was saying that the Crown was not immune because inherent or prerogative rights of the Crown were not affected (and therefore that Crown immunity was not engaged in the first place according to the version of s. 16 in force at the time) or, rather, saying that the Crown must take the burden of statutes if it wishes to take the benefit. Like La Forest J. in *Sparling v. Quebec, supra*, especially at p. 1027, I take these cases, along with *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315 (hereinafter *Gartland Steamship*), at p. 345, which is relied upon in *Murray, supra*, at p. 267, as examples of waiver by the Crown of any immunity by virtue of the fact that it has brought an action in damages to which certain limitations attach. To the extent that the Court in *Murray* and *Gartland Steamship* used language to suggest that the legislation had not sought to impose a liability on the Crown nor had the legislation derogated from prerogative rights, I read those statements as being premised on, not inconsistent with, the very fact that a benefit (e.g., the right to bring an action) could not be taken without accepting concomitant burdens: in effect, rights were not affected because the Crown was bringing the claim. If the legislation had sought to impose liability independent of the benefit, the implication is that the Crown's rights might well have been affected and immunity would have attached. I should also note that the *Go-Train* case, *supra*, very clearly based its finding of no Crown immunity on the basis of an interpretation of the old s. 16 of the *Interpretation*

ne pouvait réclamer des dommages-intérêts d'un montant supérieur à ce que la loi prévoyait. La Couronne [TRADUCTION] «ne pouvait exercer un recours que sur la base du droit applicable aux particuliers à moins que le droit général relatif à la matière ne soumette la Couronne à un régime différent» (à la p. 515). Dans l'arrêt *Murray*, précité, on a décidé que la Couronne fédérale était liée par une disposition législative sur la négligence de la victime après avoir intenté une action en dommages-intérêts (pour la perte des services d'un membre des forces armées), action que la Couronne ne pouvait tenter qu'en vertu d'une disposition d'une autre loi; ainsi, dans cette affaire, tirer profit d'une loi signifiait assumer les obligations imposées par l'autre. Il y a, dans l'arrêt *Murray* et même dans l'arrêt *Toronto Transportation Commission*, une certaine ambiguïté quant à savoir si la Cour voulait dire que la Couronne ne jouissait pas de l'immunité parce qu'aucun de ses droits inhérents ou de prérogative n'étaient touchés (et que, par conséquent, cette immunité de la Couronne ne jouait pas au départ selon la version de l'art. 16 alors en vigueur), ou plutôt, que la Couronne doit assumer les obligations imposées par les lois si elle veut en tirer avantage. À l'instar du juge La Forest dans l'arrêt *Sparling c. Québec*, précité, plus particulièrement à la p. 1027, je considère que ces affaires, ainsi que l'arrêt *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] R.C.S. 315 (ci-après *Gartland Steamship*), à la p. 345, qui est invoqué à la p. 267 de l'arrêt *Murray*, précité, constituent des exemples de renonciation par la Couronne à toute immunité du fait qu'elle a intenté une action en dommages-intérêts assortie de certaines restrictions. Dans la mesure où cette Cour a, dans les arrêts *Murray* et *Gartland Steamship*, utilisé des termes qui laissent entendre que le texte législatif n'a pas cherché à imposer une responsabilité à la Couronne et n'a pas non plus dérogé à des droits de prérogative, je considère que ces propos se fondent sur le fait même qu'on ne saurait tirer un avantage (comme, par exemple, le droit d'intenter une action) sans accepter les obligations qui s'y rattachent: en fait, des droits n'ont pas été touchés parce que c'est la Couronne qui a intenté l'action. Si le texte législatif avait cherché à imposer une responsabilité indépendante de l'avantage tiré, cela

*Act* according to which accrued rights of Her Majesty could not be affected, unless expressly provided for. However, even in that case, it is arguable that the determination that no protected rights were affected is implicitly grounded in a benefits/burden rationale as revealed by the statement at p. 124 that "Such rights as Ontario has are derived either from such agreement or from the *Railway Act* and therefore are subject to the conditions prescribed in that Act, one of these being that tolls are within the jurisdiction of the Board of Transport Commissioners". Finally, the waiver doctrine was also held to exist by Laskin C.J. in *PWA*, *supra*, at pp. 72-73 in the following terms:

... a Provincial Legislature cannot in the valid exercise of its legislative power, embrace the Crown in right of Canada in any compulsory regulation. This does not mean that the federal Crown may not find itself subject to provincial legislation where it seeks to take the benefit thereof; see *Toronto Transportation Commission v. The King*; *The Queen v. Murray*.

I would note that it is not necessary in this appeal to discuss the merits of a putative doctrine of constitutional immunity of the federal Crown.

*Sparling v. Quebec*, *supra*, is the first case to apply the waiver doctrine in the context of the new s. 16 and to elaborate unambiguously and authoritatively the availability of the doctrine. La Forest J. found that the Caisse de dépôt et placement du Québec (an agent of the Québec Crown) could not invoke s. 16 in order to fend off the application to it of the insider trader reporting obligations of the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33 (hereinafter *CBCA*). The Caisse had purchased over 10 per cent of the shares in a federal company which made it an insider within the terms of ss. 121 and 122 of the *CBCA*. The Caisse did not affirmatively seek to

aurait eu pour résultat que les droits de la Couronne auraient bien pu être touchés et l'immunité s'en serait suivie. Je tiens également à souligner que, dans l'affaire du *train de banlieue*, précitée, la conclusion à l'absence d'immunité de la Couronne se fondait très nettement sur une interprétation de l'ancien art. 16 de la *Loi d'interprétation*, selon laquelle les droits acquis de Sa Majesté ne pouvaient être touchés à moins que cela ne soit expressément prévu. Cependant, même dans ce cas, on peut soutenir que la décision qu'aucun droit garanti n'a été touché se fonde simplement sur le raisonnement des avantages et des obligations qui ressort de l'affirmation, à la p. 124, que [TRADUCTION] «[d]es droits comme ceux que l'Ontario possède découlent soit d'un tel accord soit de la *Loi sur les chemins de fer* et sont donc assujettis aux conditions prescrites dans cette loi, dont l'une porte que les tarifs relèvent de la compétence de la Commission des Transports.» Enfin, dans l'affaire *PWA*, précitée, aux pp. 72 et 73, le juge en chef Laskin a conclu à l'existence de la théorie de la renonciation en ces termes:

... une législature provinciale ne peut, dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs, assujettir la Couronne du chef du Canada à une réglementation obligatoire. Cela ne signifie pas pour autant que la Couronne fédérale ne peut se trouver assujettie à la législation provinciale lorsqu'elle cherche à s'en prévaloir: voir *Toronto Transportation Commission c. Le Roi*; *La Reine c. Murray*.

Je tiens à souligner qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce d'analyser le bien-fondé d'une supposée théorie de l'immunité constitutionnelle de la Couronne fédérale.

L'arrêt *Sparling c. Québec*, précité, représente le premier cas où on a appliqué la théorie de la renonciation dans le contexte du nouvel art. 16 et où on a expliqué en détail de manière claire et péremptoire la possibilité d'invoquer cette théorie. Le juge La Forest a conclu que la Caisse de dépôt et placement du Québec (un mandataire de la Couronne du Québec) ne pouvait invoquer l'art. 16 pour se soustraire à l'obligation de produire un rapport d'initié en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33 (ci-après la *L.S.C.C.*) La Caisse avait acheté plus de 10 pour 100 des actions d'une société à charte fédérale ce qui faisait d'elle un initié au

take advantage of a provision of the *CBCA* or any other federal statute, but La Forest J. found that the very act of purchasing a share constituted an implicit acceptance of the benefits of the *CBCA* regime. A share in a federal corporation has no meaning absent the *CBCA* and the comprehensive bundle of rights and liabilities created by the *CBCA*. All of the benefits of share ownership being indissolubly linked to the concomitant restrictions, the Caisse was bound by the burden of submitting an insider's report.

Peter Hogg in *Liability of the Crown, supra*, summarizes the waiver doctrine this way, at p. 183:

The restrictions [on a statutory right] are regarded as restrictions on the right itself, and if the Crown could disregard them it would receive a larger right than the statute actually conferred. In other words *all* of the statutory provisions affecting a right to which the Crown claims title are interpreted as if they were advantageous to the Crown on the ground that the net result is (by hypothesis, since the Crown chooses to rely on the statutory right) advantageous to the Crown: there is no room for the rule requiring express words or necessary implication. [Emphasis in original.]

Colin McNairn, in *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), reaches the same conclusion at p. 10:

By taking advantage of legislation the crown will be treated as having assumed the attendant burdens, though the legislation has not been made to bind the crown expressly or by necessary implication. The force of the rule of immunity is avoided by the particular conduct of the crown and the integrity of the relevant statutory provisions, beneficial and prejudicial.

Can it be said that AGT has sought to take advantage of the benefits of federal regulation of telecommunications under the *Railway Act* independent of and divorced from the attendant

sens des art. 121 et 122 de la *L.S.C.C.* La Caisse n'a pas directement tenté de tirer avantage d'une disposition de la *L.S.C.C.* ou d'une autre loi fédérale, mais le juge La Forest a conclu que le fait même d'acheter une action constituait une acceptation implicite des avantages du régime de la *L.S.C.C.* Le fait de détenir une action d'une société à charte fédérale n'a aucun sens en l'absence de la *L.S.C.C.* et de l'ensemble complet de droits et de responsabilités créé par la *L.S.C.C.* Tous les avantages conférés au propriétaire d'une action étant inextricablement liés aux obligations correspondantes, la Caisse était obligée de présenter un rapport d'initié.

Dans son ouvrage intitulé *Liability of the Crown*, précité, Peter Hogg résume ainsi la théorie de la renonciation (à la p. 183):

[TRADUCTION] Les restrictions [touchant un droit prévu par une loi] sont considérées comme des restrictions imposées au droit lui-même, et si la Couronne pouvait n'en faire aucun cas, elle jouirait d'un droit plus considérable que celui que le texte de loi accorde effectivement. En d'autres termes, *toutes* les dispositions de la loi qui touchent un droit et dont la Couronne veut se prévaloir sont interprétées comme si elles étaient à l'avantage de la Couronne parce que le résultat final est (par hypothèse, puisque la Couronne décide d'invoquer un droit prévu par la loi) à l'avantage de la Couronne: il n'y a pas de place pour la règle qui prescrit l'existence de mots exprès ou d'une déduction nécessaire. [Italique dans le texte original.]

Dans son ouvrage intitulé *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), Colin McNairn parvient à la même conclusion, à la p. 10:

[TRADUCTION] Lorsqu'elle se prévaut des avantages d'une loi, il sera présumé que la Couronne en assume également les obligations, bien que le texte de loi ne soit pas rédigé de façon à lier la Couronne expressément ou par déduction nécessaire. La règle de l'immunité de la Couronne se trouve sans effet en raison des actes particuliers de cette dernière et de la totalité des dispositions législatives pertinentes, avantageuses et désavantageuses.

Peut-on affirmer que l'AGT a tenté de profiter des avantages de la réglementation fédérale sur les télécommunications établie en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* sans se préoccuper et sans tenir

burdens in such a way that it has waived its immunity and submitted to CRTC jurisdiction? Reed J. concluded that the nexus was insufficient in this case to find that AGT had waived its Crown immunity. Reed J. was correct to apply a nexus test. As La Forest J. stated in *Sparling v. Quebec, supra*, at p. 1025:

It is quite correct to conclude that whenever the question of the application of the benefit/burden exception arises, the issue is not whether the benefit and burden arise under the same statute, but whether there exists a sufficient nexus between the benefit and burden. As McNairn, *op. cit.*, at p. 11, puts it:

It is not essential . . . that the benefit and the restriction upon it occur in one and the same statute for the notion of Crown submission to operate. Rather, the crucial question is whether the two elements are sufficiently related so that the benefit must have been intended to be conditional upon compliance with the restriction. [Emphasis added.]

The AGT Act provides the corporation with the capacity and powers to participate in the advantages of an integrated and federally regulated telecommunications network in the course of performing its telecommunications service to local subscribers. Section 24 of the AGT Act, repeated here for ease of reference, provides:

**24** The commission may enter into an agreement with any person providing for the connection, intercommunication, joint operation, reciprocal use or transmission of business between any systems owned or operated by the parties thereto and for any consequent division of receipts, expenditures or profits or any financial or other adjustments that may be advisable or necessary for the purposes of the agreement.

As a result of such powers, AGT entered into the TCTS (Telecom) agreement, some members of which are federally regulated. Many of the agreements entered into by TCTS are subject to federal approval but AGT has never, on its own, sought approval of any of the TCTS agreements. AGT in effect submits that it is entitled to all the advantages of an integrated interprovincial and international telecommunications network free of any

compte des obligations correspondantes de manière à renoncer à son immunité et à se soumettre à la compétence du CRTC? Le juge Reed a conclu que le lien était insuffisant en l'espèce pour conclure que l'AGT avait renoncé à invoquer l'immunité de la Couronne. C'est à bon droit que le juge Reed a appliqué le critère du lien. Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *Sparling c. Québec*, précité, à la p. 1025:

Il est tout à fait correct de conclure que lorsque se soulève la question de l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations, il ne faut pas décider si les avantages et les obligations découlent du même texte législatif, mais plutôt s'il existe un lien suffisant entre les avantages et les obligations. Comme le dit McNairn, *op. cit.*, à la p. 11:

[TRADUCTION] Il n'est pas essentiel [. . .] à l'applicabilité du principe de l'assujettissement de la Couronne que l'avantage conféré et la restriction qui s'y attache découlent de la même loi. La question cruciale consiste plutôt à savoir si les deux éléments sont suffisamment liés de sorte qu'il ait été prévu que l'avantage conféré était conditionnel au respect de la restriction imposée. [Je souligne.]

La Loi de l'AGT lui confère la capacité et les pouvoirs de participer aux avantages d'un réseau de télécommunications unifié et réglementé par le fédéral dans la prestation de ses services de télécommunications aux abonnés locaux. L'article 24 de cette loi, reproduit encore ici pour en faciliter la consultation, prévoit:

[TRADUCTION] **24** La Commission peut conclure avec quiconque une entente prévoyant la liaison, l'intercommunication, l'exploitation en commun, l'utilisation réciproque ou la transmission des services entre tous systèmes appartenant aux parties à l'entente ou exploités par ces parties, et prévoyant toute répartition subséquente des recettes, dépenses ou profits ou tous rajustements financiers ou autres pouvant s'avérer opportuns ou nécessaires pour les fins de l'entente.

En vertu de ces pouvoirs, l'AGT a décidé de se joindre à l'accord du RTT (Télécom) dont certains membres sont régis par le fédéral. Plusieurs des accords conclus par le RTT doivent être approuvés par le fédéral mais l'AGT n'a jamais, de son propre chef, demandé l'approbation de l'un ou l'autre des accords du RTT. L'AGT soutient en fait qu'elle a droit à tous les avantages d'un réseau unifié de télécommunications interprovinciales et



binding federal regulation. Is there a sufficient nexus between the advantages AGT gains from a federally regulated system and the requirement to submit to CRTC jurisdiction? One example of a link between AGT and federal administration occurred when the CRTC approved a series of agreements between Canadian National Railways (which is clearly subject to the federal regulation), as operator of telecommunications in the North-west Territories and the Yukon, and AGT. Although the CNR, and not AGT, applied for federal approval, without such approval the agreement was not legally possible. In another situation, AGT petitioned the Governor in Council directly, seeking to overturn a CRTC refusal to approve TCTS rate changes.

The benefits derived under the *Railway Act* by AGT are of a general nature resulting from its participation in the TCTS agreements. This is not a case where AGT relies or has relied on the *Railway Act* for certain advantages and then argues that limitations placed upon those advantages by the legislation do not apply to the Crown. As stated above, at common law the Crown can gain advantages from a statute without necessarily waiving its immunity therefrom. Waiver only occurs where the Crown takes the benefit of a statute divorced from its enumerated restrictions. *Sparling v. Quebec, supra*, makes clear that the Crown need not specifically rely on benefit-conferring legislation to be bound by related burdens, but none of AGT's actions through TCTS can be seen as an implied general submission to the entire statutory regime of benefits and burdens. *Sparling v. Quebec, supra*, at p. 1027 stressed that "Application of the benefit/burden exception does not result in subsuming the Crown under any and every regulatory scheme that happens to govern a particular state of affairs." AGT has done nothing to attract the broad sweep of the *Railway Act* analogous to the purchase of a share which has a specific nexus to the *BCA* regime. There is no evidence that AGT relies now, or has relied in the past, on particular benefits of the *Railway Act* or

internationales sans être assujettie à la réglementation fédérale. Existe-t-il un lien suffisant entre les avantages que tire l'AGT du système réglementé par le fédéral et l'obligation de se soumettre à la compétence du CRTC? Par exemple, un lien entre l'AGT et l'administration fédérale s'est créé lorsque le CRTC a approuvé une série d'accords entre la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) (qui est de toute évidence assujettie à la réglementation fédérale), comme entreprise de télécommunications dans les territoires du Nord-Ouest et le Yukon, et l'AGT. Bien que ce soit le CN, et non l'AGT, qui a demandé l'approbation du CRTC, l'accord ne pouvait être légalement conclu sans cette approbation. Dans un autre cas, l'AGT a présenté directement au gouverneur en conseil une requête en vue de faire infirmer le refus du CRTC d'approuver les modifications tarifaires du RTT.

Les avantages dont l'AGT a bénéficié en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* sont de nature générale et découlent de sa participation aux accords du RTT. Il ne s'agit pas d'un cas où l'AGT invoque ou a invoqué la *Loi sur les chemins de fer* à l'égard de certains avantages pour soutenir ensuite que les restrictions que la Loi apporte à ces avantages ne s'appliquent pas à la Couronne. Comme je l'ai déjà dit, en *common law*, la Couronne peut bénéficier des avantages d'une loi sans pour autant renoncer à l'immunité à l'égard de celle-ci. La renonciation ne se produit que lorsque la Couronne bénéficie des avantages d'une loi indépendamment des restrictions qui y sont énumérées. L'arrêt *Sparling c. Québec*, précité, indique clairement que la Couronne n'a pas à invoquer expressément la loi qui confère l'avantage pour être liée par les obligations qui s'y rattachent, mais aucun des actes que l'AGT a accomplis par l'intermédiaire du RTT ne peut s'interpréter comme un assujettissement implicite général à l'ensemble du régime des avantages et des obligations prévu par la loi. L'arrêt *Sparling c. Québec*, précité, à la p. 1027, fait ressortir que «L'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations ne signifie pas que la Couronne se trouve visée par tous les régimes de réglementation qui se trouvent à s'appliquer à un état de choses particulier». Pour

of CRTC regulation to which interconnection with CNCP is an attendant burden.

CNCP is neither a member of the TCTS agreement, nor is it requesting an interconnection pursuant to an existing agreement between it and AGT. Therefore, I agree with the view of Reed J. at trial, that the advantages obtained by AGT under the *Railway Act* are insufficient to link it to CRTC jurisdiction under the theory of waiver of Crown immunity. I would adopt the following conclusion by Reed J., at p. 547:

There is no nexus between the waiver of immunity with respect to the TCTS agreements and the claim being made by CNCP (that AGT be ordered to provide it with interconnection). AGT can be taken to have waived immunity with respect to burdens related to the operation of TCTS and other agreements. Thus, if CNCP were a member of TCTS, it would be a different matter; or, if the requested interconnection related to an existing AGT/CNCP agreement, one could see a sufficient nexus. But I think it stretches the waiver doctrine too far to hold that AGT by its participation in the benefit of the TCTS agreements, has submitted itself to the general jurisdiction of the CRTC.

This conclusion regarding the applicability of the benefit-burden exception might clash with our sense of basic fairness. It may seem, at first blush, inappropriate that AGT can so arrange its affairs as to take certain benefits of the CRTC-regulated system, but avoid other burdens of CRTC regulation. However, this concern is in effect simply a way of questioning the Crown immunity doctrine itself. As I said in *Eldorado, supra*, at p. 558:

être assujettie à l'application générale de la *Loi sur les chemins de fer*, l'AGT n'a rien fait qui soit semblable à l'achat d'une action qui comporte un lien précis avec le régime de la *L.S.C.C.* Aucun élément de preuve n'indique que l'AGT invoque maintenant ou a invoqué dans le passé des avantages particuliers de la *Loi sur les chemins de fer* ou de la réglementation du CRTC à l'égard desquels le raccordement avec CNCP constitue une obligation concomitante.

CNCP ne fait pas partie de l'accord du RTT et ne demande pas non plus un raccordement conformément à un accord existant entre elle et l'AGT. Par conséquent, je partage l'opinion exprimée par le juge Reed en première instance, selon laquelle les avantages obtenus par l'AGT en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* sont insuffisants pour la lier à la compétence du CRTC en application de la théorie de la renonciation à l'immunité de la Couronne. Je fais mienne la conclusion suivante du juge Reed (aux pp. 498 et 499 C.F.):

Il n'y a aucun lien entre une renonciation à l'immunité relativement aux accords du RTT et la prétention de CN-CP (qu'il soit ordonné à AGT de lui permettre un raccordement). On peut sans doute considérer qu'AGT a renoncé à son immunité pour les désavantages liés à l'exécution des accords du RTT et autres. Ainsi, si CN-CP était membre du RTT, ce serait une tout autre question; si le raccordement demandé avait un rapport avec un accord en vigueur entre AGT et CN-CP, on pourrait y voir un lien suffisant. Mais je crois que c'est pousser la théorie de la renonciation trop loin que de tenir qu'AGT, par sa participation aux avantages des accords du RTT, a accepté la compétence générale du CRTC.

Cette conclusion au sujet de l'applicabilité de l'exception fondée sur les avantages et les obligations pourrait choquer notre sens de l'équité fondamentale. À première vue, il peut sembler inopportun que l'AGT puisse s'arranger pour tirer certains avantages du système réglementé par le CRTC, tout en se soustrayant à d'autres obligations de la réglementation du CRTC. Cependant, cette préoccupation n'est, en réalité, qu'une simple façon de mettre en doute la théorie même de l'immunité de la Couronne. Comme je l'ai affirmé à la p. 558 de l'arrêt *Eldorado*, précité:

It [the doctrine of Crown immunity] seems to conflict with basic notions of equality before the law. The more active government becomes in activities that had once been considered the preserve of private persons, the less easy it is to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject. This Court is not, however, entitled to question the basic concept of Crown immunity, for Parliament has unequivocally adopted the premise that the Crown is *prima facie* immune. The Court must give effect to the statutory direction that the Crown is not bound unless it is "mentioned or referred to" in the enactment.

*Sparling v. Quebec, supra*, set out a test requiring a fairly close nexus between benefit and burden. Quite apart from its precedential weight, this is in keeping with the very nature of the Crown immunity doctrine. In my view, the scope of the benefit/burden exception must be fashioned using the underlying doctrine as a reference point. Because of the necessarily deferential approach the courts must take on questions of Crown immunity, given s. 16 and the test laid out earlier in this judgment for what it takes to mention or refer to the Crown, it would be inconsistent with the presumption of immunity to carve out a wide-ranging exception to the presumption. An exception cannot swallow a rule, which is, it seems to me, what must happen if the benefit/burden doctrine were broadened such that the Crown would be bound by all of the burdens of a regulatory statute no matter how unrelated to the benefits gained by the Crown from that statute. In other words, a fairly tight (sufficient nexus) test for the benefit/burden exception follows from the strict test for finding a legislative intention to bind the Crown. A broad benefit/burden test would be overly legislative in the face of the current formulation of s. 16. Regretfully perhaps, but indeniably, the statutory Crown immunity doctrine does not lend itself to imaginative exceptions to the doctrine, however much such exceptions may conform to our intuitive sense of fairness.

Il semble y avoir une contradiction . . . [entre la théorie de l'immunité de la Couronne et] les notions fondamentales de l'égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérerait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens. Cependant, il n'appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l'immunité de l'État, puisque le Parlement a adopté d'une manière non équivoque le principe que l'État jouit à première vue de l'immunité. La Cour doit mettre à exécution la directive légale portant que l'État n'est pas lié à moins que ce ne soit «mentionné ou prévu» dans la loi.

L'arrêt *Sparling c. Québec*, précité, établit un critère qui requiert l'existence d'un lien assez étroit entre l'avantage et l'obligation. Si on fait abstraction de sa valeur comme précédent, il est conforme à la nature même de la théorie de l'immunité de la Couronne. À mon avis, la portée de l'exception fondée sur les avantages et les inconvénients doit être façonnée en se servant de la théorie sous-jacente comme point de référence. En raison de la retenue dont doivent nécessairement faire preuve les tribunaux en abordant les questions d'immunité de la Couronne, compte tenu de l'art. 16 et du critère établi antérieurement dans les présents motifs sur ce qu'il faut faire pour que la Couronne soit mentionnée ou prévue, il ne serait pas conforme à la présomption d'immunité de concevoir une exception générale à cette présomption. Une exception ne peut être la règle et c'est ce qui se produirait, me semble-t-il, si la théorie des avantages et des obligations était élargie de sorte que la Couronne serait liée par toutes les obligations d'une loi réglementante peu importe leur absence plus ou moins grande de lien avec les avantages qu'elle tirerait de cette loi. En d'autres termes, un critère assez serré (du lien suffisant) applicable à l'exception fondée sur les avantages et les obligations découle du critère strict de la constatation d'une intention du législateur de lier la Couronne. Un critère général des avantages et des obligations serait trop de nature législative face à la formulation actuelle de l'art. 16. À regret peut-être, mais certes indéniablement, la théorie de l'immunité de la Couronne contre l'application des lois ne se prête pas à des exceptions fantaisistes. Cependant, un bon nombre de ces exceptions peuvent être compatibles avec notre sens inné de l'équité.

(ii) Did AGT Lose Its Immunity By Exceeding Its Statutory Mandate or Crown Purposes?

The second aspect of the respondents' submissions on loss of immunity is that the Alberta legislature, by establishing the statutory mandate of AGT as an agent of the Crown, intended that AGT would engage only in an undertaking which would be subject to provincial regulatory authority. Once it became an interprovincial work or undertaking under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, it was argued, AGT went beyond that mandate and no longer acted as agent of the Crown. As I understand it, it is not claimed that operating a federal undertaking automatically deprives the provincial Crown of immunity but that, as a matter of statutory interpretation, AGT exceeded its statutory purposes and therefore lost its immunity.

The respondents and the Attorney General of Canada did not take the position that the Alberta Legislature lacked constitutional jurisdiction to create a corporation with powers the exercise of which might ultimately render the corporation subject to federal legislation. Nor was the constitutionality of the provisions in the AGT Act granting the corporation the powers to enter into interconnecting agreements questioned. A provincial Crown corporation, once validly established, can attract rights, including immunity status, from other legislatures, whether they be federal or provincial: *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566 (P.C.) Therefore, AGT can legitimately attract additional extra-provincial powers and rights (for instance by entering into interprovincial agreements, as in this case) without necessarily stepping outside its legislative mandate. (See W. R. Lederman, "Telecommunications and the Federal Constitution of Canada", in H. Edward English, ed., *Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government*, at p. 348, and Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at pp. 511-19.)

(ii) L'AGT a-t-elle perdu son immunité en outrepassant son mandat prévu par la loi ou ses fins comme mandataire de la Couronne?

Le deuxième aspect des arguments des intimés sur la perte d'immunité porte qu'en établissant dans une loi le mandat confié à l'AGT comme mandataire de la Couronne, la législature albertaine voulait que l'AGT exploite seulement une entreprise qui serait assujettie au pouvoir de réglementation provincial. On a prétendu qu'à partir du moment où elle est devenue un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale au sens de l'al. 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'AGT a outrepassé son mandat et n'agissait plus comme mandataire de la Couronne. Si je comprends bien, on prétend non pas que l'exploitation d'une entreprise fédérale prive automatiquement la Couronne provinciale de son immunité, mais que sur le plan de l'interprétation législative, l'AGT a outrepassé ses fins prévues par la loi et donc perdu son immunité.

Les intimés et le procureur général du Canada n'ont pas prétendu que la législature de l'Alberta n'avait pas la compétence constitutionnelle pour créer une société dotée de pouvoirs dont l'exercice pourrait, en fin de compte, avoir pour effet d'assujettir la société à la législation fédérale. Ils n'ont pas non plus mis en doute la constitutionnalité des dispositions de la Loi de l'AGT qui confèrent à la société le pouvoir de conclure des accords de raccordement. Une fois créée régulièrement, une société de la Couronne provinciale peut obtenir des droits, y compris l'immunité, d'une autre législature provinciale ou du Parlement fédéral: *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566 (C.P.) Par conséquent, l'AGT peut exercer légitimement des pouvoirs et des droits de nature extraprovinciale (par exemple, en concluant des accords interprovinciaux comme en l'espèce) sans nécessairement outrepasser son mandat prévu par la loi. (Voir W. R. Lederman, «Telecommunications and the Federal Constitution of Canada», dans H. Edward English, ed., *Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government*, à la p. 348, et Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., aux pp. 511 à 519.)

By entering into a federally-regulated area by becoming an interprovincial work or undertaking, a provincial Crown agent does not lose the immunity it would otherwise have. If activity in an area of federal jurisdiction alone sufficed to prevent the agent from invoking its immunity, s. 16 of the *Interpretation Act* would become a dead letter *vis-à-vis* the Crown in right of a province. Parliament could embrace the provincial Crown agent through general legislative wording without any need to bind the province by a mention or reference thereto.

It is unnecessary, for the purpose of this appeal, to consider whether there are limits on provincial authority to create Crown corporations operating from the outset within the federal regulatory sphere. The question raised here is whether AGT, by exercising its powers so as to operate an interprovincial work or undertaking, exceeded the statutory authority granted to it by the province.

The Federal Court of Appeal concluded that AGT stepped outside of the purposes for which it was created. Pratte J. held, at p. 194, that because it exceeded the purposes for which it was created a Crown agent, AGT was not immune from the applicable federal regulation:

It is apparent from those provisions that the legislature of Alberta, in creating AGT, intended that corporation to establish and maintain in the province a telecommunication system that would be regulated under the *Public Utilities Board Act* of the province. As the only undertakings that may be regulated under that Act are those that are not described in paragraphs 92(10)(a),(b) and (c) of the *Constitution Act, 1867*, it follows, in my view, that the legislature intended AGT to operate a local undertaking and that AGT, in operating a federal undertaking, stepped outside of the authority of the purposes for which it was created. It cannot, therefore, invoke its status of a Crown agent so as to dodge the laws that are applicable to federal undertakings.

Un mandataire de la Couronne provinciale qui s'immisce dans un domaine de réglementation fédérale en devenant un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale ne perd pas l'immunité dont il bénéficierait par ailleurs. Si le seul exercice d'une activité dans un domaine de compétence fédérale suffisait à empêcher le mandataire d'invoquer son immunité, l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* deviendrait lettre morte vis-à-vis de la Couronne du chef d'une province. Le Parlement pourrait viser un mandataire de la Couronne provinciale par une formulation législative générale sans qu'il soit nécessaire de prévoir ou de mentionner que la province est liée.

Pour les fins de ce pourvoi, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il existe des limites au pouvoir de la province de créer des sociétés d'État qui, dès le départ, exercent des activités qui relèvent du champ de réglementation fédérale. En l'espèce, la question est de savoir si en exerçant ses pouvoirs dans le but d'exploiter un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale, l'AGT a outrepassé le pouvoir que la province lui a conféré par voie législative.

La Cour d'appel fédérale a conclu que l'AGT avait outrepassé les fins pour lesquelles elle avait été créée. Le juge Pratte a conclu à la p. 194, que, parce qu'elle a outrepassé les fins pour lesquelles elle avait été faite mandataire de la Couronne, l'AGT ne pouvait se soustraire à l'application de la réglementation fédérale:

Il ressort de ces dispositions que la législature de l'Alberta avait, lorsqu'elle a constitué l'AGT, l'intention que cette société établisse et entretienne dans la province un système de télécommunications qui serait régi par la *Public Utilities Board Act* de cette province. À mon avis, comme cette loi ne peut régir que les entreprises qui ne sont pas décrites aux alinéas 92(10)(a), (b) et (c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il s'ensuit que la législature avait l'intention qu'AGT exploite une entreprise de nature locale et qu'AGT, en exploitant une entreprise de nature fédérale, a outrepassé ses pouvoirs en n'agissant pas conformément aux fins pour lesquelles elle a été constituée. En conséquence, elle ne peut invoquer sa qualité de mandataire de la Couronne pour se soustraire à l'application des lois qui régissent les entreprises fédérales.

The idea that Crown immunity is lost when a Crown agent exceeds its statutory mandate makes particular sense in a unitary state where the regulating authority and the Crown agent fall under the same jurisdiction. Parliament or the legislature, as the case may be, can be assumed to have granted the immunity from its own regulation for specific purposes only; where the Crown acts for an extraneous purpose any reason for the grant of immunity is lost. The doctrine fits less comfortably in a federal system where the Crown in right of one jurisdiction seeks immunity from legislation enacted by the Crown in right of a second jurisdiction. Decisions of this Court in which this exception from immunity has been accepted generally involve the Crown seeking immunity from legislation enacted by the same jurisdiction that the Crown's agent represents.

The two recent cases relied on by the Federal Court of Appeal have applied this doctrine with respect to federal Crown agents. In *Canadian Broadcasting Corporation v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339, (hereinafter *C.B.C.*), a federal Crown corporation established under the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1979, c. B-11, was charged under the *Criminal Code* with the unlawful broadcasting of an obscene film. A regulation under the *Broadcasting Act* specifically prohibited the showing of an obscene film. This Court (*per* Estey J.) held that the CBC could not be attributed Crown immunity when it exercised its powers in a manner inconsistent with the purposes of the *Broadcasting Act*.

In *Eldorado*, *supra*, the issue was whether federal Crown agents were immune from criminal liability under s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act* by virtue of s. 16 of the *Interpretation Act*. A majority of the Court held, at pp. 565-66:

Statutory bodies such as Uranium Canada and Eldorado are created for limited purposes. When a Crown agent acts within the scope of the public purposes it is statutorily empowered to pursue, it is entitled to Crown immunity from the operation of statutes, because it is acting on behalf of the Crown. When the agent

L'idée que l'immunité de la Couronne est perdue lorsqu'un mandataire de la Couronne excède les limites du mandat que lui confère la loi est tout à fait logique dans un État unitaire où l'autorité responsable de la réglementation et le mandataire de la Couronne relèvent du même ressort. On peut présumer que le Parlement ou la législature, selon le cas, n'a accordé l'immunité à l'égard de sa propre réglementation que pour des fins précises; lorsque la Couronne poursuit une autre fin, il n'y a plus de raison d'accorder l'immunité. La théorie s'applique moins bien dans un régime fédéral où la Couronne du chef d'un ressort réclame l'immunité à l'égard d'une loi adoptée par la Couronne du chef d'un autre ressort. De façon générale, dans les arrêts où cette Cour a reconnu cette exception à l'immunité, la Couronne réclamait l'immunité à l'égard de lois adoptées par le ressort que représentait le mandataire de la Couronne.

Cette théorie a été appliquée à l'égard de mandataires de la Couronne fédérale dans les deux arrêts récents invoqués par la Cour d'appel fédérale. Dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339 (ci-après *Radio-Canada*), une société d'État créée en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11 a été accusée en vertu du *Code criminel* d'avoir diffusé un film obscène. Un règlement pris en application de la *Loi sur la radiodiffusion* interdisait expressément la diffusion de films obscènes. Cette Cour (le juge Estey) a conclu que Radio-Canada ne pouvait se voir attribuer l'immunité de l'État lorsqu'elle exerçait ses pouvoirs d'une façon incompatible avec les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Dans l'arrêt *Eldorado*, précité, la question était de savoir si les mandataires de la Couronne fédérale bénéficiaient de l'immunité contre la responsabilité criminelle prévue à l'al. 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en vertu de l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*. La Cour, à la majorité, a décidé aux pp. 565 et 566:

La loi crée des organismes comme Uranium Canada et Eldorado à des fins précises. Lorsqu'un mandataire de l'État agit conformément aux fins publiques qu'il est autorisé légalement à poursuivre, il a le droit de se prévaloir de l'immunité de l'État à l'encontre de l'application des lois parce qu'il agit pour le compte de l'État.

steps outside the ambit of Crown purposes, however, it acts personally, and not on behalf of the state, and cannot claim to be immune as an agent of the Crown. This follows from the fact that s. 16 of the *Interpretation Act* works for the benefit of the state, not for the benefit of the agent personally. Only the Crown, through its agents, and for its purposes, is immune from the *Combines Investigation Act*.

(at p. 568):

That being so, the 1983 *CBC* case makes the same point as the present one: a Crown agent is entitled to the benefit of the immunity afforded by s. 16 of the *Interpretation Act* only when it acts within the scope of the Crown purposes it is authorized to serve.

I think it is also important to draw a distinction between (i) acts committed in the course of fulfilling Crown purposes but in no way undertaken in order to effect Crown purposes; and (ii) those acts committed which are designed to effect Crown purposes. Whereas the latter situation does invoke Crown immunity, the former does not.

In *Eldorado*, the majority held that *Eldorado* had in fact acted within its Crown purposes.

In my view, this doctrine may be applied where one level of government seeks to invoke Crown immunity from a statute of the other. The distinction drawn in *Eldorado* between an agent acting for Crown purposes and acting personally is applicable in the current context. It follows that if AGT is acting "within the scope of the public purposes it is statutorily empowered to pursue [by entering interconnection agreements], it is entitled to Crown immunity from the operation of statutes, because it is acting on behalf of the Crown" (*Eldorado, supra*, at pp. 565-66).

In my view, an analysis of the relevant provisions of the AGT Act indicate that AGT, by developing into an enterprise beyond the constitutional reach of the Public Utilities Board of Alberta (which, it was submitted, was intended to regulate AGT as a local work or undertaking), did not act outside the purposes for which it was created. The statutory powers of AGT clearly authorize it to enter into interprovincial arrangements for the

Cependant, lorsque le mandataire outrepassé les fins de l'État, il agit personnellement et non pour le compte de l'État, et il ne peut invoquer l'immunité dont bénéficie le mandataire de l'État. Cela découle du fait que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* s'applique à l'avantage de l'État et non à l'avantage du mandataire personnellement. Seul l'État, par l'intermédiaire de ses mandataires et pour ses propres fins, ne peut être poursuivi en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

<sup>b</sup> (à la p. 568):

Ainsi, l'arrêt *Radio-Canada de 1983* fait ressortir la même chose qu'en l'espèce: un mandataire de l'État ne peut bénéficier de l'immunité prévue à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* que lorsqu'il agit conformément aux fins de l'État qu'il est autorisé à poursuivre.

J'estime qu'il est également important de faire la distinction entre (i) les actes accomplis au cours de la réalisation des fins de l'État mais qui ne visent aucunement à réaliser les fins de l'État et (ii) les actes qui visent à réaliser les fins de l'État. Alors que dans ce dernier cas, l'immunité de l'État peut être invoquée, elle ne peut l'être dans le premier cas.

Dans l'arrêt *Eldorado*, la Cour à la majorité a conclu qu'*Eldorado* avait en fait agi conformément à ses fins comme mandataire de la Couronne.

À mon avis, cette théorie peut s'appliquer lorsqu'un palier de gouvernement tente d'invoquer l'immunité de la Couronne à l'encontre d'une loi d'un autre palier. La distinction formulée dans l'arrêt *Eldorado* entre un mandataire qui agit pour réaliser les fins de l'État et celui qui agit personnellement est applicable en l'espèce. Il s'ensuit que si l'AGT agit «conformément aux fins publiques qu'[elle] est autorisé[e] légalement à poursuivre [en concluant des accords de raccordement], [elle] a le droit de se prévaloir de l'immunité de l'État à l'encontre de l'application des lois parce qu'[elle] agit pour le compte de l'État» (*Eldorado*, précité, aux pp. 565 et 566).

J'estime qu'une analyse des dispositions pertinentes de la Loi de l'AGT révèle qu'en devenant une entreprise qui ne relevait plus de la portée constitutionnelle de la Public Utilities Board de l'Alberta (qui, a-t-on prétendu, devait régir l'AGT en tant qu'ouvrage ou entreprise de nature locale), l'AGT n'a pas outrepassé les fins pour lesquelles elle a été créée. Les pouvoirs que la Loi confère à l'AGT lui permettent clairement de conclure des

provision of an integrated telecommunications service for its customers. Section 4(1) of the *Alberta Government Telephones Act* expressly authorizes AGT to purchase, construct or operate a telecommunications system or systems in Alberta. The statute goes on, however, to authorize the Commission to perform any contract or obligation assigned to it by the Government of Alberta for the establishment or operation of any such system in any other province or territory of Canada (s. 4(3)(b)). These provisions, and I repeat, read as follows:

4(1) The commission may purchase, construct, extend, maintain, manufacture, operate and lease to and from other persons, a system or systems in Alberta, including private communication systems.

(3) The Lieutenant Governor in Council may refer or assign to the commission

(b) the performance of any duty or task, including the performance of any contract entered into by the Government for the establishment, maintenance or operation of a system in any other province or territory of Canada,

and notwithstanding anything in this Act, the commission has all the powers, authorities and functions expressed or provided in the Act referred to it for administration, or necessary to the proper carrying out of a duty or task assigned to it under this subsection. [Emphasis added.]

Further powers are granted to AGT in s. 24 of its statute, to which I have earlier referred, where in it is authorized to enter into agreements with any persons who own telecommunications systems "for the connection, intercommunication, joint operation, reciprocal use or transmission of business between any systems owned and operated by the parties thereto . . ." Under this power, AGT entered into agreements such as the Telecom Canada agreement which of necessity takes it outside the province of Alberta to fulfill its statutory objective of serving the people of Alberta. In my view, this type of agreement is precisely of the nature contemplated under ss. 4 and 24 of the AGT Act.

accords interprovinciaux en vue de fournir à ses abonnés un service unifié de télécommunications. Le paragraphe 4(1) de l'*Alberta Government Telephones Act* permet expressément à l'AGT d'acheter, de construire ou d'exploiter un seul ou plusieurs systèmes de télécommunications en Alberta. Cependant, la Loi prévoit aussi que la Commission a le pouvoir d'exécuter tout contrat ou toute obligation que le gouvernement albertain lui confie en vue d'établir ou d'exploiter un tel système dans toute autre province ou tout autre territoire du Canada (al. 4(3)b)). Ces dispositions, que je reproduis à nouveau, se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 4(1) La Commission peut acheter, construire, étendre, entretenir, fabriquer, exploiter et louer d'autres personnes ou à d'autres personnes un seul ou plusieurs systèmes en Alberta, notamment des systèmes privés de communications.

(3) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut confier à la Commission

b) l'exécution de toute fonction ou tâche, y compris l'exécution de tout contrat conclu par le gouvernement en vue d'établir, d'entretenir ou d'exploiter un système dans toute autre province ou tout autre territoire du Canada,

et par dérogation à toute autre disposition de la présente loi, la Commission exerce tous les pouvoirs que la présente loi lui confère expressément ou implicitement aux fins de son application ou qui sont nécessaires pour exécuter toute fonction ou tâche qui lui est confiée en vertu du présent paragraphe. [Je souligne.]

D'autres pouvoirs, auxquels j'ai déjà fait allusion, sont conférés à l'AGT par l'art. 24 de sa loi constitutive qui lui permet de conclure des ententes avec toute personne qui possède un système de télécommunications pour «la liaison, l'intercommunication, l'exploitation en commun, l'utilisation réciproque ou la transmission des services entre tous systèmes appartenant aux parties à l'entente ou exploités par ces parties . . .» En vertu de ce pouvoir, l'AGT a conclu des accords, comme l'accord de Télécom Canada, qui l'oblige forcément à franchir les frontières de l'Alberta pour répondre à son objectif légal de desservir les Albertains. À mon avis, ce type d'accord est précisément du genre de ceux envisagés aux art. 4 et 24 de la Loi de l'AGT.



Therefore this case is entirely different from the situations contemplated in *Eldorado, supra*, and *CBC, supra*, where immunity may be lost. AGT appears to be lawfully executing its powers consistently with the purposes of the AGT Act and is fulfilling its Crown purposes thereby. As stated above, AGT cannot lose its Crown immunity solely because the exercise of its powers results in a change of legislative jurisdiction. Unlike the situation in *CBC, supra*, AGT did no wrongful or unlawful act in operating an interprovincial work or undertaking. It was formed to create an integrated telecommunications system, not solely an intraprovincial system.

With respect for the contrary view of the Federal Court of Appeal, I do not interpret the AGT Act as intended to be coterminous with the regulatory scope of the *Public Utilities Board Act*. There is a distinction between the provincial power to incorporate a company with capacity to act in a federally-regulated sphere and the provincial power to regulate that company. The present appeal is not a challenge to any reliance by AGT on the provisions in the AGT Act referring to the Public Utilities Board nor to the exercise by that Board of any powers it purports to have with respect to AGT. The sole issue is whether the CRTC can make an order binding on AGT. Simply because the provincial Board has exercised regulatory jurisdiction in the past over what is now found to be a federal undertaking does not mean that AGT is not immune from federal regulation.

Where AGT has not exceeded its legislative mandate or the Crown purposes for which it was created, but, rather, merely entered into a federally regulated field by virtue of its daily operations of providing telecommunication services, it cannot be said to lose its Crown immunity. Entrance into one or another head of federal jurisdiction, *sim-*

Cette affaire est donc tout à fait différente des situations envisagées dans les arrêts *Eldorado* et *Radio-Canada*, précités, où l'immunité peut être perdue. L'AGT paraît exercer ses pouvoirs légalement et conformément aux objectifs de sa loi constitutive et poursuit donc ses fins comme mandataire de la Couronne. Comme je l'ai déjà souligné, l'AGT ne peut perdre son immunité du seul fait que l'exercice de ses pouvoirs a entraîné un changement de compétence législative. Contrairement à la situation que l'on trouve dans l'arrêt *Radio-Canada*, précité, l'AGT n'a commis aucun acte illégitime ou illégal en exploitant un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale. Elle a été constituée pour mettre sur pied un système unifié de télécommunications et pas seulement un système local.

En toute déférence pour l'opinion contraire exprimée par la Cour d'appel fédérale, je n'interprète pas la Loi de l'AGT comme si elle devait viser les mêmes fins que le pouvoir réglementaire de la *Public Utilities Board Act*. Il y a une distinction entre le pouvoir de la province de constituer une société qui peut exercer une activité dans un champ de réglementation fédérale et le pouvoir de la province de régir cette société. Dans le présent pourvoi, on ne conteste pas que l'AGT se soit appuyée sur les dispositions de sa loi constitutive se rapportant à la Public Utilities Board ni que cette commission ait exercé les pouvoirs qu'elle prétend avoir à l'égard de l'AGT. La seule question est de savoir si le CRTC peut rendre une ordonnance qui lie l'AGT. Ce n'est pas parce que la commission provinciale a, dans le passé, exercé son pouvoir de réglementation sur ce qui se révèle maintenant une entreprise fédérale que l'AGT est soustraite à l'application de la réglementation fédérale.

Si l'AGT n'a pas outrepassé le mandat que lui confère la loi ou les fins publiques pour lesquelles elle a été créée, mais a simplement pénétré dans un domaine de réglementation fédérale dans l'exploitation quotidienne de ses services de télécommunications, on ne peut affirmer qu'elle a perdu son droit d'invoquer l'immunité de la Couronne. Le fait de pénétrer dans l'un ou l'autre des domaines de compétence fédérale ne peut en soi avoir pour effet de dépouiller automatiquement l'AGT de sa

*pliciter*, does not automatically strip AGT of its Crown agency status and immunity.

In my view AGT has not exceeded its statutory mandate or Crown purposes in the sense of *CBC, supra*, or *Eldorado, supra*. Rather, as a provincial Crown agent its statutory purposes and ever-evolving technological advances eventually required it to operate as a federal undertaking in order to service its customers, thus attracting federal regulation.

(iii) Did AGT Lose Its Immunity By Virtue of Being a Commercial Enterprise?

Although not extensively addressed, the question of whether or not immunity should be available to the Crown when operating a commercial entity arose in oral argument. Why AGT or other Crown agencies undertaking business ventures in an ordinary commercial capacity ought to be immune from otherwise valid federal legislation is a question which only Parliament can explain.

The notion of a “commercial activities” exception to s. 16 of the *Interpretation Act* has, however, never been accepted by this Court, and was expressly rejected by Laskin C.J. in *PWA, supra*, at p. 69, as follows:

The main support for the contention that the Crown in right of the Province was bound, although there is nothing express in that respect, lay in the assertion that the *Aeronautics Act* and the *Air Carrier Regulations* were embracive of all entrants or would be entrants into the business of commercial air carriers or in the control, or participation in the control, of corporations engaged in such business. This, however, is an argument that is applicable to any piece of general regulatory legislation and proves too much, unless it be taken that where the Crown engages in ordinary commercial activities it is equally subject to the regime of control of those activities. This has not hitherto been the rule followed by the Courts, nor is it supported by the expression of principle

qualité de mandataire de la Couronne et de lui faire perdre son immunité.

À mon avis, l'AGT n'a pas outrepassé son mandat légal ni les fins de l'État qu'elle poursuivait au sens des arrêts *Radio-Canada* ou *Eldorado*, précités. Au contraire, comme mandataire de la Couronne provinciale, la réalisation des objectifs que lui attribue la Loi et les progrès continuels de la technologie ont fini par l'obliger à fonctionner comme une entreprise fédérale pour desservir ses abonnés, ce qui a entraîné l'application de la réglementation fédérale.

(iii) L'AGT a-t-elle perdu son immunité parce qu'elle est une entreprise commerciale?

Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet de longues discussions, la question de savoir si la Couronne devrait pouvoir invoquer l'immunité lorsqu'elle exploite une entreprise commerciale a été soulevée pendant les plaidoiries. Celle de savoir pourquoi l'AGT ou d'autres sociétés d'État qui s'engagent dans une entreprise qui relève de leur capacité commerciale ordinaire devraient être soustraites à l'application de lois fédérales par ailleurs valides est une question à laquelle seul le Parlement peut répondre.

Toutefois, cette Cour n'a jamais reconnu l'existence d'une exception à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, fondée sur la notion «d'activités commerciales», et le juge en chef Laskin l'a expressément rejetée dans l'arrêt *PWA*, précité, à la p. 69:

Le principal argument à l'appui de la thèse voulant que la Couronne du chef de la province est liée, malgré l'absence de disposition expresse à cet effet, est fondé sur l'assertion que la *Loi sur l'aéronautique* et le *Règlement sur les transporteurs aériens* s'appliquent à tous ceux qui s'engagent dans une entreprise de transport aérien commercial, ou acquièrent le contrôle financier ou une participation au contrôle de pareilles entreprises ou projettent de le faire. Cependant cet argument qui vaut pour toute législation de portée générale est trop large, à moins qu'il ne signifie que lorsque la Couronne s'engage dans une activité commerciale ordinaire, elle est également assujettie à la réglementation régissant ces activités. Cela n'a pas été la règle suivie par les tribunaux jusqu'ici et elle ne trouve aucun appui dans l'énoncé de principe relatif à l'assujettissement de la

as to Crown subjection to legislation found in s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23.

See also the quotation from *Eldorado*, reproduced above at p. 291.

Arguably, an analogy might be drawn between sovereign immunity in public international law and Crown immunity. It seems that the general trend in the international sphere is toward a restrictive immunity doctrine which accords immunity for 'governmental' activity, but not for commercial activity: see McLeod, *The Conflict of Laws*, at pp. 72-74; Swinton, *supra*, at p. 28; but see Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed., (cautious about the claim that the restrictive immunity doctrine is mandated by public international law).

Prior to Parliamentary intervention, this Court had never adopted a commercial activities distinction: see *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997 (hereinafter *Venne*). But the *State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18, s. 5, now provides that foreign states do not enjoy sovereign immunity in respect of commercial activity. The United Kingdom Parliament had similarly found it desirable four years earlier to distinguish between acts *iure imperii* and acts *iure gestionis*: *State Immunity Act, 1978* (U.K.), 1978, c. 33, s. 3.

It is far from clear that any analogy with sovereign immunity in international law is a direct one. Laskin J. (as he then was) advocated in dissent in *Venne, supra*, a rule of restrictive sovereign immunity which would allow courts to be seized of disputes involving, *inter alia*, commercial activities of foreign states. Yet, seven years later, Laskin C.J. in *PWA, supra*, was firmly of the view that there is no commercial exception to Crown immunity. This perhaps is not surprising. The same considerations which call for mutual respect of activities of both levels of government within the confines of a single federal state, discussed above, do not necessarily arise in the international sphere. If a foreign state seeks to carry out com-

Couronne aux textes législatifs exposé à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23.

Voir également le passage de l'arrêt *Eldorado* déjà reproduit à la p. 291.

a Certes, on pourrait faire une analogie entre l'immunité absolue en droit international public et l'immunité de la Couronne. Il semble que la tendance générale sur le plan international consiste à reconnaître une théorie de l'immunité restrictive où l'immunité est accordée à l'égard des activités «gouvernementales», mais non commerciales: voir McLeod, *The Conflict of Laws*, aux pp. 72 à 74; Swinton, précité, à la p. 28; mais voir Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3<sup>e</sup> éd. (attention à la prétention que la théorie de l'immunité restrictive est dictée par le droit international public).

d Avant que le Parlement intervienne, cette Cour n'avait jamais adopté de distinction fondée sur les activités commerciales: voir *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, e [1971] R.C.S. 997 (ci-après *Venne*). Mais la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), chap. S-18, art. 5, prévoit maintenant que les États étrangers ne bénéficient pas de l'immunité absolue en ce qui concerne leurs activités commerciales. Le f Parlement du Royaume-Uni avait conclu de la même façon quatre ans plus tôt qu'il était souhaitable de distinguer les actes *iure imperii* des actes *iure gestionis*: *State Immunity Act, 1978* (R.-U.), g 1978, chap. 33, art. 3.

Il est loin d'être sûr que toute analogie avec l'immunité absolue en droit international soit directement applicable. Le juge Laskin (alors juge puîné), dissident dans l'arrêt *Venne*, a préconisé une règle restrictive de l'immunité absolue qui permettrait aux tribunaux d'être saisis de litiges portant notamment sur les activités commerciales d'États étrangers. Cependant, sept ans plus tard, le i juge en chef Laskin, dans l'arrêt *PWA*, précité, s'est dit fermement d'avis qu'il n'y avait aucune exception fondée sur l'activité commerciale à l'immunité de la Couronne. Mais cela n'est peut-être pas surprenant. Les mêmes considérations à l'origine du respect mutuel des activités des deux j paliers de gouvernement à l'intérieur d'un seul et

mercial activities abroad as an element of state or public policy, it cannot expect immunity from foreign laws and judicial processes. (Other policy considerations may admittedly be at stake when a public sector corporation is impleaded abroad with respect to activities conducted within the territory of the corporation's home state.) But, as Professor Swinton makes clear in "Federalism and Provincial Government Immunity", *supra*, at pp. 28-29, the public policy dimension of governmental commercial activities within Canada's borders is entitled to presumptive respect:

There is no doubt that when a provincial government acts, whether through a government agency, a crown corporation, or a commercial corporation, it does so in the provincial public interest and it engages in activity of government. This is clearest when the activity is carried out in a government department or through a crown agent, but equally so when a province buys into a commercial corporation. The primary purpose in doing so may be to generate revenue for the public purse, and although the corporation's activities seem remotely connected with the public interest, there is established a governmental link between the firm and the government. More commonly, a provincial government will have reasons additional to profit-making which lead to involvement in corporate activity. The reason for government involvement in many of these activities, such as transportation or resource development, is to meet specific public policy objectives, with profit-making at most a secondary motivation.

In trying to draw a line between what is governmental and what is proprietary, one fast becomes fixed in a quagmire of political and economic distinctions with no hope of reasoned separation.

In any event, assessment of the desirability of a commercial exception is for Parliament to make, if so inclined, as was the case with the *State Immunity Act*, *supra*, in respect of sovereign immunity.

même État fédéral, examinées auparavant, ne se présentent pas nécessairement dans le domaine international. Si un État veut exercer des activités commerciales à l'étranger comme élément de sa politique nationale ou officielle, il ne peut s'attendre à être exempté de l'application des lois et du processus judiciaire étrangers. (D'autres considérations de principe peuvent certes entrer en jeu lorsqu'une société du secteur public est poursuivie à l'étranger pour des activités exercées sur le territoire du pays d'origine de la société.) Mais comme l'explique clairement le professeur Swinton dans «Federalism and Provincial Government Immunity», précité, aux pp. 28 et 29, la dimension de la politique officielle applicable aux activités commerciales de l'État à l'intérieur du Canada bénéficie d'une présomption de respect:

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que lorsque le gouvernement provincial agit, que ce soit par l'intermédiaire d'un organisme gouvernemental, d'une société d'État ou d'une société commerciale, il le fait dans l'intérêt public de la province et il s'engage dans des activités gouvernementales. La situation est évidemment des plus claires lorsque l'activité est exercée par un ministère ou un mandataire de l'État, mais elle l'est tout autant lorsque la province a recours à une société commerciale. La raison première d'agir ainsi peut être de générer des revenus pour les coffres de l'État et, bien que les activités de la société puissent sembler étrangères à l'intérêt public, il existe un lien gouvernemental entre l'entreprise et le gouvernement. Un gouvernement provincial aura habituellement d'autres raisons qui s'ajoutent à celle de vouloir réaliser des bénéfices pour s'intéresser aux activités des sociétés. En décidant de participer à plusieurs de ces activités, comme le transport ou le développement des ressources, l'État poursuit des objectifs précis d'intérêt public, la réalisation de bénéfices étant tout au plus un motif secondaire.

Celui qui tente de tracer la ligne de démarcation entre ce qui est public et ce qui est privé s'embourbe rapidement dans des distinctions de nature politique et économique sans espoir d'établir logiquement cette ligne de démarcation.

Quoi qu'il en soit il appartient au Parlement, si cela le tente, de juger du caractère souhaitable d'une exception fondée sur les activités commerciales, comme il l'a fait dans la *Loi sur l'immunité des États*, précitée, relativement à l'immunité absolue.

(e) *Disposition of Immunity Issue*

For all the above reasons, I find that, on the basis of the legislation as presently drafted, AGT is immune from CRTC jurisdiction exercised under s. 320 of the *Railway Act*.

There is no question, however, that had the *Railway Act* been expressly made to bind the Crown, AGT would be subject to its provisions as a constitutional matter. Equally it is apparent that Parliament and the provinces have the constitutional competence to reverse the common law and current statutory presumption of immunity in favour of a statutory rule of interpretation binding the Crown to enactments except where otherwise therein provided (see *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 14; and *Interpretation Act*, S.P.E.I. 1981, c. 18, s. 14).

V. Conclusion

The appeal is allowed and the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside. The two constitutional questions are answered as follows:

1. Is Alberta Government Telephones a work or undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a) or otherwise of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

2. If the answer to the question 1 is in the affirmative, is Alberta Government Telephones bound by the relevant provisions of the *Railway Act*?

Answer: No.

There will be no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the very extensive reasons of the Chief Justice and I concur with much of what he has said. My sole point of departure is that I do not believe that, given the facts of this case and the nature of the application before the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”), Alberta Government Telephones (“AGT”) is entitled to rely on s. 16 of the *Interpretation Act*,

e) *Conclusion quant à la question de l'immunité*

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis, compte tenu du texte actuel de la Loi, que l'AGT est soustraite à la compétence qu'exerce le CRTC en vertu de l'art. 320 de la *Loi sur les chemins de fer*.

Il ne fait cependant aucun doute que si la *Loi sur les chemins de fer* avait prévu expressément que la Couronne serait liée, l'AGT serait assujettie à ses dispositions sur le plan constitutionnel. De même, il appert que le Parlement et les provinces ont le pouvoir constitutionnel de modifier la *common law* et la présomption légale d'immunité pour adopter une règle légale d'interprétation portant que la Couronne sera liée par les lois sauf disposition contraire contenues dans celles-ci (voir *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 206, art. 14 et *Interpretation Act*, S.P.E.I. 1981, chap. 18, art. 14).

V. Conclusion

Le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel fédérale infirmé. Les deux questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. L'Alberta Government Telephones est-elle un ouvrage ou une entreprise qui relève de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)a) ou d'une autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

2. En cas de réponse affirmative à la première question, l'Alberta Government Telephones est-elle liée par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer*?

Réponse: Non.

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs très fouillés du Juge en chef et j'y souscris en grande partie. Mon opinion diffère de la sienne seulement dans la mesure où je ne crois pas, compte tenu des faits de l'espèce et de la nature de la demande présentée au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC»), qu'Alberta Government Telephones («AGT») puisse invoquer l'art. 16 de la *Loi*

R.S.C. 1970, c. I-23. Simply put, it is my view that since AGT has elected to garner the benefits of participating in a national network of telecommunications under the regulatory supervision of the CRTC, it must also accept the burdens which accompany such participation. In other words, AGT has waived its entitlement to the protection of s. 16 of the *Interpretation Act* by its conduct. Section 16 of the *Interpretation Act* provides:

16. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred to.

Recognition and approval of the so-called "benefit-burden" doctrine was recently given by this Court in *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015 (hereinafter *Sparling v. Quebec*). In that case, the Caisse de dépôt et placement du Québec, a provincial Crown agent, owned sufficient shares in a publicly traded company to be considered an insider within the terms of the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33. However, the Caisse refused to submit an insider report to the Director of the Act contending that it was immune from the legislation by virtue of s. 16 of the *Interpretation Act*. The Director argued before this Court that, since the Caisse had taken advantage of the *Canada Business Corporations Act* by purchasing the shares, it was obliged to accept the attendant burdens of the Act notwithstanding the existence of s. 16 of the *Interpretation Act*.

The Director's argument was accepted by this Court. La Forest J., speaking for the entire Court, held that the benefit-burden doctrine was a recognized exception to Crown immunity. He stated at p. 1021:

I am in agreement with Tyndale J.A. that the benefit/burden exception to Crown immunity exists and that it applies in this case to render the insider reporting provisions of the *Canada Business Corporations Act* applicable to the Caisse.

There can be no disputing the existence of the benefit/burden exception (sometimes referred to as the "waiver"

*d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23. Simplement dit, j'estime que, comme AGT a choisi de recevoir les avantages découlant de sa participation à un réseau national de télécommunications réglementé par le CRTC, elle doit également accepter les obligations qu'entraîne cette participation. En d'autres termes, la conduite d'AGT constitue une renonciation à la protection de l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, dont voici le texte:

16. Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

La théorie dite de «la complémentarité des avantages et des obligations» a récemment été reconnue et approuvée par cette Cour dans l'arrêt *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015 (ci-après *Sparling c. Québec*). Dans cette affaire, la Caisse de dépôt et placement du Québec, une mandataire de la Couronne provinciale, possédait un nombre suffisant d'actions d'une compagnie ouverte pour avoir la qualité d'initié au sens de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33. La Caisse toutefois, alléguant que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* l'exemptait de l'application de la loi en cause, a refusé de déposer un rapport d'initié auprès du directeur nommé en vertu de cette loi. Le directeur a fait valoir devant notre Cour qu'en se portant acquéreur des actions, la Caisse avait tiré avantage de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* et qu'elle devait en conséquence en assumer les obligations en dépit de l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*.

L'argument du directeur a été retenu par cette Cour. Le juge La Forest, parlant au nom de tous ses collègues, a conclu que la théorie de la complémentarité des avantages et des obligations était une exception reconnue à l'immunité de la Couronne. Il dit, à la p. 1021:

Je suis d'accord avec le juge Tyndale pour dire que l'exception à l'immunité de la Couronne fondée sur les avantages et les obligations existe et, qu'elle a pour effet en l'espèce de rendre les dispositions de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* visant les rapports d'initié applicables à la Caisse.

On ne peut mettre en doute l'existence de l'exception fondée sur les avantages et les obligations (parfois appe-

exception) to Crown immunity. It is of ancient vintage; see *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, at pp. 210-11, 89 E.R. 540, at p. 542, where it is said:

If they have any right, the King can only have it by this Act of Parliament, and then they must have it as this Act of Parliament gives it.

The exception has been applied by this Court as recently as *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118, and *The Queen v. Murray*, [[1967] S.C.R. 309]; see also *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510.

Having found support for the existence of the doctrine, La Forest J. set forth the general principles which should guide its application. He stated at p. 1025:

It is quite correct to conclude that whenever the question of the application of the benefit/burden exception arises, the issue is not whether the benefit and burden arise under the same statute, but whether there exists a sufficient nexus between the benefit and burden. As McNairn, *op. cit.*, at p. 11 puts it:

It is not essential . . . that the benefit and the restriction upon it occur in one and the same statute for the notion of crown submission to operate. Rather, the crucial question is whether the two elements are sufficiently related so that the benefit must have been intended to be conditional upon compliance with the restriction.

La Forest J. felt that a sufficient nexus existed between the holding of the shares and the reporting scheme of the *Canada Business Corporations Act*. He came to this conclusion despite the fact that the Caisse was not seeking affirmatively to take advantage of the statute. It had simply purchased shares in a company governed by the Act. This, he found, was a sufficient nexus. La Forest J. did, however, stop short of concluding that whenever a Crown agent operates in a field that is regulated it is deemed to accede to that regulatory jurisdiction. He stated at p. 1027:

Application of the benefit/burden exception does not result in subsuming the Crown under any and every regulatory scheme that happens to govern a particular state of affairs. Although some earlier authorities (see,

l'exception de «renonciation») en matière d'immunité de la Couronne. Cette exception est ancienne; voir l'arrêt *Crooke* (1691), 1 Show. K.B. 208, aux pp. 210 et 211, 89 E.R. 540, à la p. 542, où l'on peut lire:

[TRADUCTION] S'il a quelque droit, le Roi ne peut l'avoir que de par cette Loi du Parlement, et il ne peut l'avoir que selon les termes de cette Loi du Parlement.

L'exception en cause a été appliquée par cette Cour aussi récemment que dans les arrêts *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118, et *The Queen v. Murray*, [[1967] R.C.S. 309]; voir aussi *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] R.C.S. 510.

Ayant établi l'existence de l'exception, le juge La Forest énonce les principes généraux devant présider à son application. Il dit à ce propos, à la p. 1025:

Il est tout à fait correct de conclure que lorsque se soulève la question de l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations, il ne faut pas décider si les avantages et les obligations découlent du même texte législatif, mais plutôt s'il existe un lien suffisant entre les avantages et les obligations. Comme le dit McNairn, *op. cit.*, à la p. 11:

[TRADUCTION] Il n'est pas essentiel [. . .] à l'applicabilité du principe de l'assujettissement de la Couronne que l'avantage conféré et la restriction qui s'y attache découlent de la même loi. La question cruciale consiste plutôt à savoir si les deux éléments sont suffisamment liés de sorte qu'il ait été prévu que l'avantage conféré était conditionnel au respect de la restriction imposée.

Le juge La Forest a conclu à l'existence d'un lien suffisant entre la possession des actions et le rapport exigé par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, conclusion à laquelle il est arrivé malgré le fait que la Caisse ne cherchait pas activement à tirer avantage de la Loi. Elle s'était simplement portée acquéreur d'actions d'une société régie par cette loi. Cela, estimait-il, représentait un lien suffisant. Le juge La Forest n'est cependant pas allé jusqu'à dire que dès lors qu'un mandataire de la Couronne se livre à des activités dans un domaine réglementé, il est réputé se soumettre à cette réglementation. Il affirme, aux pp. 1027 et 1028:

L'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations ne signifie pas que la Couronne se trouve visée par tous les régimes de réglementation qui se trouvent à s'appliquer à un état de choses particulier.

e.g., *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay), Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (Ont. H.C.), at p. 20, aff'd (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (Ont. C.A.)) had been thought by some to support the view that the Crown was bound by any regulatory scheme of sufficient scope, this approach was rejected by Laskin C.J. in the *P.W.A.* case (p. 69). The exception is not of such broad reach. Its application depends not upon the existence or breadth of a statutory scheme regulating an area of commerce or other activity, but, as noted earlier, upon the relationship or nexus between the benefit sought to be taken from a statutory or regulatory provision and the burdens attendant upon that benefit. The focus is not on the source of the rights and obligations but on their content, their interrelationship. As McNairn, *op. cit.*, puts it at pp. 11-12:

Reliance upon a statute may . . . be for such a limited purpose that the crown ought not, as a result, to be taken to have assumed the attendant burdens. Such is the case when a statute is resorted to for a purely defensive reason, for example to give notice under a registration scheme of the existence of a crown claim. The use of a statute in this way may be distinguished from active reliance to secure positive rights, the assumption of the burdens of a statute being a possible consequence only of the latter circumstance.

In his reasons in the case at bar, the Chief Justice has interpreted *Sparling v. Quebec* as requiring a strict nexus between the benefit obtained and the burden sought to be imposed before the benefit-burden doctrine will be applicable. In light of this interpretation, he has found that the benefit-burden doctrine cannot be applied against AGT. I agree that the nexus must be close but I would not go so far as to hold, as the Chief Justice seems to do, that for the benefit-burden doctrine to apply the burdens must constitute specific limitations on a specific benefit as, for example, where a specific limitation period is prescribed for the assertion of a particular right of action granted by the statute. Rather, it is my view that the burden-benefit doctrine can also apply when the Crown agent has engaged in a deliberate and sustained course of conduct through which it has benefited from a particular provision or provisions of a statute. In such circumstances the Crown

Quoique d'aucuns aient cru que certains anciens arrêts (voir, par exemple, *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay), Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (H.C. Ont.), à la p. 20, conf. (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (C.A. Ont.)) appuyaient la thèse selon laquelle la Couronne est liée par tout régime réglementaire d'une portée suffisamment large, le juge en chef Laskin a rejeté ce point de vue dans l'arrêt *P.W.A.* (p. 69). L'exception n'a pas une portée aussi grande. Son application ne dépend pas de l'existence ou de la portée d'un régime législatif régissant une branche du commerce ou une autre activité, mais, comme je l'ai déjà noté, elle dépend plutôt du rapport ou du lien entre l'avantage que l'on veut tirer d'une disposition légale ou réglementaire, et les obligations afférentes à ces avantages. On ne met pas l'accent sur la source des droits et des obligations, mais sur leur contenu, sur les rapports qui existent entre eux. Comme l'a dit McNairn, *op. cit.*, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] Le recours à une loi peut [...] viser une fin si limitée qu'il ne devrait pas, en conséquence, être présumé que la Couronne a assumé les obligations imposées par cette loi. Tel est le cas lorsque la Couronne recourt à une loi simplement pour se protéger, par exemple pour donner avis, en application d'un régime d'enregistrement, de l'existence d'une réclamation de la Couronne. Un tel recours à une loi peut se distinguer d'un recours actif visant l'obtention de droits positifs, l'imposition des obligations inhérentes à la loi étant une conséquence possible seulement dans le second cas.

Dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce, le Juge en chef a interprété l'arrêt *Sparling c. Québec* comme exigeant un lien étroit entre l'avantage reçu et l'obligation qu'on veut imposer, sans quoi l'exception fondée sur les avantages et les obligations ne joue pas. S'appuyant sur cette interprétation, il a conclu que l'exception ne s'applique pas à AGT. Je suis d'accord qu'il doit y avoir un lien étroit, mais je n'irais pas jusqu'à conclure, ainsi que semble le faire le Juge en chef, que l'exception fondée sur les avantages et les obligations n'est applicable que si les obligations constituent des restrictions précises apportées à un avantage précis, comme, par exemple, lorsqu'un délai particulier est prescrit pour faire valoir un droit particulier d'action conféré par la loi. J'estime plutôt que cette exception peut s'appliquer également lorsque le mandataire de la Couronne s'est livré volontairement et d'une manière soutenue à une conduite qui l'a fait bénéficier d'une ou de



agent cannot pick and choose the situations in which it wishes the legislation to apply. Rather, having made a conscious decision to take the benefits of the legislation, the Crown agent must also assume the related burdens.

I do not believe there is anything in La Forest J.'s reasons in *Sparling v. Quebec* to foreclose this broader approach to the benefit-burden doctrine. On the contrary, La Forest J. expressly rejected a submission made by the Caisse that it would have to have taken the benefit of a specific provision in the Act before any particular burden could be imposed upon it; see p. 1024. Nor do I feel constrained by La Forest J.'s admonition that the benefit-burden exception "does not result in subsuming the Crown under any and every regulatory scheme that happens to govern a particular state of affairs". Clearly, the fact that the Crown has taken advantage of a particular provision in a complex regulatory statute does not mean that it becomes bound by the entire statute, particularly if many of the other provisions of the statute are totally irrelevant to the benefit the Crown has taken. As La Forest J. emphasizes, the key is not the breadth of the statutory scheme but the "nexus between the benefit sought to be taken from a statutory or regulatory provision and the burdens attendant upon that benefit". This is what I understand to be the thrust of La Forest J.'s reasons in *Sparling v. Quebec* and that thrust is, in my view, quite consistent with my approach in the present appeal.

I believe, moreover, that the position I have articulated finds support in the case law which preceded *Sparling v. Quebec* although I must admit that the burden-benefit doctrine was not precisely articulated and defined prior to *Sparling v. Quebec*.

In *Attorney-General for British Columbia v. Royal Bank of Canada and Island Amusement Co.*, [1937] 1 W.W.R. 273, aff'd on other grounds by [1937] S.C.R. 459, the British Columbia Court of Appeal considered circumstances in which a

plusieurs dispositions d'une loi. En pareil cas, le mandataire de la Couronne ne peut choisir les situations dans lesquelles il veut que la loi s'applique. Au contraire, ayant consciemment décidé de recevoir les avantages découlant de la loi, il doit également assumer les obligations corrélatives.

Je ne crois pas que les motifs du juge La Forest dans l'affaire *Sparling c. Québec* excluent cette interprétation plus large de l'exception fondée sur les avantages et les obligations. Au contraire, le juge La Forest a expressément écarté un argument avancé par la Caisse, selon lequel il aurait fallu qu'elle bénéficie d'une disposition précise de la Loi pour qu'une obligation quelconque puisse lui être imposée; voir la p. 1024. D'autre part, je ne vois pas non plus de restriction à mon interprétation dans l'affirmation du juge La Forest que l'exception fondée sur les avantages et les obligations «ne signifie pas que la Couronne se trouve visée par tous les régimes de réglementation qui se trouvent à s'appliquer à un état de choses particulier». Visiblement, le fait que la Couronne s'est prévalu d'une disposition particulière d'une loi de réglementation complexe ne veut pas dire qu'elle devient assujettie à la loi au complet, surtout si un bon nombre des autres dispositions n'ont absolument aucun rapport avec l'avantage obtenu par la Couronne. Ainsi que le souligne le juge La Forest, ce qui importe n'est pas la portée du régime législatif, mais bien le «lien entre l'avantage que l'on veut tirer d'une disposition légale ou réglementaire, et les obligations afférentes à ces avantages». C'est là, selon moi, le sens des motifs du juge La Forest dans l'affaire *Sparling c. Québec*, sens que je crois parfaitement compatible avec le point de vue que j'adopte aux fins du présent pourvoi.

Je suis en outre d'avis que ma position est appuyée par la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Sparling c. Québec*, quoique je doive convenir que l'exception fondée sur les avantages et les obligations n'avait pas été clairement formulée et définie avant cet arrêt.

Dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Royal Bank of Canada and Island Amusement Co.*, [1937] 1 W.W.R. 273, conf. pour d'autres motifs par [1937] R.C.S. 459, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné les

company had been stricken off and later restored to the register of the provincial *Companies Act, 1929*, S.A. 1929, c. 14. The effect of this under the legislation was that the company was deemed never to have been struck off. However, during the actual time period within which the company had been struck off, the Crown had laid claim under the doctrine of *bona vacantia* to a fund which the company had deposited in a bank account. The Crown argued that the restorative provisions of *The Companies Act, 1929* could not bind it and as a result it was entitled to the fund. The court rejected this submission, holding that the Crown only became entitled to the fund because of the operation of the Act. This being the case, the Crown was bound by the provisions of the Act which allowed for the restoration of the company and specified the consequences of such restoration. Macdonald J.A., speaking for the majority, stated at p. 294:

It was solely because of a step taken under sec. 167 of the *Companies Act* that the fund reverted to the Crown. If on the proper construction of secs. 199 and 200 of the same Act it provides, either expressly or by implication, that upon revival of a company the fund must be restored to its coffers no rights are invaded at all. The Crown must invoke the Act (i.e., a step must be taken under it) to obtain any colour of right to the fund. It cannot rely on that part of the Act by which the right is acquired and ignore that part which (if its true construction warrants it) puts an end to a right temporarily enjoyed. The nature and extent of the right depends upon the wording of all relevant sections of the Act. [Emphasis added.]

In *Reid v. Canadian Farm Loan Board*, [1937] 4 D.L.R. 248 (Man. K.B.), Reid had executed two mortgages in favour of the federal Crown agent. He defaulted. The Crown agent sought to foreclose the mortgages, one pursuant to *The Real Property Act*, S.M. 1934, c. 38, and the other through the courts since it was executed prior to the enactment of the legislation. The federal Crown agent did not comply with *The Debt Adjustment Act, 1932*, S.M. 1932, c. 8, which required the mortgagee to obtain a certificate to continue foreclosure proceedings. The court ruled that the Crown agent

circstances dans lesquelles une société avait été radiée du registre des sociétés, puis réinscrite, en vertu de *The Companies Act, 1929*, S.A. 1929, chap. 14 de la province. Il en résultait, aux termes de la loi, que la radiation était réputée n'avoir jamais eu lieu. Toutefois, pendant le temps que la société était en fait radiée, la Couronne, invoquant le principe des biens vacants, avait réclamé des fonds déposés par la société dans un compte en banque. La Couronne soutenait qu'elle n'était pas liée par les dispositions de *The Companies Act, 1929* prévoyant la réinscription et que, par conséquent, elle avait droit aux fonds. La cour en rejetant cet argument a dit que tout droit que pouvait avoir la Couronne sur ces fonds ne lui revenait qu'en vertu de la Loi. La Couronne était donc liée par les dispositions de la Loi qui autorisaient la réinscription de la société et qui énonçaient les conséquences de cette réinscription. Le juge Macdonald, parlant au nom de la majorité en Cour d'appel, dit, à la p. 294:

[TRANSDUCTION] C'est uniquement par suite d'une mesure prise en vertu de l'art. 167 de la *Companies Act* que les fonds ont fait retour à la Couronne. Si les art. 199 et 200 de la même loi doivent s'interpréter comme prévoyant, expressément ou implicitement, la restitution des fonds à la société qui a été reconstituée, il n'y a aucune atteinte à quelque droit que ce soit. La Couronne doit invoquer la Loi (c.-à-d., elle doit prendre une mesure sous son régime) pour obtenir un droit quelconque sur les fonds. Elle ne saurait se prévaloir de la partie de la Loi qui est attributive du droit et en même temps faire abstraction de la partie qui (si cela est justifié d'après son sens véritable) éteint un droit dont on a eu temporairement la jouissance. La nature et la portée du droit dépendent du libellé de tous les articles pertinents de la Loi. [Je souligne.]

Dans *Reid v. Canadian Farm Loan Board*, [1937] 4 D.L.R. 248 (B.R. Man.), Reid avait consenti deux hypothèques à la mandataire de la Couronne fédérale. Il y a eu par la suite défaut de paiement. La mandataire de la Couronne a tenté de procéder à la forclusion, s'appuyant dans le cas d'une des hypothèques sur *The Real Property Act*, S.M. 1934, chap. 38, et s'adressant aux tribunaux dans le cas de l'autre parce qu'elle avait été consentie antérieurement à l'adoption de la loi. Or, la mandataire de la Couronne fédérale ne s'était pas conformée à *The Debt Adjustment Act, 1932*,

was obliged to comply with *The Debt Adjustment Act, 1932*. In the course of his reasons Dysart J. stated at pp. 252-53:

If the Board is above provincial mortgage laws, why does it recognize them on any point for any purpose? If it has power to choose the kind of security it may take for its loans, why does it not use those same powers to enforce those securities without resorting to provincial laws? The answer is obvious. And if the Board has to resort to provincial laws to enforce its securities, what is to justify it in attempting to reject part of those laws while claiming the benefit of other parts? None that I can see.

The argument that the Crown (Dominion) is not affected by the restrictions of the Manitoba *Debt Adjustment Act*, because not expressly made subject to that Act, is not available to the Board. The canon of construction here relied upon applies only to the Crown in its right of the jurisdiction which enacts the statutes—in this case in its right of Manitoba. In this field of legislative action, in its right of the Dominion of Canada it [*sic*] has no more right in Manitoba than it has in the right of any sister Province—all are “foreign” authorities in Manitoba’s legislative field.

In point of actual practice, the Board has always complied with provincial mortgage law. In this case it took as security mortgages which complied with all essential requirements imposed by Manitoba statutes and regulations and practice respecting the form and registration of the mortgages. When it sought to enforce these mortgages, it complied with all the provincial requirements as to practice and procedure up to a certain point, and then, when pressing for further remedies, it continued to comply with the requirements of the Land Titles Office and of the Court until it was met with this one requirement of a certificate from the Debt Adjustment Commission. Then, while refusing to comply on this single point with our laws, it demanded the benefit of them in all other respects for the enforcement of its securities. In my opinion, the Board was unjustified in such a course. It cannot blow hot and cold in the same breath; it should not be allowed to demand

S.M. 1932, chap. 8, qui imposait au créancier hypothécaire l’obligation d’obtenir un certificat afin de pouvoir aller de l’avant avec la forclusion. La cour a statué que la mandataire de la Couronne était tenue à l’observation de *The Debt Adjustment Act, 1932*. Dans ses motifs, le juge Dysart affirme, aux pp. 252 et 253:

[TRADUCTION] Si la Commission échappe à l’application des lois provinciales en matière hypothécaire, pourquoi reconnaît-elle celles-ci à quelque fin que ce soit? Si elle détient le pouvoir de choisir ce qu’elle acceptera comme garantie de ses prêts, pourquoi ne se sert-elle pas de ce même pouvoir pour faire exécuter ces garanties sans avoir recours aux lois provinciales? La réponse est évidente. Et si la Commission doit recourir aux lois provinciales pour faire exécuter ses garanties, qu’est-ce qui justifie qu’elle essaye de rejeter une partie de ces lois tout en prétendant bénéficier d’autres parties? Rien, à ce que je peux voir.

L’argument selon lequel les restrictions prévues par *The Debt Adjustment Act* du Manitoba ne s’appliquent pas à la Couronne (fédérale) parce qu’elle n’est pas expressément assujettie à cette loi et ne peut être soulevé par la Commission. Le principe d’interprétation invoquée ici s’applique uniquement à la Couronne du chef du gouvernement qui a adopté la loi en question—en l’occurrence, du chef du Manitoba. Dans ce champ d’activité législative, la Couronne du chef du Canada ne se trouve pas en meilleure position au Manitoba que la Couronne du chef d’une autre province—dans le champ législatif manitobain, la Couronne fédérale et la Couronne du chef des autres provinces sont des «étrangères».

Dans les faits, la Commission s’est toujours conformée aux règles de droit provinciales en matière hypothécaire. En l’espèce, elle s’est constituée une garantie sous la forme d’hypothèques qui respectaient toutes les exigences essentielles posées par les lois, les règlements et la pratique du Manitoba relativement à la forme et à l’enregistrement des hypothèques. Quand elle a essayé de faire exécuter ces hypothèques, elle a rempli jusqu’à un certain point chacune des exigences provinciales en ce qui concerne la pratique et la procédure et, en exerçant d’autres recours, elle a continué à respecter les exigences du bureau d’enregistrement des droits immobiliers et celles de la cour jusqu’à ce qu’elle se heurte à l’exigence de l’obtention d’un certificat de la Debt Adjustment Commission. Puis, tout en refusant de se conformer sous ce seul aspect à nos règles de droit, elle a demandé à en bénéficier à tous les autres égards aux fins de faire exécuter ses garanties. À mon avis, rien ne

the agreeable and reject the disagreeable portions of our law in its specific dealings, but must take them as they are, as a whole.

While I question the soundness of the second paragraph of the above quotation, this does not detract from Dysart J.'s other basis for holding the Crown bound by the Act. It appears very similar to the basis on which I approach the present appeal namely, that the Crown cannot "blow hot and cold in the same breath". Once the Crown undertakes a conscious and sustained course of conduct in order to derive a benefit from a piece of legislation it must also accept the burdens that pertain to the enjoyment of that benefit.

In *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118, the Ontario government had decided to run a government commuter train service near Toronto over a portion of the CNR's trackage. The CNR applied to the Commissioners to discontinue four of its trains in anticipation of an agreement with the government. The Commissioners approved the discontinuance but ruled that they had jurisdiction with respect to the tolls to be charged by the government on the commuter train service. The Crown submitted to this Court that it could not be bound by the terms of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, under which the Commissioners had asserted jurisdiction because of the wording of the former s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1952, c. 158. It read as follows:

16. No provision or enactment in any Act affects, in any manner whatsoever, the rights of Her Majesty, her heirs or successors, unless it is expressly stated therein that Her Majesty is bound thereby.

The Court held that the specific terms of the *Railway Act* which granted the Commissioners jurisdiction did not affect the rights of Her Majesty and therefore s. 16 did not apply. However, in coming to this conclusion the Court expressed

justifiait que la Commission agisse de la sorte. Elle ne peut pas jouer sur les deux tableaux. Il ne devrait pas lui être permis de revendiquer le bénéfice des parties avantageuses et de rejeter les parties désavantageuses de nos règles de droit, mais elle doit les prendre telles quelles et dans leur ensemble.

Quoique je doute de la justesse du deuxième paragraphe de ce passage, l'autre fondement de la conclusion du juge Dysart que la Couronne était assujettie à la Loi n'est pas moins valable pour autant. Ce fondement paraît fort semblable à la position que je prends dans le présent pourvoi, savoir que la Couronne ne peut «jouer sur les deux tableaux». Du moment que la Couronne adopte consciemment une certaine conduite et qu'elle persiste dans cette conduite afin de tirer un avantage d'un texte législatif donné, elle doit également accepter les obligations qui se rattachent à cet avantage.

Dans l'affaire *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118, le gouvernement de l'Ontario avait décidé d'offrir un service ferroviaire de banlieue près de Toronto sur une partie des voies du Canadien national. Le Canadien national a demandé aux commissaires l'autorisation d'interrompre quatre de ses services ferroviaires en prévision d'un accord avec le gouvernement. Les commissaires ont accédé à la demande mais ont dit avoir compétence relativement aux tarifs exigés par le gouvernement pour le service de banlieue. La Couronne a fait valoir en cette Cour que les dispositions de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, sur lesquelles les commissaires avaient fondé leur revendication de compétence ne s'appliquaient pas à elle en raison de l'ancien art. 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1952, chap. 158, art. 16, qui portait:

16. Nulle prescription ou disposition d'une loi n'affecte de quelque façon les droits de Sa Majesté, de ses héritiers ou de ses successeurs, à moins qu'il n'y soit formellement stipulé que Sa Majesté y est soumise.

La Cour a jugé que les dispositions particulières de la *Loi sur les chemins de fer* attributives de compétence aux commissaires ne touchaient pas les droits de Sa Majesté et qu'en conséquence l'art. 16 était inapplicable. Cette conclusion de la Cour a

itself in words akin to those used in relation to the subsequently articulated benefit-burden doctrine. The Court stated at p. 124:

Her Majesty in right of Ontario has, apart from an agreement in principle with the Canadian National Railways, no right to operate the Commuter Service and therefore no right to levy tolls for the carriage of passengers over part of the Canadian National Railways lines. Such rights as Ontario has are derived either from such agreement or from the *Railway Act* and therefore are subject to the conditions prescribed in that Act, one of these being that tolls are within the jurisdiction of the Board of Transport Commissioners.

In other words, since the Crown had obtained benefits or rights from the CNR pursuant to the legislation, it had to accept the burdens which accompanied them, including the supervisory jurisdiction of the Commissioners.

An instance in which it may be said that the court went too far in seeking to apply the benefit-burden doctrine is *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (Ont. H.C.), aff'd on this point by (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (Ont. C.A.) (The decision in the case was later disapproved in *Sparling v. Quebec*, at p. 1027). In that case the Bank of Montreal suffered a loss when a number of Bank of Canada notes were destroyed in a fire while they were being transported by another defendant. The Bank of Montreal sued the Bank of Canada on the basis of certain provisions of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1952, c. 15. The Bank of Canada relied upon s. 16 of the *Interpretation Act*. The Chambers Judge ruled that the Bank of Canada was not a Crown agent on the facts of the case. However, he also made the following comments at p. 20:

A further and probably more cogent reason why s. 16 of the *Interpretation Act* cannot be held to prevent the *Bills of Exchange Act* from applying to the Bank of Canada, lies in the provisions of the *Bank of Canada Act* itself as well as in the very nature of the daily operations of the Bank.

toutefois été exprimée en des termes analogues à ceux employés plus tard relativement à la théorie de la complémentarité des avantages et des obligations. La Cour dit, à la p. 124:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Sa Majesté du chef de l'Ontario n'a, si ce n'est en vertu d'un accord de principe avec le Canadien national, pas le droit d'exploiter un service de trains de banlieue ni, en conséquence, de percevoir un prix pour le transport de passagers sur une portion des lignes de chemins de fer du Canadien national. Les droits de l'Ontario découlent soit de cet accord, soit de la *Loi sur les chemins de fer* et il s'ensuit qu'ils sont soumis aux conditions qu'impose cette loi, dont l'une est que ce prix relève de la compétence de la Commission des transports.

En d'autres termes, comme la Couronne avait obtenu du Canadien national des avantages ou des droits en vertu de la loi, elle devait supporter les obligations qui les accompagnaient, y compris l'assujettissement à l'autorité des commissaires.

La décision *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (H.C. Ont.), conf. sur ce point par (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (C.A. Ont.), est un cas où l'on peut dire que la cour est allée trop loin pour appliquer la théorie de la complémentarité des avantages et des obligations. (Cette décision a par la suite été critiquée dans l'arrêt *Sparling c. Québec*, à la p. 1027.) Dans cette affaire, la Banque de Montréal avait subi une perte quand un grand nombre de billets de la Banque du Canada transportés par une autre partie défenderesse avaient été détruits par le feu. La Banque de Montréal a intenté à la Banque du Canada une action fondée sur certaines dispositions de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1952, chap. 15. La Banque du Canada pour sa part a invoqué l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*. Le juge en chambre a statué que la Banque du Canada, dans les circonstances, n'avait pas la qualité de mandataire de la Couronne. Il a ajouté toutefois, à la p. 20:

[TRADUCTION] De plus, les dispositions de la *Loi sur la Banque du Canada* elle-même ainsi que la nature même des activités quotidiennes de la Banque fournissent probablement une raison plus valable pour laquelle il est impossible de conclure que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* rend la *Loi sur les lettres de change* inapplicable à la Banque du Canada.

Subject to certain limitations as to amounts, kinds and maturities, s. 18 (rep. & sub. 1953-54, c. 33, s. 7; 1966-67, c. 88, s. 9), among many other things, specifically authorizes the Bank to buy and sell securities, promissory notes and bills of exchange, to make loans to various banks and banking institutions and to provincial Governments, as well as the federal Government, to buy and sell on the open market either inside or outside Canada, from or to any person: securities, bankers' acceptances, bills of exchange and other documents of commerce, with or without endorsements of chartered banks.

It would be completely incongruous to find that an institution, which many times each day, must necessarily rely on the provisions of the *Bills of Exchange Act* and with which institution members of the public, as well as banking institutions, are involved commercially, would not be subject to the provisions of that Act. Chaos and confusion would result and the Bank of Canada would be unable to properly carry out its functions. The provisions of s. 18 of the *Bank of Canada Act* do, in my view, render the Bank subject to the *Bills of Exchange Act* and, if s. 16 of the *Interpretation Act* did apply, these provisions would override its application.

In my view, the Chambers Judge in that case did not err in undertaking a form of benefit-burden analysis. He did, however, err in casting his net far too wide. It was improper for him to look at the unconnected day-to-day operations of the Bank of Canada and conclude that the Bank should be bound by the entire *Bills of Exchange Act*. Rather, he ought to have looked at those provisions of the Act from which the Bank of Canada made a conscious and sustained attempt to benefit and determine whether any of the Act's burdens were relevant to or attached to such benefits.

This somewhat cursory review of case law pre-dating *Sparling v. Quebec* is not intended to be exhaustive of the case law dealing with the burden-benefit doctrine. It does, however, illustrate that courts were in appropriate circumstances pre-*Sparling v. Quebec* willing to impose legislative burdens upon Crown agents when those burdens were relevant to benefits which the Crown had

Sauf certaines restrictions quant aux montants, aux types et aux échéances, la Banque peut, parmi la foule d'activités que l'art. 18 [abr. & rempl. 1953-54, chap. 33, art. 7; 1966-67, chap. 88, art. 9] l'autorise expressément à exercer, acheter et vendre des titres, des billets à ordre et des lettres de change, consentir des prêts à différentes banques et institutions bancaires, aux gouvernements provinciaux ainsi qu'au gouvernement fédéral et vendre et acheter à toute personne, sur le marché libre, au Canada ou à l'étranger, des valeurs mobilières, des acceptations de banquiers, des lettres de change et d'autres effets de commerce, avec ou sans l'endossement d'une banque à charte.

Il serait tout à fait illogique de conclure qu'une institution qui doit souvent dans le courant d'une journée se prévaloir des dispositions de la *Loi sur les lettres de change* et qui a des relations commerciales aussi bien avec le public qu'avec les institutions bancaires, échappe à l'application de cette loi. Cela susciterait chaos et confusion et la Banque du Canada se verrait dans l'impossibilité de bien remplir ses fonctions. Selon moi, les dispositions de l'art. 18 de la *Loi sur la Banque du Canada* assujettissent bien la Banque à la *Loi sur les lettres de change* et, dans l'hypothèse où l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* serait applicable, ces dispositions l'emporteraient sur l'art. 16.

À mon avis, ce n'est pas à tort que le juge en chambre dans cette affaire a procédé à une sorte d'analyse fondée sur les avantages et obligations. Il a toutefois commis une erreur en poussant trop loin cette analyse. En effet, il n'avait pas le droit d'examiner les activités quotidiennes non connexes de la Banque du Canada et d'en conclure que celle-ci devait être liée par la totalité des dispositions de la *Loi sur les lettres de change*. Il aurait fallu plutôt qu'il tienne compte des dispositions de la Loi dont la Banque du Canada a cherché consciemment et d'une manière soutenue à tirer avantage et qu'il détermine s'il y avait des obligations imposées par ladite loi qui se rapportaient aux avantages obtenus ou qui se rattachaient à ceux-ci.

Cette étude plutôt sommaire de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Sparling c. Québec* ne se veut pas un examen exhaustif des décisions relatives à la théorie de la complémentarité des avantages et des obligations. Elle sert cependant à illustrer la disposition des tribunaux, avant que cet arrêt ne soit rendu, à imposer, si les circonstances le justifiaient, des obligations légales aux mandataires de

derived from legislation through a deliberate course of conduct. With the exception of the *Bank of Montreal* case, all of the cases referred to are completely consistent with the judgment of this Court in *Sparling v. Quebec*. It remains to apply the principles identified to the circumstances of this case.

CNCP founded its application to the CRTC in part on s. 320(7) of the *Railway Act*. The subsection provides:

320. ...

(7) Whenever any company or any province, municipality or corporation, having authority to construct and operate, or to operate, a telephone system or line and to charge telephone tolls, whether such authority is derived from the Parliament of Canada or otherwise, is desirous of using any telephone system or line owned, controlled or operated by the company, in order to connect such telephone system or line with the telephone system or line operated or to be operated by such first mentioned company, or by such province, municipality or corporation for the purpose of obtaining direct communication, whenever required, between any telephone or telephone exchange on the one telephone system or line and any telephone or telephone exchange on the other telephone system or line, and cannot agree with the company with respect to obtaining such use, connection or communication, such first mentioned company or province, municipality or corporation may apply to the Commission for relief, and the Commission may order the company to provide for such use, connection or communication, upon such terms, including compensation if any, as the Commission deems just and expedient, and may order and direct how, when, where, by whom, and upon what terms and conditions such use, connection, or communication shall be had, constructed, installed, operated and maintained. [Emphasis added.]

The subsection essentially gives the CRTC jurisdiction to regulate the interconnection of telephone systems when one party refuses to agree to terms with another party which desires the interconnection. This provision clearly confers a benefit on the party seeking the interconnection and imposes a burden on the party resisting it since it removes

la Couronne lorsque ces obligations se rapportaient à des avantages que la Couronne avait tirés d'une loi par suite d'une conduite délibérée. À l'exception de l'affaire *Bank of Montreal*, toutes les décisions susmentionnées sont parfaitement compatibles avec l'arrêt *Sparling c. Québec* de cette Cour. Reste donc à appliquer aux faits de la présente instance les principes qui se dégagent de cette jurisprudence.

La demande qu'a présentée CNCP au CRTC reposait en partie sur le par. 320(7) de la *Loi sur les chemins de fer*, qui est ainsi conçu:

320. ...

(7) Chaque fois qu'une compagnie, une province, une municipalité ou une corporation qui a le pouvoir de construire et tenir en service, ou simplement de tenir en service un réseau ou une ligne téléphonique, et d'en exiger des taxes, que ce pouvoir lui vienne du Parlement du Canada ou d'ailleurs, désire utiliser quelque réseau ou ligne téléphonique possédée, contrôlée ou exploitée par la compagnie, afin de relier ce réseau ou cette ligne téléphonique au réseau ou à la ligne de téléphone exploité ou à exploiter par la compagnie en premier lieu mentionnée ou par cette province, municipalité ou corporation, de façon à obtenir une communication directe, au besoin, entre un téléphone ou un bureau central sur un réseau ou une ligne téléphonique, et un téléphone ou un bureau central sur l'autre réseau ou ligne téléphonique et qu'elle ne peut s'entendre avec cette compagnie pour obtenir ce privilège d'usage, ce raccordement ou cette communication, la compagnie en premier lieu mentionnée ou la province, municipalité ou corporation susdite peut s'adresser à la Commission pour qu'il soit remédié à son grief; et la Commission peut ordonner à cette compagnie de fournir ce raccordement, cette communication ou ce privilège d'usage à la condition, y compris une indemnité, s'il y a lieu, que la Commission juge juste et convenable, et peut ordonner de quelle manière, à quelle époque, à quel endroit, par qui et à quelles conditions ce privilège doit s'exercer, ou ce raccordement ou cette communication doit s'effectuer, s'installer, être utilisé et maintenu. [Je souligne.]

Ce paragraphe a essentiellement pour effet d'attribuer au CRTC compétence pour régler le raccordement de réseaux téléphoniques dans le cas où une partie refuse de s'entendre avec une autre partie qui désire le raccordement. De toute évidence, cette disposition confère un avantage à la partie qui cherche à obtenir le raccordement et

the matter from the parties in default of agreement and puts it in the hands of the CRTC. Given the existence of s. 16 of the *Interpretation Act*, the only way in which AGT, a provincial Crown agent, can be bound by this provision is if it has undertaken a deliberate and sustained course of conduct through which it has obtained a benefit from the operation of the legislation, a benefit which is related to the burden sought to be imposed.

What benefit, if any, has AGT received from the *Railway Act*? AGT has elected, of its own volition, to participate with several public and private sector entities in a national telecommunications network which also operates in the sphere of international telecommunications. The network first operated under the name "TransCanada Telephone System" and presently operates under the name "Telecom Canada". It must be kept in mind, however, that the network, as an unincorporated association, is nothing more than the sum of its constituent parts. Thus, although Telecom enters into agreements with other parties and in effect carries on business operations, it does so as agent for its constituent parts, one of them being AGT. As a result of the operation of s. 320(11) of the *Railway Act* Telecom was required to get CRTC approval for several agreements. Section 320(11) reads as follows:

320. ...

(11) All contracts, agreements and arrangements between the company and any other company, or any province, municipality or corporation having authority to construct or operate a telegraph or telephone system or line, whether such authority is derived from the Parliament of Canada or otherwise, for the regulation and interchange of telegraph or telephone messages or service passing to and from their respective telegraph or telephone systems and lines, or for the division or apportionment of telegraph or telephone tolls, or generally in relation to the management, working or operation of their respective telegraph or telephone systems or lines, or any of them, or any part thereof, or of any other systems or lines operated in connection with them or either of them, are subject to the approval of the Com-

impose une obligation à la partie qui s'y oppose parce que, du moment que les parties sont incapables d'en venir à une entente, le CRTC est saisi de l'affaire. Étant donné l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, AGT, une mandataire de la Couronne provinciale, ne peut être liée par la disposition en question que si elle a, par une conduite volontaire et soutenue, tiré un avantage de l'application de la loi, lequel avantage a un lien avec l'obligation qu'on veut lui imposer.

Quel avantage AGT a-t-elle reçu de la *Loi sur les chemins de fer*? AGT a décidé de son plein gré de participer avec plusieurs organismes des secteurs public et privé à un réseau national de télécommunications, dont les activités s'exercent également dans le domaine des télécommunications internationales. Ce réseau était d'abord connu sous le nom de «Réseau téléphonique transcanadien» mais s'appelle maintenant «Télécom Canada». Il ne faut cependant pas oublier que le réseau, étant une association non constituée en personne morale, n'est rien de plus que la somme de ses composantes. Donc, bien que Télécom conclue des accords avec d'autres parties et se livre en fait à des opérations commerciales, elle le fait en tant que mandataire de ses composantes, dont AGT. Suivant le par. 320(11) de la *Loi sur les chemins de fer*, Télécom était tenu d'obtenir l'approbation du CRTC pour plusieurs accords. Le paragraphe 320(11) dispose:

320. ...

(11) Tous les contrats, marchés et arrangements conclus entre la compagnie et une autre compagnie, ou une province, municipalité ou corporation qui possède le pouvoir de construire ou de tenir en service un réseau ou une ligne de téléphone ou de télégraphe, que ce pouvoir lui vienne du Parlement du Canada ou d'ailleurs, et visant la réglementation et l'échange de communications et de services télégraphiques ou téléphoniques entre leurs réseaux et lignes télégraphiques ou téléphoniques respectifs, ou la division ou répartition des taxes de télégraphe ou de téléphone, ou se rapportant d'une manière générale à l'administration, à l'exploitation ou à la mise en service de l'un ou de plusieurs de leurs réseaux ou de l'une ou de plusieurs de leurs lignes de télégraphe ou de téléphone respectives, en totalité ou en partie, ou d'autres réseaux ou lignes exploités en liaison avec les réseaux ou lignes susdits ou l'un ou l'autre desdits réseaux ou lignes, sont subordonnés à l'agrément



mission, and shall be submitted to and approved by the Commission before such contract, agreement or arrangement has any force or effect. [Emphasis added.]

Reed J. listed the agreements of which AGT was a part by virtue of its association with Trans-Canada Telephone Systems or Telecom Canada (1984), 15 D.L.R. (4th) 515, at pp. 545-46. She stated:

The agreements involving AGT which the CRTC has approved are: the 1971 TCTS interconnection and service agreement with the American Telephone and Telegraph Company (AT&T); the 1972 interconnection agreement between AGT and CNR and amendments thereto in 1973, 1976 and 1977; the TCTS interconnection and operating agreement of 1975 with Teleglobe; a 1979 agency agreement between all members of TCTS; the 1978 TCTS agreement with Telenet; the 1979 TCTS agreement with Tymnet; interim approval in 1983 of the TCTS agreement with the American Satellite Company; interim approval in 1983 of the TCTS agreement with MCI Telecommunications Corporation.

The 1976 TCTS "Connecting Agreement" itself did not initially receive approval. In 1977, the CRTC turned down Telesat's application for approval for that agreement (Telecom Decision CRTC 77-10). The CRTC's decision was based on a conclusion that approval would significantly prejudice regulatory control over Telesat's autonomy and create a non-competitive situation not in the public interest. The Governor-in-Council varied the CRTC decision by P.C. 1977-3152, essentially approving the "Connecting Agreement" as originally proposed by the members of TCTS. Again in 1981 the CRTC refused to approve certain aspects of an application dealing with increases and decreases in TCTS rates (Telecom decision CRTC 81-13). It was this non-approval which gave rise to the petition to the Governor-in-Council referred to several times above. This petition was signed by all members of TCTS. The Governor-in-Council varied the original CRTC decision by P.C. 1981-3456.

Although AGT was not the entity which made the formal applications, save in the case of the petition to the Governor-in-Council regarding rates, they were made by Telecom on its behalf as well as on behalf of the other participants. I do not see how in these circumstances AGT can take the position that it has not benefited along with the others from

de la Commission et doivent lui être soumis et être agréés par elle avant que lesdits contrats, marchés ou arrangements deviennent exécutoires. [Je souligne.]

Le juge Reed a dressé une liste des accords auxquels AGT était partie en raison de son association avec le Réseau téléphonique transcanadien ou Télécom Canada, [1985] 2 C.F. 472, aux pp. 496 et 497, (1984), 15 D.L.R. (4th) 515, aux pp. 545 et 546. Le juge Reed s'exprime ainsi:

Voici les accords impliquant AGT que le CRTC a approuvés: l'accord de service et de raccordement du RTT avec American Telephone and Telegraph Company (AT&T) de 1971; l'accord de raccordement de 1972 entre AGT et le Canadien national, modifié en 1973, 1976 et 1977; l'accord d'exploitation et de raccordement du RTT de 1975 avec Téléglobe; un contrat de mandat de 1979 intervenu entre tous les membres du RTT; l'accord du RTT de 1978 avec Telenet; l'accord du RTT de 1979 avec Tymnet; l'approbation provisoire en 1983 de l'accord du RTT avec American Satellite Company; l'approbation provisoire, en 1983 aussi, de l'accord du RTT avec MCI Telecommunications Corporation.

L'accord de raccordement du RTT de 1976 lui-même ne fut pas approuvé dans un premier temps. En 1977, le CRTC rejeta la demande d'approbation de cet accord présentée par Télésat (Décision Telecom, CRTC 77-10). La décision du CRTC reposait sur la conclusion que cette approbation aurait dangereusement porté atteinte au contrôle réglementaire de l'autonomie de Télésat et créé une situation de non-concurrence, laquelle n'était pas dans l'intérêt public. Le gouverneur en conseil modifia la décision du CRTC dans son décret C.P. 1977-3152, approuvant en substance l'accord de raccordement tel qu'initialement proposé par les membres du RTT. À nouveau, en 1981, le CRTC refusa d'approuver certains aspects d'une demande concernant certaines hausses et réductions des tarifs du RTT. (Décision Telecom, CRTC 81-13.) C'est ce refus qui donna lieu à la requête au gouverneur en conseil [présentée le 23 juillet 1981]. Cette requête fut signée par tous les membres du RTT. Le gouverneur en conseil révisa la décision initiale du CRTC dans son décret C.P. 1981-3456.

Bien qu'AGT n'ait pas été l'auteur des demandes, sauf dans le cadre de celle adressée au gouverneur en conseil relativement aux tarifs, Télécom les a présentées en son nom et au nom de tous les autres participants. Je vois mal dans ces circonstances comment AGT peut prétendre ne pas avoir toujours bénéficié, avec les autres, de l'approbation

the CRTC's approval of these agreements. The applications made under s. 320(11) should, in my view, be treated as if they had been made by the participating parties through their agent Telecom.

Moreover, the agreement between AGT and Canadian National Railways for the interconnection of systems between Alberta and the Northwest Territories also required and received CRTC approval pursuant to s. 320(11). Once more, although AGT was not the party which brought the application, the same reasoning seems to me to apply.

AGT undoubtedly received many benefits from CRTC's approval of the above-mentioned agreements. AGT was obviously anxious to maintain its membership in the network and be part of the business relationships which resulted. An example of the benefits AGT obtained from participation in the network is that AGT can deliver a complete national and international telecommunications service to its customers. This has undoubtedly resulted in increased revenue to AGT. Revenue has also been created through the distribution scheme adopted by the members of Telecom. Moreover, AGT has been able to share in the development of new technology and new marketing strategies with other Telecom members. These are but a few of the benefits which AGT has derived from the CRTC's approval of the agreements reached by the participants.

Thus, AGT has, in my view, engaged in a sustained course of conduct through which it has enjoyed the benefits and continues to enjoy the benefits derived from the submission of the agreements for CRTC approval under s. 320(11) of the *Railway Act* and the receipt of such approval. Chief among those benefits is that AGT has interconnected its system with several others to form a national and international telecommunications network. Are this and the other benefits which AGT has received sufficiently linked to the burdens which CNCP seeks to impose upon it? In my view they are. In my view, it would be quite improper to allow AGT and other Crown agents to

que le CRTC a donnée à ces accords. Je suis d'avis que les demandes faites en vertu du par. 320(11) doivent être considérées comme l'ayant été par les parties participantes, par l'intermédiaire de leur mandataire Télécom.

De plus, l'accord intervenu entre AGT et les Chemins de fer nationaux du Canada en vue du raccordement de réseaux entre l'Alberta et les Territoires du Nord-Ouest devait également être approuvé par le CRTC conformément au par. 320(11) et cette approbation a été accordée. Dans ce cas aussi, bien que ce ne soit pas AGT qui a présenté la demande, le même raisonnement me semble applicable.

AGT a certainement tiré de nombreux avantages de l'approbation que le CRTC a donnée aux accords susmentionnés. AGT désirait manifestement rester membre du réseau et faire partie des relations commerciales résultant de ce statut. Un exemple des avantages que rapportent à AGT sa participation au réseau est qu'elle se trouve en mesure d'offrir à ses clients un service complet de télécommunications nationales et internationales. Cela a sans aucun doute amené une augmentation des recettes d'AGT. Le système de distribution adopté par les membres de Télécom a également produit des gains. Qui plus est, AGT a pu participer avec les autres membres de Télécom au développement de nouvelles technologies et à l'élaboration de nouvelles stratégies commerciales. Voilà quelques-uns seulement des avantages qu'AGT a tirés de l'approbation donnée par le CRTC aux accords conclus par les participants.

J'estime en conséquence qu'AGT s'est livrée d'une manière soutenue à une conduite qui lui a permis de jouir et de continuer à jouir des avantages découlant du fait que les accords ont été soumis à l'approbation du CRTC en vertu du par. 320(11) de la *Loi sur les chemins de fer* et que cette approbation a été accordée. L'avantage principal pour AGT vient du raccordement de son réseau à plusieurs autres réseaux pour former un réseau national et international de télécommunications. Or, cet avantage et les autres qu'a reçus AGT présentent-ils un lien suffisant avec les obligations que CNCP cherche à lui imposer? Je crois que oui. Il ne conviendrait guère, à mon avis, de

pick and choose the circumstances in which they will allow the CRTC to regulate interconnections between themselves and other entities engaged in telecommunications particularly when those other entities cannot so choose. To do so would be to let AGT "blow hot and cold in the same breath". Having acceded to CRTC jurisdiction over interconnections in order to obtain the benefits of such interconnections, AGT must accede to CRTC jurisdiction for the attendant burdens associated with such interconnections.

Reed J. in the Federal Court Trial Division appeared reluctant to impose the benefit-burden doctrine upon AGT because CNCP was never a party to any of the consensual interconnection agreements into which AGT entered. I do not share this concern. AGT's willingness to receive the benefits of s. 320(11) was not confined to an isolated incident involving a specific transaction. Rather, AGT has deliberately engaged in a sustained course of conduct through which it has endeavoured to take advantage of the benefits of interconnection agreements which under the legislation required the approval of the CRTC. The nexus is not confined to an isolated and unrelated invocation of the statute. By seeking to obtain broadly based benefits AGT has, in my view, subjected itself to the statute's broadly based burdens. It is subject to the supervisory jurisdiction of the CRTC in the same way as the other participants in Telecom.

I have not dealt with the fact that if AGT is not subject to the regulatory control of the CRTC because of its status as an agent of the provincial Crown, then it is in a position to frustrate the operation of the network since in light of my finding it is not necessary for me to do so. I must say, however, that this provides in my mind substantial re-enforcement for the position I have taken. Nor have I discussed the fact that if AGT is not subject to the regulatory control of the CRTC with respect to its participation in the network, then it is not subject to any regulatory control since the network has been found to be an inter-

permettre à AGT et à d'autres mandataires de la Couronne de choisir à leur gré les circonstances dans lesquelles ils acceptent que le CRTC réglemente les raccordements entre eux et d'autres entités exerçant des activités dans le domaine des télécommunications, surtout lorsque ces autres entités ne peuvent faire de tels choix. Ce serait là permettre à AGT de «jouer sur les deux tableaux». Ayant accepté la compétence du CRTC relativement aux raccordements afin d'obtenir les avantages résultant de ceux-ci, AGT doit accepter sa compétence relativement aux obligations rattachées à ces raccordements.

Le juge Reed de la Division de première instance de la Cour fédérale semble avoir reculé devant l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations à AGT parce que CNCP n'a été partie à aucun des accords de raccordement conclus par AGT. Je n'ai pas la même réticence. Le désir d'AGT de bénéficier de l'application du par. 320(11) ne se bornait pas à un incident isolé survenu dans le cadre d'une opération précise. Au contraire, AGT s'est livrée volontairement et d'une manière soutenue à une conduite par laquelle elle a tenté de profiter des accords de raccordement qui, aux termes de la loi, devaient recevoir l'approbation du CRTC. Il ne s'agit pas ici d'un cas tout à fait isolé où l'on s'est prévalu de la loi. En essayant de se ménager des avantages de large portée, AGT, selon moi, s'est soumise aux obligations de large portée imposées par la loi. Elle relève en conséquence du contrôle du CRTC au même titre que les autres membres de Télécom.

Quant à l'argument voulant que si, en raison de sa qualité de mandataire de la Couronne provinciale, AGT échappe à toute réglementation de la part du CRTC, elle puisse alors faire échouer le réseau, je n'en traite pas parce que, compte tenu de la conclusion que j'ai tirée, cela n'est pas nécessaire. Je tiens toutefois à signaler qu'à mon avis cet argument étaye dans une grande mesure ma position. Je n'ai pas abordé non plus l'argument suivant lequel, si AGT échappe à toute réglementation de la part du CRTC à l'égard de sa participation au réseau, elle n'est donc soumise à aucune réglementation étant donné qu'il a été

provincial undertaking. This is obviously a practical rather than a legal consideration as far as the issue of AGT's being subject to the regulatory control of the CRTC is concerned.

I have not addressed either the desirability of a "commercial activity" exception to the doctrine of Crown immunity. It seems to me, however, that the rationale for such an exception in the international sphere obtains equally in the domestic sphere. I have serious doubts that the doctrine of Crown immunity, developed at a time when the role of government was perceived as a very narrow one, was ever intended to protect the Crown when it acted, not in its special role *qua* Crown, but in competition with other commercial entities in the market place. I leave this for another day.

I conclude that in the circumstances of this case AGT is precluded by its conduct from relying on s. 16 of the *Interpretation Act*. It follows that Reed J. erred in granting AGT a writ of prohibition. I would remit the matter back to the CRTC to deal with the s. 320(7) application on its merits. I would make no order as to costs.

*Appeal allowed, WILSON J. dissenting; the first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.*

*Solicitors for the appellant and for the intervener the Attorney General for Alberta: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

décidé que le réseau est une entreprise interprovinciale. Il est évident que c'est là une considération d'ordre pratique plutôt que juridique en ce qui concerne la question de l'assujettissement d'AGT à la réglementation imposée par le CRTC.

Je n'ai pas abordé non plus la question de savoir s'il serait souhaitable d'avoir une exception au principe de l'immunité de la Couronne qui serait fondée sur les «activités commerciales». Il me semble toutefois que la justification d'une telle exception au niveau international s'applique tout autant au niveau national. Je doute fort que la théorie de l'immunité de la Couronne, élaborée à une époque où le rôle du gouvernement était considéré comme très limité, ait jamais été destinée à protéger la Couronne quand elle agissait, non pas en sa qualité particulière de Couronne, mais en tant que concurrente d'autres entités commerciales sur le marché. Je remets à une autre occasion l'examen de cette question.

Je conclus que, dans les circonstances de la présente affaire, la conduite d'AGT vient l'empêcher d'invoquer l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*. Il s'ensuit que c'est à tort que le juge Reed a accordé à AGT un bref de prohibition. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire au CRTC pour qu'il statue au fond sur la demande fondée sur le par. 320(7). Je suis en outre d'avis de ne pas adjuger de dépens.

*Pourvoi accueilli, le juge WILSON est dissidente; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la seconde une réponse négative.*

*Procureurs de l'appelante et de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général, Ottawa.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Deputy Attorney General, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: The Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

*Solicitor for the respondent CNCP Telecommunications: Canadian Pacific Law Department, Montreal.*

*Solicitor for the respondent Canadian Radio-television and Telecommunications Commission: Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Hull.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le sous-procureur général, Fredericton.*

<sup>a</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

<sup>b</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

<sup>d</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'intimée Télécommunications CNCP: Le contentieux du Pacifique canadien, Montréal.*

<sup>f</sup> *Procureur de l'intimé Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes: Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Hull.*

**Alberta Government Telephones and the  
Attorney General for Alberta** *Appellants*

v.

**Canada Labour Relations Board, and  
International Brotherhood of Electrical  
Workers, Local Union 348** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of Quebec, the Attorney  
General of Nova Scotia, the Attorney General  
for New Brunswick, the Attorney General of  
Manitoba, the Attorney General of British  
Columbia, the Attorney General of Prince  
Edward Island, the Attorney General for  
Saskatchewan and the Attorney General of  
Newfoundland** *Interveners*

INDEXED AS: IBEW v. ALBERTA GOVERNMENT  
TELEPHONES

1987: November 12, 13; 1989: August 14.

File No.: 20301.

Present: Dickson C.J. and Beetz\*, Estey\*, McIntyre,  
Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest and  
L'Heureux-Dubé J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Constitutional law — Division of powers — Inter-  
provincial work or undertaking — Labour relations —  
Provincial telecommunications system found to be  
interprovincial undertaking under federal jurisdiction* —  
*Whether or not employees of system subject to  
regulatory jurisdiction of Canada Labour Relations  
Board — Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a) —  
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 108,  
109(1), (2), (3), (4), 124.*

*Crown — Immunity — Agent of provincial Crown  
operating interprovincial telecommunications system —  
Whether or not employees of provincial Crown agent  
subject to Canada Labour Relations Board — Inter-  
pretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.*

In February, 1986, the IBEW filed two applications  
with the Canada Labour Relations Board (CLRb) for

\*Beetz, Estey and Le Dain J.J. took no part in the judgment.

**Alberta Government Telephones et le  
procureur général de l'Alberta** *Appellants*

c.

<sup>a</sup> **Conseil canadien des relations du travail et  
Fraternité internationale des ouvriers en  
électricité, section locale 348** *Intimés*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur  
général du Québec, le procureur général de la  
Nouvelle-Écosse, le procureur général du  
Nouveau-Brunswick, le procureur général du  
Manitoba, le procureur général de la  
Colombie-Britannique, le procureur général  
de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur  
général de la Saskatchewan, et le procureur  
général de Terre-Neuve** *Intervenants*

<sup>d</sup> RÉPERTORIÉ: FIOE c. ALBERTA GOVERNMENT  
TELEPHONES

1987: 12, 13 novembre; 1989: 14 août.

<sup>e</sup> N° du greffe: 20301.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz\*,  
Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest  
et L'Heureux-Dubé J.J.

<sup>f</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —  
Ouvrage ou entreprise de nature interprovinciale —  
Relations de travail — Système provincial de télécom-  
munications déclaré entreprise interprovinciale soumise* <sup>g</sup>  
*à la compétence fédérale — Les employés de ce système  
relèvent-ils du pouvoir de réglementation du Conseil  
canadien des relations du travail? — Loi constitution-  
nelle de 1867, art. 92(10)a) — Code canadien du tra-  
vail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 108, 109(1), (2), (3),  
(4), 124.*

*Couronne — Immunité — Mandataire de la Cou-  
ronne provinciale exploitant un système interprovincial  
de télécommunications — Les employés de la manda-  
taire de la Couronne provinciale sont-ils assujettis au* <sup>i</sup>  
*Code canadien du travail? — Loi d'interprétation,  
S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.*

En février 1986, FIOE a présenté au Conseil canadien  
des relations du travail (CCRT) deux requêtes en accréd-

\*Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au  
jugement.

certification as bargaining agent for specific units of AGT employees pursuant to s. 124 of the *Canada Labour Code*. This action was taken after *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* had proceeded through the federal courts. The CLRB assumed jurisdiction over AGT after it found AGT to be subject to federal regulation and not immune from the application of the *Canada Labour Code*. The CLRB referred the matter of whether or not it had exceeded its jurisdiction to make these findings to the Federal Court of Appeal. That court upheld the CLRB's decisions. The constitutional questions before this Court queried (1) whether AGT was a work or undertaking within federal jurisdiction by virtue of s. 92(10)(a) or otherwise of the *Constitution Act, 1867*, and (2) if so, whether AGT was bound by the relevant provisions of the *Canada Labour Code*.

**Held:** The appeal should be allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

**Per** Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: For the reasons given in *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1989] 2 S.C.R. 225, AGT is an undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, and the first constitutional question must be answered in the affirmative.

The comprehensive scheme for the regulation of industrial relations by the Canada Labour Relations Board under Part V of the *Canada Labour Code* does not apply to AGT, even though it is a federal work or undertaking under s. 92(10)(a). Section 16 of the *Interpretation Act* applies to the provincial Crown and requires a clear Parliamentary expression of an intention to bind the Crown. This intention has not been clearly expressed with respect to AGT as agent of the Alberta Crown within the context of Part V and its application sections. The fact that Part V expressly excludes part of the federal Crown cannot ground an inference that Parliament clearly intended at the same time to bind the provincial Crown. The possible existence of a legal vacuum in labour legislation, arising out of the fact that provincial legislation is constitutionally inapplicable to a federal work or undertaking and that the provincial Crown is immune from the application of the *Canada Labour Code*, may be inconvenient or even undesirable

ditation comme agent négociateur de certaines unités d'employés de l'AGT conformément à l'art. 124 du *Code canadien du travail*. Cette mesure a été prise après que les divisions de première instance et d'appel de la Cour fédérale eurent jugé l'affaire connexe *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*. Le CCRT a exercé sa compétence à l'égard de l'AGT après avoir conclu que l'AGT était assujettie à la réglementation fédérale, mais qu'elle n'était pas soustraite à l'application du *Code canadien du travail*. Le CCRT a renvoyé à la Cour d'appel fédérale la question de savoir s'il avait outrepassé sa compétence en arrivant à ces conclusions. La Cour d'appel fédérale a confirmé les décisions du CCRT. Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont les suivantes: (1) AGT est-elle un ouvrage ou une entreprise qui relève de la compétence législative fédérale en vertu de l'al. 92(10)a) ou d'une autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*? et (2) si la réponse est affirmative, AGT est-elle liée par les dispositions pertinentes du *Code canadien du travail*?

**Arrêt:** Le pourvoi est accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la seconde une réponse négative.

**Le juge en chef** Dickson et les juges McIntyre, Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé: Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225, AGT est une entreprise assujettie à la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Le régime complet de réglementation des relations industrielles établi par le Conseil canadien des relations du travail en application de la partie V du *Code canadien du travail* ne s'applique pas à l'AGT, même si cette dernière est un ouvrage ou une entreprise de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a). L'article 16 de la *Loi d'interprétation* s'applique à la Couronne provinciale et il exige que le législateur exprime clairement son intention de lier la Couronne. Le Parlement n'a pas exprimé clairement, dans le contexte de la partie V et de ses dispositions d'application l'intention de lier l'AGT à titre de mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta. Le fait que la partie V exclut expressément une partie de la Couronne fédérale ne permet pas de déduire que le Parlement avait clairement l'intention de lier la Couronne provinciale. La possibilité d'un vide juridique dans la législation du travail parce que, sur le plan constitutionnel, la législation provinciale est inapplicable à un ouvrage ou entreprise de nature fédérale et parce que la

as a matter of operation or policy. However, until Parliament chooses to fill the vacuum with an express statement that gives effect to this concern, the role of the judiciary is only to determine if the legislation would be wholly frustrated should the Crown in right of a province be excluded from the relevant provisions of the statute. Part V of the Code would not be wholly frustrated if the provincial Crown were not bound by it.

AGT did not waive its immunity by taking advantage of a statutory benefit under the Code freed of the concomitant obligations. No connection or nexus could be drawn between AGT's activities and the relevant provisions of the Code. AGT exercised its power in a manner consistent with the statutory purposes of the *Alberta Government Telephones Act* when it entered into the various interconnecting agreements as a part of Telecom Canada. AGT did not lose its immunity by exceeding its statutory mandate.

*Per Wilson J.*: Alberta Government Telephones is an undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. However, AGT did not waive its immunity from the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board by simply exercising its powers to engage in a federal undertaking. No other conduct on the part of the appellant can be construed as constituting a waiver of its right to immunity.

#### Cases Cited

By Dickson C.J.

**Followed:** *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1989] 2 S.C.R. 225; **referred to:** *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61.

By Wilson J.

**Followed:** *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1989] 2 S.C.R. 225.

#### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, c. A-23.  
*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 108, 109(1), (2), (3), (4), 124.

Couronne provinciale est soustraite à l'application du *Code canadien du travail* peut se révéler peu commode ou même peu souhaitable sur la plan pratique ou théorique. Toutefois en attendant que le Parlement décide de combler ce vide par une déclaration expresse qui répond à cette préoccupation, le rôle des tribunaux judiciaires se limite à déterminer si la Loi serait privée de toute efficacité si la Couronne du chef d'une province était exclue des dispositions pertinentes de cette loi. Les fins de la partie V du Code ne seraient pas complètement déjouées si la Couronne provinciale n'était pas liée par celle-ci.

L'AGT n'a pas renoncé à invoquer l'immunité en se prévalant des avantages du Code sans assumer les obligations correspondantes. Il ne peut y avoir de rapport ni de lien entre les activités de l'AGT et les dispositions pertinentes du Code. L'AGT a exercé son pouvoir d'une façon compatible avec les objets de l'*Alberta Government Telephones Act* en concluant les divers accords de raccordement comme membre de Télécom Canada. L'AGT n'a pas perdu son immunité en excédant les limites de son mandat prévu par la loi.

*Le juge Wilson*: L'Alberta Government Telephones est une entreprise qui relève de la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois l'AGT n'a pas renoncé à son immunité en ce qui concerne la compétence du Conseil canadien des relations du travail par le simple exercice de son pouvoir de s'engager dans une entreprise fédérale. Rien dans la conduite de l'appelante ne peut être interprété comme une renonciation à son immunité.

#### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêt suivi:** *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. La Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61.

Citée par le juge Wilson

**Arrêt suivi:** *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225.

#### Lois et règlements cités

*Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, chap. A-23.  
*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 108, 109(1), (2), (3), (4), 124.



*Constitution Act, 1867*, s. 92(10)(a).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(4).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35.  
*Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1980, c. P-37.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal made on a reference under the *Federal Court Act* upholding the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board (1986), 13 CLRBR (NS) 313, 66 di 145. Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

*Colin K. Irving, John D. Rooke, Peter Hogg, Q.C.*, and *Franklin S. Gertler*, for the appellants.

*Eric A. Bowie, Q.C.*, and *Donald J. Rennie*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jean-Yves Bernard* and *Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Reinhold M. Endres*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Glenn McFetridge* and *Dianne Paskewitz*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*E. R. A. Edwards, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Roger B. Langille* and *Charles P. Thompson*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Robert G. Richards*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Ronald Stevenson*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

*Murray McGown*, for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 348.

*Ian Donald, Q.C.*, and *Judah Levinson*, for the respondent Canada Labour Relations Board.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(10)a).  
*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 28(4).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-35.  
*Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1980, chap. P-37.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, concernant un renvoi présenté en application de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui a confirmé la compétence du Conseil canadien des relations du travail (1986), 13 CLRBR (NS) 313, 66 di 145. Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde une réponse négative.

*Colin K. Irving, John D. Rooke, Peter Hogg, c.r.*, et *Franklin S. Gertler*, pour les appelants.

*Eric A. Bowie, c.r.*, et *Donald J. Rennie*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jean-Yves Bernard* et *Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Reinhold M. Endres*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Glenn McFetridge* et *Dianne Paskewitz*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*E. R. A. Edwards, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Roger B. Langille* et *Charles P. Thompson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Robert G. Richards*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Ronald Stevenson*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

*Murray McGown*, pour l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 348.

*Ian Donald, c.r.*, et *Judah Levinson*, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—

### I. Introduction

This appeal raises the same issues as were raised in the *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1989] 2 S.C.R. 225 (hereinafter *AGT v. CRTC*). These cases were heard together. The issues are, firstly, whether or not Alberta Government Telephones (hereinafter referred to as "AGT") is subject to the regulatory authority of the federal government as an interprovincial undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* and, secondly, whether AGT as a provincial Crown agent is immune from the relevant sections of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended.

### II. Facts

This appeal comes as a result of proceedings undertaken by the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 348 (hereinafter IBEW). In February 1986, IBEW filed two applications with the Canada Labour Relations Board (hereinafter CLRB) for certification as bargaining agent for specific units of AGT employees pursuant to s. 124 of the *Canada Labour Code*. This action was taken after the proceeding in the companion case had proceeded through the federal courts.

The evidence presented to the CLRB consisted almost entirely of excerpts from the evidence placed before the Federal Court, by way of affidavit, in the companion case. The only additional item of evidence I wish to refer to is a response made by AGT to a question stated in a letter from the Board. In the letter the Board asked, *inter alia*, for details on the process by which telephone rates are established for provincial, interprovincial and

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

a LE JUGE EN CHEF—

### I. Introduction

Les questions en litige dans le présent pourvoi sont identiques à celles soulevées dans le pourvoi *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225 (ci-après *AGT c. CRTC*). Les deux pourvois ont été entendus ensemble. Ces questions consistent à savoir premièrement si l'Alberta Government Telephones (ci-après appelée «AGT») est assujettie au pouvoir de réglementation du gouvernement fédéral en tant qu'entreprise interprovinciale au sens de l'al. 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, deuxièmement, si l'AGT en tant que mandataire de la Couronne provinciale est soustraite à l'application des articles pertinents du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et ses modifications.

### II. Les faits

Ce pourvoi résulte des procédures engagées par l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 348 (ci-après FIOE). En février 1986, la FIOE a présenté au Conseil canadien des relations du travail (ci-après CCRT), conformément à l'art. 124 du *Code canadien du travail*, deux requêtes en accréditation comme agent négociateur à l'égard de certaines unités d'employés de l'AGT. Cette mesure a été prise après que les divisions de première instance et d'appel de la Cour fédérale eurent rendu leur jugement dans l'affaire connexe.

Presque toute la preuve présentée devant le CCRT provenait d'extraits de la preuve produite par affidavit devant la Cour fédérale dans l'affaire connexe. Le seul autre élément de preuve que je tiens à mentionner est la réponse de l'AGT à une question posée dans une lettre du Conseil. Dans cette lettre, le Conseil demandait notamment des détails sur la façon de fixer les tarifs des appels téléphoniques locaux, interprovinciaux et interna-

international telephone rates. AGT's response is clear and may be reproduced in full:

Rates for services offered by AGT are fixed by AGT and as it relates to Basic Services (i.e. – non-competitive services) are approved by the Public Utilities Board of Alberta. Rates of Non-Basic Services (competitive services) are set by AGT without specific individual rate approval of the Public Utilities Board or any other authority (subject to AGT meeting certain tests prescribed by the Public Utilities Board).

All of the rates for inter-provincial services are established by AGT based upon negotiation and consultation with other provincial telephone companies in Canada. Often the rates are different in different directions as a result of lack of agreement or regulatory approval.

Rates for international telephone services, are dependent upon negotiations by AGT or its representatives within Telecom Canada conducted with Teleglobe Canada or directly with American carriers, although the final rate decision relevant thereto is made by AGT subject to approval of the Public Utilities Board of Alberta.

After leave to appeal was granted in this Court, the following constitutional questions were set:

1. Is Alberta Government Telephones a work or undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a) or otherwise of the *Constitution Act, 1867*?

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is Alberta Government Telephones bound by the relevant provisions of the *Canada Labour Code*?

### III. The First Constitutional Question - The Jurisdiction Issue

#### (a) *The Judgments Below*

##### (i) Canada Labour Relations Board

The Board relied heavily on the findings of fact made by Reed J. of the Federal Court, Trial Division, in the reasons she delivered in the companion case, now reported at [1985] 2 F.C. 472; (1984), 15 D.L.R. (4th) 515. Reed J.'s findings of constitutional facts were accepted by both sides as being accurate.

tionaux. La réponse de l'AGT est claire et peut être reproduite en entier:

[TRADUCTION] L'AGT fixe les tarifs des services qu'elle offre et s'il s'agit de services de base (c.-à-d. des services non concurrentiels) ils sont approuvés par le Public Utilities Board de l'Alberta. Les tarifs des services autres que de base (services concurrentiels) sont établis par l'AGT sans que le Public Utilities Board ou toute autre autorité n'approuvent spécifiquement chacun des tarifs (sous réserve du respect par l'AGT de certains critères prescrits par le Public Utilities Board).

L'AGT fixe les tarifs des services interprovinciaux après avoir négocié avec d'autres compagnies de téléphone au Canada et les avoir consultées. Il arrive souvent que les tarifs diffèrent selon les différentes directions en l'absence d'accord ou d'approbation réglementaire.

Les tarifs des services téléphoniques internationaux dépendent des négociations que l'AGT, ou ses représentants au sein de Téléglobe Canada, mènent avec Téléglobe Canada ou directement avec les entreprises de télécommunications américaines, bien que la décision finale quant aux tarifs soit prise par l'AGT sous réserve de l'approbation du Public Utilities Board de l'Alberta.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi et les questions constitutionnelles ont été formulées de la façon suivante:

1. L'Alberta Government Telephones est-elle un ouvrage ou une entreprise qui relève de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)a) ou d'une autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. En cas de réponse affirmative à la première question, l'Alberta Government Telephones est-elle liée par les dispositions pertinentes du *Code canadien du travail*?

### III. La première question constitutionnelle — La question de la compétence

#### h a) *Les décisions des tribunaux d'instance inférieure*

##### (i) Le Conseil canadien des relations du travail

Le Conseil s'est fortement appuyé sur les conclusions de fait que le juge Reed de la Division de première instance de la Cour fédérale a tirées dans les motifs de jugement qu'elle a rédigés relativement à l'affaire connexe et qui sont maintenant publiés à [1985] 2 C.F. 472, (1984), 15 D.L.R. (4th) 515. Les deux parties ont accepté comme exactes les constatations de faits décisifs sur le plan constitutionnel, effectuées par le juge Reed.

In *IBEW v. Alberta Government Telephones* (1986), 13 CLRBR (NS) 313, 66 di 145, the CLRB found that, even apart from the relationship with Telecom, AGT fell under federal jurisdiction (at p. 327):

AGT's undertaking is not only a connector between AGT and a neighbouring province, but also a through connector linking, e.g. British Columbia Telephone Company and Saskatchewan Telecommunications . . . . The direct connection to undertakings in other provinces is a fundamental feature of AGT's operations. Since not just a single province is involved, the constitution prescribes federal jurisdiction.

The Board explained that simple coordination among enterprises, for example, having a call routed from Calgary to St. John's, Newfoundland, would not be sufficient (at p. 328):

The telephone company would only be federal if (1) it were itself making connections between the provinces, or (2) it were part of a broader undertaking that is extraprovincial.

The Board found that AGT met the first test. The Board declined to deal with AGT's involvement in Telecom Canada although they agreed with Reed J. that the mere fact that Telecom Canada is not incorporated is not of "particular constitutional significance" (p. 329).

(ii) Federal Court of Appeal — Mahoney J. (Pratte and Heald JJ. concurring)

In the opinion of the Court, no meaningful distinction could be made between the circumstances of this reference by the CLRB and those of the appeal disposed of by the Court of Appeal in *AGT v. CRTC*. AGT was therefore seen to be an interprovincial undertaking.

(b) *Disposition of the Jurisdiction Issue*

For the reasons given in *AGT v. CRTC*, AGT is an undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a)

Dans la décision *FIOE c. Alberta Government Telephones* (1986), 13 CLRBR (NS) 313, 66 di 145, le CCRT a conclu que l'AGT relevait de la compétence fédérale, même en faisant abstraction de ses rapports avec Télécom (à la p. 157):

L'entreprise d'AGT ne consiste pas uniquement à raccorder AGT aux provinces voisines mais également à servir de lien de raccordement direct entre d'autres provinces, par exemple entre British Columbia Telephone Company et Saskatchewan Telecommunications [. . .] Le raccordement direct avec des entreprises situées dans d'autres provinces est une des caractéristiques fondamentales des activités d'AGT. Étant donné qu'il y a plus d'une province en présence, la Constitution prévoit que c'est le gouvernement fédéral qui a compétence.

Le Conseil a expliqué que la simple coordination des activités des entreprises pour, par exemple, acheminer un appel de Calgary à St. John's (Terre-Neuve), ne serait pas suffisante (à la p. 158):

La compagnie de téléphone ne sera une entreprise fédérale que dans l'un ou l'autre des cas suivants: (1) elle fait elle-même les raccordements entre les provinces; (2) elle fait partie d'une entreprise plus large qui est extra-provinciale.

Le Conseil a conclu que l'AGT respectait le premier critère. Le Conseil a refusé de traiter de la participation de l'AGT au sein de Télécom Canada bien qu'il ait partagé l'opinion du juge Reed que le simple fait que Télécom Canada ne soit pas constituée en personne morale «n'a aucune incidence sur le plan constitutionnel» (p. 159).

(ii) La Cour d'appel fédérale — Le juge Mahoney (aux motifs duquel ont souscrit les juges Pratte et Heald)

De l'avis de la cour, aucune distinction sérieuse ne pouvait être établie entre les circonstances de ce renvoi effectué par le CCRT et celles sur lesquelles avait statué la Cour d'appel dans l'arrêt *AGT c. CRTC*. Par conséquent, la cour a conclu que l'AGT était une entreprise interprovinciale.

b) *Conclusion quant à la question de la compétence*

Pour les motifs rendus dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, l'AGT est une entreprise qui relève du pouvoir législatif du Parlement du Canada en

of the *Constitution Act, 1867*, and the first constitutional question must be answered in the affirmative.

IV. The Second Constitutional Question — The Crown Immunity Issue

(a) *The Judgments Below*

(i) Canada Labour Relations Board

Upon finding AGT to be a federal work or undertaking, the Board stated that AGT would automatically be covered by Part V of the *Canada Labour Code* by virtue of s. 108 were it not for the Crown immunity argument. The Board found that Part V of the Code would not be frustrated if the Crown in right of a province were not bound. Nevertheless, under a “second branch” of the necessary implication doctrine, the text of the statute itself, could, in the Board’s view, remove Crown immunity even if no express reference were made to the Crown. The Board stated that s. 109 of the Code, which partly includes and partly excludes the federal Crown from Part V, shows a contrary intention to s. 16 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23. The Board held that the exclusion of the Crown in right of Canada under s. 109 implies the inclusion of the Crown in right of a province under s. 108. The Board concluded, therefore, that AGT was not immune from the application of the *Canada Labour Code*.

Alternatively, the Board agreed with the Federal Court of Appeal’s analysis in the *AGT v. CRTC* appeal that AGT, in operating a federal undertaking, stepped outside its Crown purposes thereby losing its immunity and becoming subject to Part V of the Code. As a result the CLRB assumed jurisdiction over AGT. The Board considered it appropriate to refer to the Federal Court of Appeal, under s. 28(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, the following two questions:

(1) Did the Canada Labour Relations Board err in its jurisdiction in concluding that Alberta Government

application de l’al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la première question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative.

a IV. La seconde question constitutionnelle — La question de l’immunité de la Couronne

a) *Les décisions des tribunaux d’instance inférieure*

b (i) Le Conseil canadien des relations du travail

Après avoir conclu que l’AGT était un ouvrage ou une entreprise de nature fédérale, le Conseil a affirmé que l’AGT serait automatiquement visée par la partie V du *Code canadien du travail* en vertu de l’art. 108, n’était-ce de l’argument fondé sur l’immunité de la Couronne. Le Conseil a conclu que la partie V du Code ne serait pas privée d’efficacité si la Couronne du chef d’une province n’était pas liée. Quoi qu’il en soit, en vertu du «deuxième volet» de la théorie de la déduction nécessaire, le Conseil était d’avis que le texte de loi lui-même pouvait écarter l’immunité de la Couronne même si la Couronne n’était pas mentionnée explicitement. Le Conseil a affirmé que l’art. 109 du Code, selon lequel la Couronne fédérale est partiellement visée et partiellement exclue de la partie V, démontre une intention contraire à l’art. 16 de la *Loi d’interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, fédérale. Le Conseil a jugé que l’exclusion de la Couronne du chef du Canada à l’art. 109 signifie l’inclusion de la Couronne du chef d’une province à l’art. 108. Le Conseil a donc conclu que l’AGT n’était pas soustraite à l’application du *Code canadien du travail*.

De façon subsidiaire, le Conseil s’est dit d’accord avec l’analyse de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *AGT c. CRTC* selon laquelle, en exploitant une entreprise fédérale, l’AGT a outrepassé ses fins comme mandataire de la Couronne et a ainsi perdu son immunité et est devenue assujettie à la partie V du Code. Le CCRT a donc exercé sa compétence à l’égard de l’AGT. Le Conseil a jugé opportun de renvoyer les deux questions suivantes devant la Cour d’appel fédérale, conformément au par. 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10:

(1) Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il commis une erreur portant sur la compétence lors-

Telephones falls within federal constitutional competence?

(2) Did the Canada Labour Relations Board err in its jurisdiction in concluding that Alberta Government Telephones' claim to Crown immunity does not take it outside the application of Part V of the *Canada Labour Code*?

(ii) Federal Court of Appeal — Mahoney J. (Pratte and Heald JJ. concurring)

On the second question, Mahoney J., writing for the Court, stated that no meaningful distinction could be drawn between the reference from the Canada Labour Relations Board and the *AGT v. CRTC* appeal. In his view AGT had lost its Crown immunity from the *Canada Labour Code* by operating a federal undertaking, thereby exceeding the Crown purposes for which it was created.

(b) *Is the Canada Labour Code Binding on the Crown?*

Once AGT is classified as a federal work or undertaking under s. 92(10)(a), the respondents contend that it falls within the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board under Part V of the *Canada Labour Code*, as amended by S.C. 1972, c. 18, which sets out a comprehensive scheme for the regulation of industrial relations. Section 108, the general application section for Part V provides:

108. This Part applies in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of the employers of all such employees in their relations with such employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of such employees or employers.

For the reasons given in *AGT v. CRTC*, s. 16 of the *Interpretation Act* applies to the provincial Crown. It is evident that s. 108 of the Code makes no express reference to the Crown as being bound thereto. Rather, Part V is made applicable gener-

qu'il a conclu que Alberta Government Telephones relève de la compétence constitutionnelle fédérale?

(2) Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il commis une erreur portant sur la compétence lorsqu'il a conclu que la revendication de l'immunité de la Couronne de la part de Alberta Government Telephones ne plaçait pas cet organisme au-delà du champ d'application de la partie V du *Code canadien du travail*?

(ii) La Cour d'appel fédérale — Le juge Mahoney (aux motifs duquel ont souscrit les juges Pratte et Heald)

En ce qui concerne la seconde question, le juge Mahoney, s'exprimant au nom de la cour, a affirmé qu'aucune distinction sérieuse ne pouvait être établie entre le renvoi adressé par le Conseil canadien des relations du travail et l'arrêt *AGT c. CRTC*. À son avis, en exploitant une entreprise de nature fédérale, l'AGT avait perdu le droit d'invoquer l'immunité de la Couronne contre l'application du *Code canadien du travail* et avait donc outrepassé les fins pour lesquelles elle avait été faite mandataire de la Couronne.

b) *La Couronne est-elle liée par le Code canadien du travail?*

Après avoir qualifié l'AGT d'ouvrage ou d'entreprise de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a), les intimés ont prétendu qu'elle relevait de la compétence du Conseil canadien des relations du travail en vertu de la partie V du *Code canadien du travail*, et modifié par S.C. 1972, chap. 18, qui établit un régime complet de réglementation des relations industrielles. L'article 108 qui porte sur le champ d'application général de la partie V prévoit:

108. La présente Partie s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, aux patrons de ces employés dans leurs rapports avec ces derniers, ainsi qu'aux organisations patronales groupant ces patrons et aux syndicats groupant ces employés.

Pour les raisons données dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* s'applique à la Couronne provinciale. Il est évident que l'art. 108 du Code ne mentionne pas expressément que la Couronne est liée par celui-ci. Il est dit

ally to "employees who are employed upon . . . the operation of any federal work, undertaking or business . . ." As was said in *AGT v. CRTC*, it is precisely against such general provisions that s. 16 of the *Interpretation Act* protects the Crown.

Section 109, a further application section for Part V of the Code, provides:

109. (1) This Part applies in respect of any corporation established to perform any function or duty on behalf of the Government of Canada and in respect of employees of any such corporation, except any such corporation, and the employees thereof, that the Governor in Council excludes from the operation of this Part.

(2) The Governor in Council may exclude from the operation of this Part only those corporations in respect of which a Minister of the Crown, the Treasury Board or the Governor in Council is authorized to establish or to approve some or all of the terms and conditions of employment of persons employed therein.

(3) Where the Governor in Council excludes any corporation from the operation of this Part, he shall, by order, add the name of that corporation to Part I or Part II of Schedule I to the *Public Service Staff Relations Act*.

(4) Except as provided by this section, this Part does not apply in respect of employment by Her Majesty in right of Canada.

By section 109(1), (2) and (3), the application of Part V to certain federal Crown corporations is extended (except those excluded by Governor in Council, and placed instead under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35), whether or not they operate a "federal work, undertaking or business". Section 109(4) excludes from Part V that part of the Crown not covered by s. 109(1), (2) and (3). It is clear that s. 109 does not mention or refer to employees of the provincial Crown; the reference in s. 109(1) is to "the Government of Canada", and the net effect of s. 109 is that the federal Crown is partly included and partly excluded. Therefore, AGT, as a provincial Crown agent, could only be covered by the general wording in s. 108, if bound in any way to Part V of the Code.

plutôt que la partie V s'applique généralement aux «employés dans le cadre d'une entreprise fédérale . . .» Comme on l'a affirmé dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, c'est précisément contre ce genre de dispositions générales que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* protège la Couronne.

L'article 109 qui porte aussi sur le champ d'application de la partie V du Code prévoit:

109. (1) La présente Partie s'applique à toute corporation établie pour accomplir quelque fonction pour le compte du gouvernement du Canada ainsi qu'aux employés d'une telle corporation. Elle ne s'applique pas à une corporation de ce genre que le gouverneur en conseil soustrait au régime de la présente Partie, ni à ses employés.

(2) Le gouverneur en conseil ne peut soustraire au régime de la présente Partie que les corporations relativement auxquelles un ministre de la Couronne, le conseil du Trésor ou le gouverneur en conseil est autorisé à établir ou à approuver la totalité ou une partie des conditions d'emploi des personnes qui y sont employées.

(3) Lorsque le gouverneur en conseil soustrait une corporation au régime de la présente Partie, il doit, par décret, ajouter le nom de cette corporation à la Partie I ou à la Partie II de l'annexe I de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.

(4) Hors les cas prévus au présent article, la présente Partie ne s'applique pas à l'égard des emplois au service de Sa Majesté du chef du Canada.

Les paragraphes 109(1) à (3) étendent l'application de la partie V à certaines sociétés d'État fédérales (à l'exception de celles que le gouverneur en conseil a exclues et qui relèvent plutôt de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-35), peu importe qu'elles exploitent ou non «un ouvrage ou une entreprise de nature fédérale». Le paragraphe 109(4) soustrait à l'application de la partie V ce qui, relativement à la Couronne, n'est pas visé par les par. 109(1) à (3). Il est clair que l'art. 109 ne mentionne pas les employés de la Couronne provinciale; au par. 109(1), il est fait mention du «gouvernement du Canada» et l'effet ultime de l'art. 109 est que la Couronne fédérale est en partie incluse et en partie exclue. Par conséquent, à titre de mandataire de la Couronne provinciale, l'AGT ne pourrait être visée que par le texte général de l'art. 108 si elle est liée de quelque manière par la partie V du Code.

In my opinion the express exclusion of part of the federal Crown under s. 109 of the Code offers little support for the view that Parliament intended agents of the Crown provincial to be bound under the general words of s. 108. Section 16 of the federal *Interpretation Act* makes federal enactments binding on the Crown (including the Crown provincial and the Crown in right of Canada) only to the extent that it is "therein mentioned or referred to" as being so bound. The authorities on s. 16 were reviewed in *AGT v. CRTC* and need not be repeated here. This Court concluded in *AGT v. CRTC* that the words "mentioned or referred to" in s. 16 are capable of encompassing (1) expressly binding words, (2) a clear intention to bind which is manifest from the very terms of the statute (in other words, an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions), and (3) an intention to bind where the purpose of the statute would be wholly frustrated if the government in question were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced.

To bind the Crown, an enactment normally must make an express mention of or reference to the fact that the Crown or "Her Majesty" is subject to the legislation. As this Court concluded in *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568, an express statement that the Crown is bound may be unnecessary (though it no doubt clarifies the matter as a matter of legislative drafting) in those limited situations where it can be said that "Her Majesty" may be "implicitly bound by legislation if that is the interpretation which the legislation must be given when it is placed in its context" (at p. 575, emphasis added). However, this Court has concluded in *AGT v. CRTC* that s. 16 requires a clear Parliamentary expression of an intention to bind the Crown. The relevant provisions of the enactment when considered in context must "mention or refer" to the Crown in a manner clearly conveying the intention to bind the Crown.

The explicit partial inclusion of federal employees under s. 109(1), (2) and (3) succeeds in

À mon avis, l'exclusion expresse d'une partie de la Couronne fédérale en vertu de l'art. 109 du Code offre peu d'appui à l'opinion selon laquelle le Parlement a voulu que les mandataires de la Couronne provinciale soient liés en vertu du texte général de l'art. 108. L'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale ne rend les lois fédérales applicables à la Couronne (tant provinciale que fédérale) que dans la mesure où il est «mentionné [...] ou prévu [...]» qu'elle sera liée. La jurisprudence relative à l'art. 16 a été examinée dans l'arrêt *AGT c. CRTC* et il n'est pas nécessaire de la reprendre ici. Dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, cette Cour a conclu que les termes «mentionnée ou prévue» contenus à l'art. 16 peuvent comprendre (1) des termes qui lient expressément la Couronne, (2) une intention claire de lier qui ressorte du texte même de la loi (en d'autres termes, une intention qui ressorte lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions), et (3) une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait privé de toute efficacité si le gouvernement en question n'était pas lié ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité).

Pour que la Couronne soit liée, un texte législatif doit normalement mentionner ou prévoir expressément que la Couronne ou «Sa Majesté» y est assujettie. Comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568, il n'est peut-être pas nécessaire de déclarer expressément que la Couronne est liée (bien qu'en matière de rédaction législative, cela ne laisserait plus place à aucun doute) dans les rares cas où l'on peut affirmer que «Sa Majesté» peut être implicitement liée par un texte législatif si telle est l'interprétation que ce texte doit recevoir lorsqu'il est replacé dans son contexte» (à la p. 575, je souligne). Cette Cour a cependant conclu, dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, que l'art. 16 exige que le Parlement exprime clairement son intention de lier la Couronne. Les dispositions pertinentes du texte législatif lorsqu'elles sont situées dans leur contexte doivent «mentionner» la Couronne d'une façon qui comporte clairement une intention de la lier.

L'inclusion partielle expresse des employés fédéraux aux par. 109(1) à (3) permet de réfuter la



rebutting s. 16's presumption of immunity for the mentioned areas. Given section 16, it was not necessary for Parliament to then go on in s. 109(4) and explicitly exclude the federal Crown in all other areas. Section 109(4) must therefore be viewed as a provision *ex abundanti cautela*, perhaps intended to make absolutely certain that the federal Crown is not caught by s. 108's general wording. Given section 109(4)'s purpose of making certain that the federal Crown is immune (except for s. 109(1), (2) and (3)), it can hardly be used to ground an inference that Parliament clearly intended at the same time to bind the provincial Crown. Parliament could easily have included provincial Crown employees as explicitly as it did for certain federal Crown employees in s. 109(1), (2) and (3). The provincial Crown cannot be prejudiced by the fact that Parliament did not demonstrate the same abundance of caution with respect to provincial Crown interests as with respect to federal Crown interests. The fact that Parliament may have been immediately concerned with protecting certain interests of the federal Crown (the Crown which Parliament is most concerned with) is as consistent with Parliament having no intention at all regarding the provincial Crown as with it having the intention to bind the provincial Crown. Unlike in *R. v. Ouellette*, *supra*, such a contextual interpretation of s. 108 cannot be said to reveal an intention manifest from the very terms of the statute. The principle of statutory construction, *expressio unius est exclusio alterius*, cannot lead to any implication that s. 108 covers provincial Crown employees in the face of the explicit rule of statutory construction in s. 16. A provision in a statute which excludes the federal Crown or part of the federal Crown does not, without much clearer contextual indicators, raise an inference that any other part of the Crown, in this case the provincial Crown, is intended to be bound: see *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61, at p. 68.

présomption d'immunité de l'art. 16 quant aux domaines mentionnés. Compte tenu de l'art. 16, il n'était plus nécessaire que le Parlement aille plus loin au par. 109(4) et qu'il exclue expressément la Couronne fédérale de tous les autres domaines. Il faut donc considérer le par. 109(4) comme une disposition prévue par surcroît de précautions, qui peut être destinée à assurer parfaitement que la Couronne fédérale ne soit pas visée par le texte général de l'art. 108. Compte tenu de l'objet du par. 109(4) qui est d'assurer l'immunité de la Couronne fédérale (sous réserve des par. 109(1) à (3)), on peut difficilement s'en servir pour déduire que le Parlement avait clairement l'intention de lier en même temps la Couronne provinciale. Le Parlement aurait pu facilement inclure les employés de la Couronne provinciale tout aussi explicitement qu'il l'a fait pour certains employés de la Couronne fédérale aux par. 109(1) à (3). La Couronne provinciale ne peut subir de préjudice du fait que le Parlement n'a pas fait preuve d'autant de prudence à l'égard des intérêts de la Couronne provinciale qu'à l'égard de ceux de la Couronne fédérale. Le fait que le Parlement a pu être directement intéressé à protéger certains intérêts de la Couronne fédérale (qui intéresse le plus le Parlement) est tout aussi compatible avec le fait qu'il n'ait manifesté aucune intention à l'égard de la Couronne provinciale qu'avec le fait qu'il a voulu la lier. Contrairement à l'arrêt *R. c. Ouellette*, précité, on ne peut affirmer que cette interprétation contextuelle de l'art. 108 révèle une volonté qui ressort du texte même de la loi. La règle d'interprétation législative selon laquelle la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre ne permet pas de déduire que l'art. 108 vise les employés de la Couronne provinciale en regard de la règle expresse d'interprétation des lois contenue à l'art. 16. Une disposition législative qui exclut la Couronne fédérale ou une partie de celle-ci ne permet pas de déduire, sans indication plus claire du contexte, qu'on avait l'intention que toute autre partie de la Couronne, en l'espèce la Couronne provinciale, soit liée: voir *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. La Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, à la p. 68.

It was also submitted that the whole of the provincial Crown must implicitly be "mentioned or referred to" in the general application section, s. 108, because otherwise a legal vacuum would exist in labour legislation. Provincial labour regulation would be inapplicable to AGT employees as a matter of constitutional law and federal legislation would be inapplicable due to immunity of the Crown arising as a matter of statutory interpretation. Assuming the correctness of this submission, the gap created by Parliament's failure to bind the provincial Crown in the Code may be inconvenient or even undesirable as a matter of operation or policy, but until Parliament chooses to fill the vacuum with an express statement that gives effect to this concern, the role of the judiciary is only to determine if the legislation would be wholly frustrated should the Crown in right of a province be excluded from the relevant provisions of the statute. Any suggestion that the purposes of Part V of the Code would be wholly frustrated should the provincial Crown not be bound thereto must be rejected. The vast majority of employees of federal undertakings would continue to be covered by Part V of the Code despite the immunity of the Crown in right of the provinces therefrom.

Therefore, Parliament has failed to express a clear legislative intention within the context of Part V and its application sections to bind AGT as agent of the Crown in right of Alberta. AGT is immune from the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board, unless it has lost its immunity by virtue of its conduct, an inquiry to which I now turn.

(c) *Has AGT Lost its Entitlement to Crown Immunity by Virtue of its Conduct?*

(i) Did AGT Lose its Immunity by Virtue of the Doctrine of Waiver?

No suggestion was made before this Court that AGT waived its claim to immunity by taking advantage of a statutory benefit under the Code freed of the concomitant obligations attached thereto. In any case, it is clear that no connection

On a également soutenu que la Couronne provinciale tout entière doit être implicitement «mentionnée ou prévue» à l'article d'application générale, l'art. 108, sinon il y aurait un vide juridique dans la législation en matière de travail. Sur le plan du droit constitutionnel, la réglementation provinciale en matière de travail serait inapplicable aux employés de l'AGT et, sur le plan de l'interprétation législative, la législation fédérale serait inapplicable en raison de l'immunité de la Couronne. La lacune créée par l'omission du Parlement de lier la Couronne provinciale dans le Code peut se révéler peu commode ou même peu souhaitable sur le plan pratique ou théorique, mais en attendant que le Parlement décide de combler le vide par une déclaration expresse qui réponde à cette préoccupation, le rôle des tribunaux judiciaires se limite à déterminer si la Loi serait privée de toute efficacité si la Couronne du chef d'une province était exclue des dispositions pertinentes de cette loi. Il faut rejeter toute idée que les fins de la partie V du Code seraient complètement déjouées si la Couronne provinciale n'était pas liée par celle-ci. La très grande majorité des employés d'entreprises fédérales continuerait d'être visée par la partie V du Code même si la Couronne du chef des provinces était soustraite à son application.

Par conséquent, le Parlement n'a pas exprimé clairement, dans le contexte de la partie V et de ses dispositions d'application, l'intention de lier l'AGT à titre de mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta. L'AGT est soustraite à la compétence du Conseil canadien des relations du travail sauf si elle a perdu son immunité en raison de sa conduite, une question sur laquelle mon examen va maintenant porter.

(c) *L'AGT a-t-elle perdu le droit d'invoquer l'immunité de la Couronne en raison de sa conduite?*

(i) L'AGT a-t-elle perdu son immunité en application de la théorie de la renonciation?

Personne n'a laissé entendre devant cette Cour que l'AGT a renoncé à invoquer l'immunité en se prévalant des avantages du Code sans assumer les obligations correspondantes. Quoi qu'il en soit, il est clair qu'il ne peut y avoir de rapport ni de lien

or nexus can be drawn between AGT's activities and the relevant provisions of the Code. AGT has therefore not lost its immunity by operation of the doctrine of waiver: for a discussion of the doctrine, see *AGT v. CRTC*.

(ii) Did AGT Lose its Immunity by Exceeding its Statutory Mandate or Crown Purposes?

The Attorney General of Canada and the respondents submitted that AGT lost its immunity by exercising its powers to operate a federal undertaking, thereby exceeding the authority granted to it under the *Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, c. A-23?

The argument is based on the assumption that the Alberta legislature in creating AGT, intended to establish an intraprovincial undertaking regulable only under the provincial *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1980, c. P-37. For the reasons given in *AGT v. CRTC*, a provincial Crown agent does not automatically lose its immunity by entering into the domain of federal regulation so long as it continues to confine its activities within its statutory mandate. Immunity of the provincial Crown agent would, of course, be lost if the operation of a federal undertaking resulted in the legislation establishing that agent's powers to be *ultra vires* provincial jurisdiction. However, before this Court the *vires* of the *Alberta Government Telephones Act* was not questioned by any of the parties. This Court concluded in the *AGT v. CRTC* decision that by entering into the various interconnecting agreements as a part of Telecom, AGT exercised its power in a manner consistent with the statutory purposes of the *Alberta Government Telephones Act*. This conclusion is directly applicable to the case at bar. Therefore, it cannot be said that AGT lost its immunity by exceeding its statutory mandate.

(iii) Did AGT Lose its Immunity by Virtue of Being a Commercial Enterprise?

For the reasons given in *AGT v. CRTC*, there is no "commercial activities" exception to s. 16.

entre les activités de l'AGT et les dispositions pertinentes du Code. L'AGT n'a donc pas perdu son immunité en application de la théorie de la renonciation: pour une analyse de cette théorie, voir l'arrêt *AGT c. CRTC*.

(ii) L'AGT a-t-elle perdu son immunité en outrepassant son mandat prévu par la loi ou ses fins comme mandataire de la Couronne?

Le procureur général du Canada et les intimés ont soutenu qu'en exerçant ses pouvoirs d'exploiter une entreprise fédérale l'AGT a perdu son immunité parce qu'elle aurait alors excédé les limites du mandat que lui attribue l'*Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, chap. A-23.

Cet argument se fonde sur l'hypothèse qu'en créant l'AGT la législature albertaine a voulu établir une entreprise locale qui ne pourrait être régie qu'en vertu de la *Public Utilities Board Act* de la province, R.S.A. 1980, chap. P-37. Pour les raisons exposées dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, un mandataire de la Couronne provinciale ne perd pas automatiquement son immunité en s'immisçant dans un domaine de réglementation fédérale dans la mesure où ses activités respectent les limites de son mandat prévu par la loi. Il va sans dire que le mandataire de la Couronne provinciale perdrait son immunité si l'exploitation d'une entreprise de nature fédérale faisait en sorte que la loi qui lui confère ses pouvoirs outrepasserait la compétence de la province. Aucune partie n'a cependant contesté devant cette Cour la constitutionnalité de l'*Alberta Government Telephones Act*. Cette Cour a jugé, dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, qu'en concluant les divers accords de raccordement comme membre de Télécom, l'AGT a exercé son pouvoir d'une façon compatible avec les objets de l'*Alberta Government Telephones Act*. Cette conclusion s'applique directement en l'espèce. Par conséquent, on ne peut affirmer que l'AGT a perdu son immunité en excédant les limites de son mandat prévu par la loi.

(iii) L'AGT a-t-elle perdu son immunité parce qu'elle est une entreprise commerciale?

Pour les motifs rendus dans l'arrêt *AGT c. CRTC*, l'art. 16 ne comporte aucune exception applicable aux «activités commerciales».

(d) *Disposition of Immunity Issue*

For all the above reasons, AGT is immune from the Canada Labour Relations Board's jurisdiction to consider the two applications for certification of units of employees of AGT under s. 124 of the *Canada Labour Code*.

V. Over-all Disposition of Appeal

The appeal is allowed and the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside. The two constitutional questions are answered as follows:

1. Is Alberta Government Telephones a work or undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a) or otherwise of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative is Alberta Government Telephones bound by the relevant provisions of the *Canada Labour Code*?

Answer: No.

There will be no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I am in complete agreement with the Chief Justice for the reasons given by him in *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission*, [1989] 2 S.C.R. 225 (hereinafter *AGT v. CRTC*) that Alberta Government Telephones ("AGT") is an undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. However, as expressed in my dissenting reasons in that case, I do not share the Chief Justice's view that AGT enjoys Crown immunity from the supervisory control of the CRTC. I must now consider whether it enjoys Crown immunity from the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board.

I can find no basis comparable to that existing in *AGT v. CRTC* on which it can be said that AGT waived its immunity from the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board nor was any advanced to the Court. I do not believe that simply

d) *Conclusion quant à la question de l'immunité*

Pour tous les motifs qui précèdent, l'AGT est soustraite au pouvoir du Conseil canadien des relations du travail d'examiner les deux requêtes en accréditation relatives à des unités d'employés de l'AGT, présentées en vertu de l'art. 124 du *Code canadien du travail*.

b V. Décision globale quant au pourvoi

Le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé. Les deux questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. L'Alberta Government Telephones est-elle un ouvrage ou une entreprise qui relève de la compétence législative que possède le Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)a) ou d'une autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

d. Réponse: Oui.

2. En cas de réponse affirmative à la première question, l'Alberta Government Telephones est-elle liée par les dispositions pertinentes du *Code canadien du travail*?

Réponse: Non.

e Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je souscris entièrement aux raisons qui ont amené le Juge en chef, dans le pourvoi *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225 (ci-après *AGT c. CRTC*), à la conclusion qu'Alberta Government Telephones («AGT») est une entreprise qui relève de la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, comme je l'ai dit dans mes motifs de dissidence dans cette affaire, je ne partage pas l'avis du Juge en chef que l'immunité de la Couronne met AGT à l'abri de tout contrôle exercé par le CRTC. Je dois donc examiner maintenant si l'immunité de la Couronne i la soustrait à la compétence du Conseil canadien des relations du travail.

Je ne puis trouver aucune raison comparable à celle existant dans l'affaire *AGT c. CRTC* qui permettrait de conclure qu'AGT a renoncé à son immunité en ce qui concerne l'assujettissement au pouvoir du Conseil canadien des relations du tra-

by exercising its powers to engage in a federal undertaking it lost its immunity. Nor am I prepared to find at this stage that it lost its immunity by engaging in a purely commercial enterprise although, as mentioned in my dissenting reasons in *AGT v. CRTC*, I think this is a matter which would merit the attention of the full Court on a future occasion.

I would dispose of the appeal and answer the constitutional questions in the manner suggested by the Chief Justice.

*Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.*

*Solicitors for the appellants: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Deputy Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: The Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

vail et aucune n'a été avancée en cette Cour. Je ne crois pas que le simple exercice de son pouvoir de s'engager dans une entreprise fédérale lui ait fait perdre son immunité. De plus, je ne suis pas prête à conclure à ce stade qu'elle a perdu cette immunité en exploitant une entreprise purement commerciale, bien que, comme je l'ai signalé dans mes motifs de dissidence dans *AGT c. CRTC*, j'estime qu'il s'agit là d'une question qui mérite d'être étudiée par la Cour au complet à une occasion future.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par le Juge en chef.

*Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la seconde une réponse négative.*

*Procureurs des appelants: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le sous-procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

*Solicitors for the respondent Canada Labour Relations Board: Rankin and Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 348: McGown, Johnson, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

<sup>a</sup> *Procureurs de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Rankin and Company, Vancouver.*

<sup>b</sup> *Procureurs de l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 348: McGown, Johnson, Calgary.*

**IN THE MATTER s. 13 of Part I of *The Judicature Act, 1986, c. 42, S.N. 1986;***

**IN THE MATTER OF ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983, c. 48, S.N. 1983;***

**AND IN THE MATTER OF a Reference of the Lieutenant-Governor in Council to the Court of Appeal for its hearing, consideration and opinion on the constitutional validity of ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983.***

INDEXED AS: REFERENCE RE WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983 (NFLD.) (APPLICATION TO INTERVENE)

File No.: 20697.

1988: December 7; 1989: February 13.

Present: Sopinka J.

MOTION FOR LEAVE TO INTERVENE

*Practice — Application to intervene — Applicant contesting constitutionality of similar provisions in another province — Attorney General of that province intervening as of right — Factors to be considered in according individual right to intervene — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 55(4) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 18(3)(a), (c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Constitution Act, 1982, s. 52(2) — Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34 — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437, ss. 10, 11.*

The Attorney General of Newfoundland presented a reference to the Newfoundland Court of Appeal on the issue of the constitutionality of ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983* which provided that the right of compensation for injuries arising in the course of a worker's employment was limited to that specifically provided for by the Act. An injured worker, who brought a challenge of similar provisions in British Columbia, applied to intervene pursuant to Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*. At issue is whether this application satisfied the requirements of Rule 18(3)(a) and (c) that the intervener have an interest and that the intervener's submissions be useful and different from those of the other parties.

**DANS L'AFFAIRE de l'art. 13 de la partie I de *The Judicature Act, 1986, chap. 42, S.N. 1986;***

**DANS L'AFFAIRE des art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983, chap. 48, S.N. 1983;***

**ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé par le lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel sur la constitutionnalité des art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983.***

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: RENOVI: WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983 (T.-N.) (DEMANDE D'INTERVENTION)

N° du greffe: 20697.

<sup>d</sup> 1988: 7 décembre; 1989: 13 février.

Présent: Le juge Sopinka.

REQUÊTE EN AUTORISATION D'INTERVENTION

<sup>e</sup> *Pratique — Demande d'intervention — Contestation par le requérant de la constitutionnalité de dispositions semblables dans une autre province — Intervention de plein droit du procureur général de cette province — Facteurs à considérer pour accorder à un individu le droit d'intervenir — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 55(4) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18(3)a, c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(2) — Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34 — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437, art. 10, 11.*

Le procureur général de Terre-Neuve a adressé un renvoi à la Cour d'appel de Terre-Neuve sur la constitutionnalité des art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983*, qui prévoient que le droit à une indemnité pour les blessures subies par un travailleur dans l'exercice de ses fonctions est limité à ce que la Loi prévoit expressément. Une personne qui a subi des blessures et qui conteste des dispositions semblables en Colombie-Britannique a demandé l'autorisation d'intervenir conformément à l'art. 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada*. La question est de savoir si cette requête satisfait aux exigences des al. 18(3)a) et c) des Règles selon lesquelles l'intervenant doit avoir un intérêt et présenter des allégations utiles et différentes de celles des autres parties.

*Held:* The motion for leave to intervene should be allowed.

Involvement in a similar case may satisfy the criterion that there be an interest in the litigation. "Any interest" extends to an interest in the outcome of an appeal when the determination of a legal issue in that appeal will be binding on other pending litigation to which the applicant is a party. Some courts, however, have declined to exercise their discretion to grant this status on the basis of similar interest alone. Here, the aura of unfairness about a party in litigation, which involved similar issues, facing an opponent who has the right to intervene in this appeal should be remedied by granting the motion to intervene absent other criteria dictating a contrary conclusion.

That other counsel would argue the constitutional issues was not a disqualifying factor. An applicant who has a history of involvement in the issue may have an expertise which can shed fresh light or provide new information on the matter.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373; *Norcan Ltd. v. Lebrock*, [1969] S.C.R. 665; *Solosky v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 609; *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 28 O.R. (2d) 764; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(2).  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, s. 18 (a), (c).  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 55(4).  
*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437, ss. 10, 11.  
*Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34.

#### Authors Cited

Crane, Brian. *Practice and Advocacy in the Supreme Court*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983.

MOTION for leave to intervene in an appeal from an opinion pronounced by the Newfoundland

*Arrêt:* La demande d'autorisation d'intervenir est accueillie.

Le fait d'être dans une situation semblable peut satisfaire au critère de l'existence d'un intérêt dans le litige. L'expression «tout intérêt» vise un intérêt dans l'issue d'un pourvoi si la réponse donnée à la question de droit soumise doit s'appliquer à un autre litige en cours auquel le requérant est partie. Certains tribunaux ont cependant refusé d'exercer leur pouvoir discrétionnaire d'accorder ce statut sur le seul fondement d'un intérêt semblable. En l'espèce, il faut dissiper l'impression d'injustice que subirait la partie dont le litige comporte des questions semblables et dont l'adversaire a le droit d'intervenir dans ce pourvoi en accueillant la demande d'intervention, en l'absence d'autres critères dictant une conclusion contraire.

Le fait qu'un autre avocat débattrait les questions constitutionnelles en litige ne contribue pas à faire perdre qualité pour agir. Le requérant qui a fait face à la question peut avoir acquis une connaissance approfondie qui puisse lui permettre d'apporter un point de vue nouveau ou de fournir des renseignements supplémentaires à son sujet.

#### e Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373; *Norcan Ltd. v. Lebrock*, [1969] R.C.S. 665; *Solosky c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 609; *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 28 O.R. (2d) 764; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(2).  
*Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 55(4).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 18a), c).  
*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 437, art. 10, 11.  
*Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34.

#### i Doctrine citée

Crane, Brian. *Practice and Advocacy in the Supreme Court*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983.

REQUÊTE en autorisation d'intervention dans un pourvoi formé contre une opinion prononcée



Court of Appeal<sup>1</sup> (1988), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16, 44 D.L.R. 501, on a reference to determine the constitutional validity of ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983*. Motion granted.

*D. Geoffrey Cowper*, for the applicant.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the respondent.

The following are the reasons for the Order delivered by

SOPINKA J.—This application to intervene arises in an appeal from a reference which was directed to the Newfoundland Court of Appeal by the Newfoundland Lieutenant-Governor in Council (*Reference re Validity of Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, 1983* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501 (Nfld. C.A.)) The reference has its roots in the case of *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373 (Nfld. S.C.T.D.) Samuel Piercey was an employee of General Bakeries Ltd. allegedly in the course of his employment, when he was electrocuted. It was alleged by his wife, Mrs. Shirley Piercey, that her husband's death was due to the negligence of his employer, General Bakeries Ltd.

In the Trial Division of the Newfoundland Supreme Court, Mrs. Piercey argued that the employer could not rely upon ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, c. 48, which provide that the right to compensation for injuries arising in the course of a worker's employment is limited to that specifically provided for by the Act. Mrs. Piercey claimed that ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983* were of no force and effect under s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982* as they violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The trial judge, Hickman C.J., agreed that the provisions unjustifiably denied the right of access to the courts which was held to be an element of s. 15 equality rights. However, Hickman C.J. also held that Mrs. Piercey was unable to rely upon the

<sup>1</sup> An appeal from the judgment of the Newfoundland Court of Appeal was dismissed: see [1989] 1 S.R.C. 922.

par la Cour d'appel de Terre-Neuve<sup>1</sup> (1988), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16, 44 D.L.R. 501, dans un renvoi portant sur la validité constitutionnelle des art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983*. Requête accueillie.

*D. Geoffrey Cowper*, pour la requérante.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour l'intimé.

*b*

Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE SOPINKA—Cette demande d'intervention est présentée dans le cadre d'un pourvoi relatif à un renvoi adressé à la Cour d'appel de Terre-Neuve par le lieutenant-gouverneur en conseil de Terre-Neuve (*Reference re Validity of Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, 1983* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501 (C.A.T.-N.)) Le renvoi tire son origine de la décision *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373 (D.P.I.C.S.T.-N.) Samuel Piercey était un employé de General Bakeries Ltd. qui, allègue-t-on, a été électrocuté dans l'exercice de ses fonctions. Son épouse, M<sup>me</sup> Shirley Piercey, a allégué que le décès de son époux était dû à la négligence de son employeur, General Bakeries Ltd.

*f*

Devant la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve, M<sup>me</sup> Piercey a fait valoir que l'employeur ne pouvait invoquer les art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, chap. 48, qui prévoient que le droit à une indemnité pour les blessures subies par un travailleur dans l'exercice de ses fonctions est limité à ce que la Loi prévoit expressément. Madame Piercey soutenait que les art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983* étaient inopérants en vertu du par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* parce qu'ils violaient l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*i*

Le juge de première instance, le juge en chef Hickman, a reconnu que les dispositions niaient de manière injustifiable le droit d'accès aux tribunaux qui a été considéré comme une composante des droits à l'égalité garantis par l'art. 15. Cependant,

<sup>1</sup> Un pourvoi formé contre le jugement de la Cour d'appel de Terre-Neuve a été rejeté: voir [1989] 1 R.C.S. 922.

*Charter* as her husband's death occurred on July 22, 1984, prior to April 17, 1985 when s. 15 came into force. It was held that s. 15 could not apply retrospectively.

As the opinion of Hickman C.J. on the constitutionality of ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983* was *obiter dictum*, there was no ground upon which the Crown could appeal. Mrs. Piercey did not appeal. As a result, a Reference on this issue was directed to the Newfoundland Court of Appeal.

In the Court of Appeal, the Attorney General of Newfoundland presented the Reference. Acting as interveners by original order or by subsequent leave were: the Workers' Compensation Commission of Newfoundland and Labrador; la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Québec; the Attorney General of Nova Scotia; the Workers' Compensation Board of New Brunswick; the Workers' Compensation Board of Manitoba; the Attorney General of British Columbia; the Workers' Compensation Board of British Columbia; the Workers' Compensation Board of Prince Edward Island; the Workers' Compensation Board of Alberta; the Workers' Compensation Board of Yukon; the Canadian Manufacturers Association; the Canadian Labour Congress; the Newfoundland and Labrador Federation of Labour; Canadian National Railways; Marine Atlantic Limited; General Bakeries Limited, and Shirley Piercey. All but Mrs. Piercey supported the legislation. The Court of Appeal held that ss. 32 and 34 of *The Workers' Compensation Act, 1983* were not inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*. In addition, Goodridge C.J.N. held that s. 15 does not apply to causes of action arising before April 17, 1985.

This application by Mr. Cowper is on behalf of Suzanne Côté to intervene in this case pursuant to Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74. The applicant is an injured

il a également conclu que M<sup>me</sup> Piercey ne pouvait invoquer la *Charte* parce que le décès de son époux était survenu le 22 juillet 1984, soit avant l'entrée en vigueur de l'art. 15, le 17 avril 1985. Il a conclu que l'art. 15 ne pouvait s'appliquer rétroactivement.

Comme l'opinion du juge en chef Hickman sur la constitutionnalité des art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983* était une opinion incidente, il n'existait aucun moyen sur lequel Sa Majesté pouvait fonder un appel. Madame Piercey n'a pas interjeté appel. En conséquence, la question a fait l'objet d'un renvoi à la Cour d'appel de Terre-Neuve.

En Cour d'appel, le procureur général de Terre-Neuve a présenté le renvoi. Agissaient comme intervenants en vertu de l'ordonnance initiale ou par autorisation subséquente: la Workers' Compensation Commission of Newfoundland and Labrador, la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, la Commission des accidents du travail du Nouveau-Brunswick, la Commission des accidents du travail du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Workers' Compensation Board of British Columbia, la Workers' Compensation Board of Prince Edward Island, la Workers' Compensation Board of Alberta, la Workers' Compensation Board of Yukon, l'Association des manufacturiers canadiens, le Congrès du travail du Canada, la Newfoundland and Labrador Federation of Labour, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Marine Atlantic Limited, General Bakeries Limited et Shirley Piercey. Tous, sauf M<sup>me</sup> Piercey, appuyaient les dispositions en cause. La Cour d'appel a conclu que les art. 32 et 34 de *The Workers' Compensation Act, 1983* n'étaient pas incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte*. En outre, le juge en chef Goodridge de Terre-Neuve a conclu que l'art. 15 ne s'appliquait pas aux causes d'action ayant pris naissance avant le 17 avril 1985.

M<sup>c</sup> Cowper, agissant pour le compte de Suzanne Côté sollicite par la présente requête l'autorisation d'intervenir en l'espèce conformément à l'art. 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada*,

person who has brought a challenge of similar British Columbia provisions (ss. 10 and 11 of the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437) based on the unconstitutionality of a statutory bar to private compensation. The action of Mrs. Côté has been stayed by an order of the British Columbia Supreme Court pending the outcome of this appeal. Mr. Cowper has been retained by several other plaintiffs who are in circumstances similar to Suzanne Côté and who wish to have him present argument in this appeal.

Our Rule 18 gives this Court a wide discretion in deciding whether or not to allow a person to intervene as well as the discretion to determine the terms and conditions of the intervention. As well, s. 55(4) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, provides for submissions from persons interested in a reference.

The criteria for the exercise of this discretion were the subject of considerable argument on this motion. Counsel were understandably handicapped because these criteria have, perhaps purposely, not been commented on by this Court in recent cases. Threshold requirements are set out in Rule 18(3)(a) and (c). These criteria can be summarized as follows: (1) an interest and (2) submissions which will be useful and different from those of the other parties.

The application was resisted principally on the basis that having a similar case does not satisfy the interest requirement. It was also argued that the applicant has not demonstrated that his argument will differ from that of Mrs. Piercey's counsel.

#### (1) Interest

One of the few authorities in this Court on the exercise of the Court's discretion is *Norcan Ltd. v. Lebrock*, [1969] S.C.R. 665, in which Pigeon J. held that any interest is sufficient, subject always to the exercise of discretion. From the cases cited by Justice Pigeon, it is apparent that having a

DORS/83-74. La requérante est une personne qui a subi des blessures et qui conteste des dispositions semblables en Colombie-Britannique (les art. 10 et 11 de la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 437) en invoquant l'inconstitutionnalité d'une interdiction légale d'obtenir une indemnité autre que celle prévue par la loi. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné la suspension de l'action de M<sup>me</sup> Côté en attendant l'issue du présent pourvoi. Les services de M<sup>e</sup> Cowper ont été retenus par plusieurs autres demandeurs qui sont dans une situation semblable à celle de Suzanne Côté et qui souhaitent qu'il plaide dans le cadre du présent pourvoi.

L'article 18 des Règles confère à notre Cour un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu d'autoriser ou non une personne à intervenir ainsi que le pouvoir discrétionnaire de fixer les modalités de l'intervention. De même, le par. 55(4) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, prévoit que des personnes intéressées peuvent être entendues dans un renvoi.

Les critères de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ont fait l'objet d'un long débat dans la présente requête. Les avocats étaient naturellement désavantagés du fait que, peut-être à dessein, notre Cour n'a pas commenté ces critères dans des affaires récentes. Les exigences minimales sont énoncées aux al. 18(3)a) et c) des Règles. Ce sont en résumé: (1) un intérêt et (2) des allégations qui seront utiles et différentes de celles des autres parties.

L'opposition à la demande repose principalement sur l'argument que le fait d'être dans une situation semblable ne satisfait pas à l'exigence de l'intérêt. On a également soutenu que la requérante n'a pas démontré que son argumentation serait différente de celle de l'avocat de M<sup>me</sup> Piercey.

#### i (1) L'intérêt

Un des rares arrêts que notre Cour a rendus sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est *Norcan Ltd. v. Lebrock*, [1969] R.C.S. 665, dans lequel le juge Pigeon a conclu que tout intérêt suffit, sous réserve toujours de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il ressort de la jurisprudence

similar case can satisfy this requirement. The discretion, however, will not ordinarily be exercised in favour of an applicant just because the applicant has a similar case. Indeed it has been held in some courts that this is not a sufficient interest. See *Solosky v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 609, and *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 28 O.R. (2d) 764 (C.A.)

I agree with Pigeon J. that "any interest" extends to an interest in the outcome of an appeal when a legal issue to be determined therein will be binding on other pending litigation to which the applicant is a party. Although this is usually a tenuous basis upon which to base an application for intervention, in this appeal Mr. Cowper's client is in the unenviable position of facing an opponent in the British Columbia litigation, the Attorney General of British Columbia, who has the right to intervene in this appeal. There is an aura of unfairness about this which should be remedied by granting this application unless the other criteria dictate the contrary conclusion. This unfairness is exacerbated by the imbalance of representation in favour of those supporting the constitutionality of the legislation which would occur if the applicant were denied the right to intervene.

## (2) Useful and Different Submissions

This criteria is easily satisfied by an applicant who has a history of involvement in the issue giving the applicant an expertise which can shed fresh light or provide new information on the matter. As stated by Brian Crane in *Practice and Advocacy in the Supreme Court*, (British Columbia Continuing Legal Education Seminar, 1983), at p. 1.1.05: "an intervention is welcomed if the intervener will provide the Court with fresh information or a fresh perspective on an important constitutional or public issue". It is more difficult for a private litigant to demonstrate that his or her argument will be different. This submission is usually met by the response that the able and

citée par le juge Pigeon que le fait d'être dans une situation semblable peut satisfaire à cette exigence. Cependant, le pouvoir discrétionnaire ne sera habituellement pas exercé en faveur d'un requérant seulement parce qu'il est dans une situation semblable. Certains tribunaux ont même conclu que cela ne constitue pas un intérêt suffisant. Voir *Solosky c. La Reine*, [1978] C.F. 609, et *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 28 O.R. (2d) 764 (C.A.)

Je suis d'accord avec le juge Pigeon que «tout intérêt» vise un intérêt dans l'issue d'un pourvoi si la réponse donnée à la question de droit soumise doit s'appliquer à un autre litige en cours auquel le requérant est partie. Cela est ordinairement considéré comme une justification assez faible d'une demande d'intervention, mais la cliente de M<sup>c</sup> Cowper en l'espèce se trouve dans la situation peu enviable d'avoir comme adversaire dans son litige en Colombie-Britannique le procureur général de la Colombie-Britannique qui, lui, a le droit d'intervenir en l'espèce. Cette situation dégage une impression d'injustice qui devrait être dissipée en accueillant la présente demande, à moins que les autres critères ne dictent une conclusion contraire. Cette injustice serait accentuée par la surabondance de représentation des tenants de la constitutionnalité des dispositions en cause si on refusait à la requérante le droit d'intervenir.

## (2) Des allégations utiles et différentes

Ce critère est largement respecté lorsque le requérant a fait face à la question et en a acquis une connaissance approfondie qui peut donc lui permettre d'apporter un point de vue nouveau ou de fournir des renseignements supplémentaires à son sujet. Comme l'a affirmé Brian Crane dans *Practice and Advocacy in the Supreme Court*, (British Columbia Continuing Legal Education Seminar, 1983), à la p. 1.1.05: [TRADUCTION] «une intervention est bienvenue lorsque l'intervenant peut fournir à la Cour des renseignements nouveaux et un point de vue nouveau sur une importante question constitutionnelle ou publique». Il est plus difficile pour un particulier de démontrer que ses allégations seront différentes. On répond habituellement à cet argument que l'avocat

experienced counsel already in the case will cover all bases.

In my opinion this is not a disqualifying factor here. The only party advancing the position taken by the applicant will be Mrs. Piercey. Her interest in the outcome is somewhat tenuous given the conclusion at trial that s. 15 could not be invoked to retroactively apply to a cause of action arising prior to April 17, 1985. Unlike Mrs. Piercey, the applicant has a definite stake in the outcome. In my view, the applicant can add to the effective adjudication of the issue by ensuring that all the issues are presented in a full adversarial context. This need for an adversarial relationship was one of the factors considered by this Court when granting applicant intervener status in *Norcan, supra*, and in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

In the circumstances of this case, therefore, I grant leave to the applicant and others in similar circumstances represented by Mr. Cowper to intervene in this appeal. Pursuant to Rule 18, the applicant may file a factum and present oral argument to be limited to not more than fifteen minutes. There will be no costs of the application.

*Motion granted.*

*Solicitors for the applicant: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

compétent et expérimenté déjà inscrit au dossier traitera de toutes les aspects de la question.

À mon avis, cela ne contribue pas à faire perdre qualité pour agir en l'espèce. La seule partie qui soutient la même thèse que la requérante est M<sup>me</sup> Piercey. Son intérêt dans l'issue du pourvoi est quelque peu négligeable étant donné la conclusion, formulée en première instance, que l'art. 15 ne peut s'appliquer rétroactivement à une cause d'action ayant pris naissance avant le 17 avril 1985. Contrairement à M<sup>me</sup> Piercey, la requérante a un enjeu précis dans le résultat. À mon avis, la requérante peut contribuer à l'efficacité du processus de décision dans ce litige en assurant que toutes les questions litigieuses sont présentées dans un contexte pleinement contradictoire. Cette nécessité d'un rapport contradictoire est un des facteurs dont cette Cour a tenu compte quand elle a accordé au requérant le statut d'intervenant dans les affaires *Norcan*, précitée, et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

Dans les circonstances de la présente affaire, j'accorde donc à la requérante et aux autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable et qui sont représentées par M<sup>e</sup> Cowper, l'autorisation d'intervenir dans ce pourvoi. Conformément à l'art. 18 des Règles, la requérante peut produire un mémoire et plaider pendant une durée maximale de quinze minutes. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens relativement à la requête.

*Requête accueillie.*

*Procureurs de la requérante: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

**Danielle Neveu, in her capacity as curator to Gisèle Bordeleau** (*Principal Plaintiff*)

and

**Gisèle Bordeleau** (*Plaintiff in continuance of suit*) *Applicant*

v.

**Heirs of the Late Gaston Côté** (*Principal Defendants and Plaintiffs in Warranty*)

and

**Victoria Insurance Company of Canada** (*Defendant in Warranty*) *Respondent*

and

**E. W. Tinmouth, in his official capacity** (*Defendant in Warranty*) *Mis en cause*

INDEXED AS: NEVEU v. CÔTÉ ESTATE (MOTION)

File No.: 21414.

1989: April 11.

Present: Gonthier J.

#### MOTION FOR EXTENSION OF TIME

*Practice — Motion for extension of time for filing application for leave to appeal — Delay due to various factors including negotiations for settlement — Counsel for principal defendants informed of intention to appeal if negotiations unsuccessful — Case dependant on leave from Court and extension of time sought only so application for leave could be filed — Applicant should not be deprived of right to refer the question to Supreme Court of Canada solely because of additional delay — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 58, 59(1).*

#### Statutes and Regulations Cited

*Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 58, 59(1).*

MOTION for extension of time to file an application for leave to appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.R.A. 226, allowing an appeal from a judgment of Lesyk J. Motion granted.

*Claude Tellier, Q.C., for the applicant.*

**Danielle Neveu, en sa qualité de curatrice de Gisèle Bordeleau** (*Demanderesse principale*)

et

<sup>a</sup> **Gisèle Bordeleau** (*Demanderesse en reprise d'instance*) *Requérante*

c.

<sup>b</sup> **Héritiers de feu Gaston Côté** (*Défendeurs principaux et demandeurs en garantie*)

et

<sup>c</sup> **Victoria Insurance Company of Canada** (*Défenderesse en garantie*) *Intimée*

et

<sup>d</sup> **E. W. Tinmouth, en sa qualité officielle** (*Défendeur en garantie*) *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: NEVEU c. SUCCESSION CÔTÉ (REQUÊTE)

N° du greffe: 21414.

<sup>e</sup> 1989: 11 avril.

Présent: Le juge Gonthier.

#### REQUÊTE EN PROROGATION DE DÉLAI

*Pratique — Requête en prorogation de délai pour produire une demande d'autorisation de pourvoi — Retard dû à plusieurs facteurs dont la négociation d'un règlement — Avocats des défendeurs principaux avisés de l'intention d'interjeter appel en cas d'échec des négociations — Affaire dépendant de l'autorisation de la Cour et prorogation de délai demandée uniquement pour pouvoir produire une demande d'autorisation — La requérante ne doit pas être privée du droit de s'adresser à la Cour suprême du Canada uniquement en raison d'un délai additionnel — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), chap. S-26, art. 58, 59(1).*

#### Lois et règlements cités

*Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), chap. S-26, art. 58, 59(1).*

<sup>i</sup> <sup>j</sup> REQUÊTE en prorogation du délai pour produire une demande d'autorisation de pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.R.A. 226, qui avait accueilli un appel d'un jugement du juge Lesyk. Requête accordée.

*Claude Tellier, c.r., pour la requérante.*

*Mark Peacock*, for the respondent Victoria Insurance Company of Canada.

*André Legrand*, for the mis en cause E. W. Tinmouth.

The following are the reasons for the order delivered by

GONTHIER J.—The applicant filed an application, pursuant to s. 59(1) (formerly 65(1)) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, to extend to April 20, 1989 the sixty-day deadline imposed by s. 58 (formerly 64) of that Act for filing an application for leave to appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal rendered on January 19, 1989.

This application, as to which the principal defendants relied on the Court's discretion, was opposed by the defendants in warranty chiefly on the ground that the applicant did not indicate her intention to file an appeal within the sixty-day deadline.

I consider that this is a special case in which, as appears from the affidavit, the delay was due to negotiations for a settlement undertaken by counsel responsible for conducting the case, by a series of events set out in the affidavit and by the applicant's condition, alleged in paragraph 10 of the affidavit.

I do not think that the criterion of whether an intention to appeal was indicated within the prescribed deadlines, though important, is the only one limiting the discretion conferred on a judge of this Court by s. 59 (formerly 65) of the Act. In any case, having in mind in particular the letter to counsel for the principal defendants from counsel for the applicant on March 10, 1989, in which he mentioned his intention to appeal to this Court if the negotiations were unsuccessful, the defendants in warranty are not really in a position to claim or to allege injury in the circumstances, since the additional time involved is about a month. Finally, the instant case depends on obtaining leave from this Court and the extension of time sought here is only so that an application for leave can be filed. I think, in view of the matters involved, that the

*Mark Peacock*, pour l'intimée Victoria Insurance Company of Canada.

*André Legrand*, pour le mis en cause E. W. Tinmouth.

Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE GONTHIER—La requérante a présenté, en vertu du par. 59(1) (anciennement le par. 65(1)) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), chap. S-26, une requête pour proroger au 20 avril 1989, le délai de soixante jours imparti par l'art. 58 (anciennement l'art. 64) de cette Loi pour déposer une requête en autorisation de pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec prononcé le 19 janvier 1989.

Cette requête, à l'égard de laquelle les défendeurs principaux s'en remettent à la discrétion de la Cour, est contestée par les défendeurs en garantie principalement pour le motif que la requérante n'aurait pas exprimé dans le délai de soixante jours une intention d'aller en appel.

Je considère qu'il s'agit d'un cas particulier dans lequel, tel qu'il ressort de l'affidavit, le délai a été occasionné par des pourparlers de règlement entrepris par l'avocat qui avait la conduite de l'affaire, par une série d'événements relatés dans l'affidavit et par l'état de la requérante qui est allégué au paragraphe 10 de l'affidavit.

Je ne considère pas que ce critère de l'expression de l'intention d'aller en appel à l'intérieur des délais impartis, quoique important, soit le seul à circonscrire la discrétion accordée à un juge de cette Cour par l'art. 59 (anciennement l'art. 65) de la Loi. Par ailleurs, vu en particulier la lettre adressée le 10 mars 1989 par le procureur de la requérante au procureur des défendeurs principaux dans laquelle il faisait part de son intention d'aller en appel devant cette Cour si les pourparlers de règlement échouaient, les défendeurs en garantie peuvent difficilement invoquer ou prétendre à un préjudice en l'espèce, puisque le délai additionnel en cause est d'environ un mois. Enfin, le présent dossier est assujéti à l'obtention d'une permission de cette Cour et l'extension de délai recherchée en l'espèce ne vise que la présentation d'une requête

applicant should not be deprived of the right to refer the question to this Court solely because of the additional delay that occurred.

The application is therefore allowed and the deadline for filing the application for leave to appeal is extended to April 20, 1989, with costs to follow.

As regards the application for security made by the defendants in warranty, I do not think there is any reason to depart from the usual rule that security should not be over \$500 and should only be required once leave to appeal has been granted. This application is dismissed.

*Motion granted.*

*Solicitors for the applicant: Desjardins, Ducharme, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Heirs of the late Gaston Côté: Guy & Gilbert, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Victoria Insurance Company of Canada: Gasco, Linteau & Grignon, Montréal.*

*Solicitors for the mis en cause E. W. Tinmouth: Ogilvy, Renault, Montréal.*

en autorisation. Je considère, vu les questions en jeu, que la requérante ne doit pas être privée du droit de s'adresser à cette Cour uniquement en raison du délai additionnel intervenu.

<sup>a</sup> La requête est en conséquence accueillie et le délai de présentation de la requête en autorisation de pourvoi est prorogé au 20 avril 1989, avec frais à suivre.

<sup>b</sup> En ce qui a trait à la demande de cautionnement formulée par les défendeurs en garantie, je ne crois pas qu'il y ait lieu de s'écarter de la règle habituelle qui veut qu'un cautionnement ne soit pas supérieur à 500 \$ et ne soit exigé qu'une fois l'autorisation d'interjeter appel accordée. Cette demande est rejetée.

*Requête accordée.*

<sup>d</sup> *Procureurs de la requérante: Desjardins, Ducharme, Montréal.*

*Procureurs des intimés les héritiers de feu Gaston Côté: Guy & Gilbert, Montréal.*

<sup>e</sup> *Procureurs de l'intimée Victoria Insurance Company of Canada: Gasco, Linteau & Grignon, Montréal.*

<sup>f</sup> *Procureurs du mis en cause E. W. Tinmouth: Ogilvy, Renault, Montréal.*



**Gary Lee Cassidy** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the  
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CASSIDY

File No.: 20285.

1989: February 23; 1989: September 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Possession of weapon for a purpose dangerous to public peace — Accused intoxicated when ordering police from home with shotgun — Appellate court setting aside acquittal and entering conviction — Whether or not elements of offence made out — Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 613(4)(a), (b)(i), (ii).*

*Courts — Appeal — Appellate court setting aside acquittal and entering conviction — Intoxication giving rise to question as to ability to form requisite intent — Whether or not elements of offence made out — Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial.*

Two police officers attended at the home of the appellant's mother to investigate the recovery of her missing car in a damaged condition. The appellant, who appeared drunk and belligerent during questioning by police, forced the officers from the house with a shotgun. He was arrested when he came out of the house unarmed and was charged with possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 85 of the *Criminal Code*. The trial judge found that the elements of the offence— possession and a prior intent for a purpose dangerous to the public peace—had not been met since on the facts there was no appreciable gap between the possession of the gun and the confron-

**Gary Lee Cassidy** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

et

**Le procureur général du Canada et le  
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. CASSIDY

N° du greffe: 20285.

1989: 23 février; 1989: 14 septembre.

c

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

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

d

*Droit criminel — Possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — L'accusé était dans un état d'intoxication lorsqu'il a sommé les policiers de quitter le domicile avec un fusil — Annulation de l'acquiescement et inscription d'une déclaration de culpabilité par la Cour d'appel — Les éléments de l'infraction ont-ils été prouvés? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 613(4)a, b)(i), (ii).*

f

*Tribunaux — Appel — Annulation de l'acquiescement et inscription d'une déclaration de culpabilité par la Cour d'appel — État d'intoxication soulevant la question de la capacité d'avoir l'intention requise — Les éléments de l'infraction ont-ils été prouvés? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès?*

h

Deux policiers se sont présentés au domicile de la mère de l'appelant pour enquêter sur sa voiture disparue qui avait été retrouvée endommagée. L'appelant, qui semblait ivre et belliqueux au cours de l'interrogatoire des policiers, les a sommés de quitter le domicile avec un fusil. Il a été arrêté lorsqu'il est sorti de la maison sans arme et a été accusé d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement à l'art. 85 du *Code criminel*. Le juge du procès a conclu que les éléments de l'infraction, savoir la possession et l'intention préalable d'un dessein dangereux pour la paix publique, n'avaient pas été prouvés puisque, selon les faits, il n'y avait pas eu de laps de

i

j

tation with the officers. He also noted that appellant had been in an advanced state of intoxication. The Court of Appeal for Ontario set aside the acquittal and entered a conviction pursuant to s. 613(4)(b)(ii) of the *Code*. The appellant appealed as of right, requesting that that decision be overturned and that his acquittal be restored or that a new trial be ordered. The issues addressed by this Court were: (1) whether the trial judge erred in determining that the elements of the offence were not made out because there was no gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon; and, (2) whether the Court of Appeal erred in law in ordering a conviction instead of a new trial, in light of the defence that the appellant was too intoxicated to be able to form the necessary intent. The Court also stated constitutional questions as to whether s. 613(4)(b)(ii) of the *Code* contravened ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether it was justified under s. 1.

*Held:* The appeal should be allowed.

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken. Appellant had stated that the police should leave or he would get them out. Assuming that he was capable of forming the requisite intent notwithstanding his intoxication, his intent, evidenced by the threats to the officers, was to use the gun to expel the officers from his mother's house. At the point that he took possession of the gun for that purpose, the offence was complete.

The test established at common law with respect to setting aside an acquittal and entering a verdict of guilty is as follows: an appellate court may overturn an acquittal and enter a conviction rather than ordering a new trial where the Crown satisfies the Court that, had there been a proper application of the law, the verdict would not have been the same, and further demonstrates that the accused should have been found guilty but for the error of law. All the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be in issue. The Court of Appeal did not correctly apply this test because all the findings of fact necessary to a verdict of guilty were not necessarily

temps appréciable entre le moment où il a pris possession du fusil et celui où il a confronté les policiers. Il a souligné également que l'appelant était dans un état d'intoxication avancé. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'acquiescement et inscrit une déclaration de culpabilité, conformément au sous-al. 613(4)b(ii) du *Code*. L'appelant se pourvoit de plein droit et demande que la décision soit infirmée et que son acquiescement soit rétabli ou qu'un nouveau procès soit ordonné. La Cour doit répondre aux questions suivantes: (1) le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été prouvés parce qu'il n'y a eu aucun laps de temps entre la formation du dessein illicite et l'utilisation de l'arme? et (2) la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, compte tenu du moyen de défense portant que l'appelant était trop ivre pour être en mesure de former l'intention requise? La Cour a également formulé les questions constitutionnelles suivantes: le sous-al. 613(4)b(ii) du *Code* viole-t-il l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, le sous-alinéa est-il justifié en vertu de l'article premier?

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession. L'appelant avait dit aux policiers de sortir, sinon il les sortirait lui-même. Si l'on tient pour acquis que son état d'intoxication ne l'a pas empêché de former l'intention requise, il ressort des menaces qu'il a proférées contre les policiers que l'appelant avait l'intention d'utiliser le fusil pour expulser les policiers de la maison de sa mère. L'infraction était complétée au moment où il a pris possession du fusil dans ce dessein.

Le critère établi en *common law* relativement à l'annulation d'un verdict d'acquiescement et à l'inscription d'une déclaration de culpabilité est le suivant: une cour d'appel peut infirmer un acquiescement et inscrire une déclaration de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, si la poursuite convainc la cour que le verdict n'aurait pas été le même si le droit avait été appliqué correctement, et si elle démontre en outre que l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été de cette erreur de droit. Toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement ou implicitement, ou ne pas être en cause. La Cour d'appel n'a pas appliqué ce critère correcte-

made. Although the trial judge made reference to the issue of the appellant's state of intoxication, the record did not clearly indicate that he had considered the issue of whether his drunkenness interfered with his ability to form the intent to commit the offence. In fact, once having found that there was no significant gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon, he was not required to further consider the possible effect of intoxication. There accordingly was room for doubt as to what the trial judge would have found had he fully considered the issue of intoxication. The appeal, therefore, was allowed to the extent that a new trial should be ordered in the stead of entering a conviction.

It was not necessary to deal with the issue of whether s. 613(4)(b)(ii) of the *Code* contravened the appellant's rights under the *Charter* in the circumstances of this case.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526; *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45; *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118, *aff'd sub nom. Courville v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 847.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 613(4)(a), (b)(i), (ii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal from acquittal by Dunlap Dist. Ct. J. Appeal allowed.

*Andrew Z. Kerekes*, for the appellant.

*David Finley*, for the respondent.

*Bernard Laprade*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jack Watson*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

ment parce que les conclusions de fait nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité n'ont pas été nécessairement tirées. Bien que le juge du procès ait abordé la question de l'état d'intoxication de l'appelant, le dossier n'indique pas clairement s'il a considéré la question de savoir si son intoxication avait altéré sa capacité de former l'intention de commettre l'infraction reprochée. D'ailleurs, une fois décidé qu'aucun laps de temps ne s'était écoulé entre le moment de la formation du dessein illicite et celui de l'utilisation de l'arme, il n'avait pas à examiner davantage l'effet possible de l'intoxication. Il pouvait donc y avoir des doutes quant à la conclusion que le juge du procès aurait tirée s'il avait pleinement examiné la question de l'intoxication. En conséquence, le pourvoi est accueilli dans la mesure où un nouveau procès doit être ordonné en remplacement d'une déclaration de culpabilité.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si le sous-al. 613(4)b(ii) du *Code* porte atteinte aux droits de l'appelant en vertu de la *Charte* dans les circonstances de l'espèce.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526; *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45; *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118, *conf. sub nom. Courville c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 847.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d), 24(1).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 613(4)a), b)(i), (ii).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Dunlap de la Cour de district. Pourvoi accueilli.

*Andrew Z. Kerekes*, pour l'appelant.

*David Finley*, pour l'intimé.

*Bernard Laprade*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jack Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Gary Lee Cassidy was acquitted of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. The Court of Appeal for Ontario set aside the acquittal and entered a conviction. The appellant now comes before this Court as of right, requesting that the decision of the Court of Appeal be overturned, and that his acquittal be restored or that a new trial be ordered.

### The Facts

The facts leading to this case may be summarized as follows. The appellant was residing with his mother, Alice Bieber, at her home in Windsor, Ontario. On the eve of the incident, when Mrs. Bieber went to bed, the appellant had gone out. Early the next morning, Mrs. Bieber found that her car, which she had left parked in the driveway, was missing. She assumed that the appellant had taken it. The appellant told her he had not taken the car and told her to call the police. Shortly thereafter, two uniformed officers attended at her home informing Mrs. Bieber that her car had been recovered earlier that night in a damaged condition. She indicated to the police that perhaps her son knew something about the car. The events that took place after this first conversation lasted less than five minutes.

One of the officers started questioning the appellant but the latter immediately became upset and aggressive, verbally abusing the two officers, accusing them of trespassing and ordering them to get off the property. At that moment, Mrs. Bieber stepped in between her son and the officers and tried without success to persuade her son to go back to bed as she felt that he was drunk and belligerent. The appellant ignored his mother's request and persisted in demanding that the officers leave the house, threatening that he would get them out of the house if they did not leave by themselves. At this point, the appellant ran into the living room where there was a gun rack holding several guns. He grabbed one 12-gauge shotgun from the rack. Both officers, aware of the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Gary Lee Cassidy a été acquitté d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité. L'appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant cette Cour pour demander que la décision de la Cour d'appel soit infirmée et que son acquittement soit rétabli ou qu'un nouveau procès soit ordonné.

### Les faits

Les faits à l'origine de cette affaire peuvent se résumer comme suit. L'appelant demeurait avec sa mère, Alice Bieber, au domicile de celle-ci à Windsor en Ontario. La veille de l'incident, au moment où M<sup>me</sup> Bieber allait se mettre au lit, l'appelant était sorti. Tôt le lendemain matin, M<sup>me</sup> Bieber a constaté que sa voiture qu'elle avait stationnée dans l'entrée de sa maison ne s'y trouvait plus. Elle a supposé que l'appelant l'avait prise. Celui-ci lui a dit qu'il ne l'avait pas prise et qu'elle devrait aviser la police. Peu de temps après, deux policiers en uniforme se sont présentés au domicile de M<sup>me</sup> Bieber et l'ont informée que sa voiture avait été retrouvée un peu plus tôt au cours de la nuit et qu'elle était endommagée. Elle a indiqué aux policiers que son fils en savait peut-être quelque chose. Les événements qui se sont déroulés à la suite de cette conversation ont duré moins de cinq minutes.

L'un des policiers a commencé à interroger l'appelant, mais celui-ci s'est tout de suite fâché et est devenu agressif, tenant un langage injurieux envers les policiers, les accusant de violation de propriété et leur ordonnant de quitter les lieux. À ce moment, M<sup>me</sup> Bieber est intervenue entre son fils et les policiers et a essayé, mais en vain, de persuader son fils d'aller se recoucher puisqu'elle avait compris qu'il était ivre et belliqueux. L'appelant a ignoré la demande de sa mère et continué à exiger le départ des policiers, les menaçant de les mettre lui-même à la porte s'ils ne partaient pas volontairement. À ce moment, l'appelant a couru au salon où se trouvait un support auquel étaient accrochés plusieurs fusils. Il a décroché du support un fusil de calibre 12. Les deux policiers, sachant qu'il y

presence of the guns, tried to draw their guns but in their haste and confusion experienced difficulty in doing so and hurriedly left the house, exiting in opposite directions. A very short time later, the appellant came out of the house without the gun, and in vulgar language continued to exhort the police officers to leave. He indicated that he did not have a gun. He was immediately arrested on a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 85 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

### Judgments Below

Dunlap Dist. Ct. J. first outlined the elements that the Crown must prove under s. 85 of the *Code*: first, possession; and second, the prior intent for a purpose dangerous to the public peace. In his view, the question was whether the possession could be separated in time from the *actus reus* so as to permit proof of the intent essential to the proof of an offence pursuant to that section. Although he acknowledged that here the possession and the actual use were concurrent and undoubtedly constituted a serious assault *vis-à-vis* the police officers, he concluded:

Here there is little or no time gap between the formation of the unlawful purpose and the use—but the accused did not have possession of the gun when he initiated his wild rush towards the gun rack. And on these same facts there is no appreciable gap between his seizing possession of the gun and his confrontation of the officers, whatever offence he committed in law by his rash action. I find that these unique circumstances cannot establish the elements of the offence under s. 85 as defined by Dubin J.A. in *Regina v. Proverbs* and an acquittal is therefore entered.

In the Court of Appeal for Ontario, the Crown's appeal was allowed and a unanimous bench entered a conviction pursuant to s. 613(4)(b)(ii) for the following brief reasons:

We think this appeal must succeed. On the findings of fact made by the trial judge, the respondent had the intention of using the weapon for a purpose dangerous to the public peace, to wit, assault of a police officer prior

avait des fusils, ont essayé de dégainer leur pistolet, mais dans leur hâte et confusion, ils ont eu de la difficulté à le faire et se sont empressés de quitter la maison en empruntant des directions opposées. Très peu de temps après, l'appelant est sorti de la maison sans le fusil et, dans un langage vulgaire, a continué à conseiller aux policiers de partir. Il a indiqué qu'il n'avait pas de fusil. Il a été arrêté immédiatement et accusé d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement à l'art. 85 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Dunlap de la Cour de district a d'abord souligné les éléments que la poursuite doit prouver en vertu de l'art. 85 du *Code*: premièrement, la possession, et deuxièmement, l'intention préalable d'un dessein dangereux pour la paix publique. À son avis, la question était de savoir si la possession pouvait être séparée dans le temps de l'*actus reus* afin de faire la preuve de l'intention qui est essentielle pour prouver l'existence de l'infraction prévue à cet article. Bien qu'il ait reconnu qu'en l'espèce la possession et l'utilisation réelle avaient coïncidé et constituaient sans aucun doute des voies de fait graves contre les policiers, il a conclu:

[TRADUCTION] En l'espèce, il y a peu ou pas de temps écoulé entre la formation du dessein illicite et l'utilisation, mais l'accusé n'était pas en possession du fusil lorsqu'il a entrepris sa course folle en direction du support à fusils. Et en ce qui concerne ces mêmes faits, il n'y a aucun laps de temps appréciable entre le moment où il a pris possession du fusil et celui où il a confronté les policiers, quelle que soit l'infraction commise en droit par son geste irréfléchi. Je suis d'avis que ces circonstances exceptionnelles ne sauraient établir les éléments de l'infraction visée à l'art. 85 que le juge Dubin de la Cour d'appel a définis dans l'arrêt *Regina v. Proverbs* et j'ordonne donc l'acquiescement.

En Cour d'appel de l'Ontario, les juges ont accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le ministère public et ont inscrit une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 613(4)(b)(ii) pour les brefs motifs suivants:

[TRADUCTION] Nous croyons que cet appel doit être accueilli. Compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, l'intimé a eu l'intention d'utiliser l'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, c'est-à-dire

to and throughout the taking of possession of the weapon. While on its facts this case is different from *R. v. Proverb [sic]* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, on its facts as found by the trial judge this case meets the test laid down by Dubin J.A. in *R. v. Proverb [sic]* at p. 251 in that at the moment in time preceding the taking of possession of the weapon, the respondent intended to possess it for a purpose dangerous to the public peace.

Accordingly, we are of the view that the learned trial judge erred in his understanding and application of the law. The appeal is allowed, the acquittal is set aside, a conviction is entered and the case is remitted to the trial judge for sentencing.

This is the judgment that is appealed from before this Court.

#### Points in Issue

This appeal raises three issues.

—First, did the trial judge err in determining that the elements of the offence were not made out because there was no gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon?

—Second, does s. 613(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* permitting the Court of Appeal to substitute a conviction for an acquittal contravene the appellant's rights under the *Charter* in the circumstances of this case?

—Finally, did the Court of Appeal err in law in entering a conviction instead of ordering a new trial, in light of the defence of intoxication submitted by the appellant?

#### Legislation

I reproduce the sections of the *Code* which are relevant to the present case:

85. Every one who carries or has in his possession a weapon or imitation thereof, for a purpose dangerous to the public peace or for the purpose of committing an offence, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

613. ...

(4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

pour commettre des voies de fait contre un policier avant et pendant le moment où il a pris possession de l'arme. Bien que les faits de cette affaire soient différents de ceux de l'arrêt *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, les faits dont le juge du procès a conclu à l'existence en l'espèce sont conformes au critère formulé par le juge Dubin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Proverbs*, à la p. 251, en ce qu'avant de prendre possession de l'arme, l'intimé avait l'intention d'en prendre possession dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Par conséquent, nous sommes d'avis que le juge du procès a mal compris et mal appliqué le droit. L'appel est accueilli, l'acquittal est annulé, une déclaration de culpabilité est inscrite et l'affaire est renvoyée au juge du procès pour détermination de la peine.

C'est contre cet arrêt qu'un pourvoi est formé devant cette Cour.

#### Les questions en litige

Ce pourvoi soulève trois questions.

—Premièrement, le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été prouvés parce qu'il n'y a eu aucun laps de temps entre la formation du dessein illicite et l'utilisation de l'arme?

—Deuxièmement, le sous-al. 613(4)(b)(ii) du *Code criminel* qui permet à la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à un acquittal porte-t-il atteinte aux droits de l'appelant en vertu de la *Charte* dans les circonstances de l'espèce?

—Enfin, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, compte tenu de la défense d'ivresse présentée par l'appelant?

#### La loi

Je reproduis les articles du *Code* qui sont pertinents en l'espèce:

85. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque porte ou a en sa possession une arme ou une imitation d'arme, dans un dessein dangereux pour la paix publique ou en vue de commettre une infraction.

613. ...

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquittal, la cour d'appel peut

- (a) dismiss the appeal; or  
 (b) allow the appeal, set aside the verdict and  
 (i) order a new trial, or  
 (ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error of law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

- a) rejeter l'appel; ou  
 b) admettre l'appel, écarter le verdict et  
 (i) ordonner un nouveau procès, ou  
 (ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par une cour composée d'un juge et d'un jury, rendre un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire à la cour de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

### Analysis

The first issue: *did the trial judge err in determining that the elements of the offence were not made out because there was no gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon charged?*

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken. That is the case before us. Assuming that the appellant was capable of forming the requisite intent notwithstanding his intoxication (a matter dealt with under the third issue), he intended to use the shotgun to expel the police officers from his mother's house. This is evident from his shouting "You get out, or I'll get you out". He then took possession of the gun. At that point in time, the offence was complete.

There are sometimes evidentiary problems in cases involving s. 85. They mainly arise out of three situations. First, when what is being used is not designed to be a weapon and where it is through the use of the instrument that it is concluded that it is a weapon under s. 2 of the *Code* (see *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (Ont. C.A.)) The second kind of evidentiary problem arises when proof of the purpose is through the actual use of the weapon (see as an illustration of this problem, *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55 (B.C.C.A.); *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526 (B.C.C.A.)) The third evidentiary problem is when the possession is lawful and prior to

### L'analyse

La première question: *le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été prouvés parce qu'il n'y a eu aucun laps de temps entre la formation du dessein illicite et l'utilisation de l'arme?*

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession. C'est le cas qui se présente devant nous. Si l'on tient pour acquis que son état d'intoxication ne l'a pas empêché de former l'intention requise (ce sur quoi je reviendrai en examinant la troisième question), l'appelant avait l'intention d'utiliser le fusil pour expulser les policiers de la maison de sa mère. Cela ressort manifestement de son cri [TRADUCTION] «Vous sortez ou je vous sors». C'est alors qu'il a pris possession du fusil. À ce moment précis, l'infraction était complétée.

Il arrive parfois que des problèmes de preuve surgissent dans des cas où il est question de l'art. 85. Ces problèmes se rencontrent principalement dans trois cas. Premièrement, lorsque ce qui est utilisé n'est pas conçu pour être une arme et lorsque c'est par l'utilisation de l'instrument que l'on conclut qu'il s'agit d'une arme au sens de l'art. 2 du *Code* (voir *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (C.A. Ont.)) Le deuxième genre de problème de preuve se produit lorsque la preuve du dessein s'établit par l'utilisation réelle de l'arme (voir, à titre d'exemple de ce problème, les arrêts *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55 (C.A.C.-B.); *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526

the formation of the unlawful purpose, which problem is compounded when proof of the latter is solely through the use of the weapon (see *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45 (Ont. C.A.)) Proof of the dangerous use of the weapon standing alone has been said not to be sufficient to constitute the offence as Dubin J.A., for the Ontario Court of Appeal, stated in *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, at p. 251:

The use of the weapon in a manner dangerous to the public peace does not constitute the offence although the formation of the unlawful purpose may be inferred from the circumstances in which the weapon was used.

and noted later, at p. 251:

*The formation of the unlawful purpose, which may be inferred from the circumstances in which the weapon is used, must precede its use.* The interval of time between the formation of the purpose and the use of the weapon need not be long. It may in some cases be very short, but the gap must be significant. [Emphasis in original.]

These situations and the cases addressing them need not be considered as in this case possession followed the formation of the purpose, and the purpose need not be inferred from the use of the gun; but assuming the accused was not incapable because of drunkenness of forming the requisite intent, and assuming that the purpose continued up to and including the time of possession, the purpose would clearly be established by the accused's threats to the police officers. The trial judge, in my respectful view, was wrong in applying the decisions in *R. v. Proverbs* and *R. v. Flack* to the facts in this case, that is, a case in which the use of the weapon is not the sole evidence of the purpose.

The second issue: *does s. 613(4)(b)(ii) of the Criminal Code permitting the Court of Appeal to substitute a conviction for an acquittal contravene the appellant's rights under the Charter in the circumstances of this case?*

On January 13, 1989, an order issued from Chief Justice Dickson calling for notice of constitutional questions. Those were stated as follows:

(C.A.C.-B.) Le troisième problème de preuve se présente lorsque la possession est licite et précède la formation du dessein illicite, le problème devenant plus complexe lorsque la preuve du dessein illicite ne peut se faire que par l'utilisation de l'arme (voir *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45 (C.A. Ont.)) Comme l'a affirmé le juge Dubin au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, à la p. 251, la seule preuve de l'utilisation dangereuse de l'arme ne suffit pas à établir l'infraction:

[TRADUCTION] L'utilisation de l'arme d'une façon dangereuse pour la paix publique ne constitue pas l'infraction bien que la formation du dessein illicite puisse être déduite des circonstances dans lesquelles l'arme a été utilisée.

et il ajoute plus loin, à la p. 251:

[TRADUCTION] *La formation du dessein illicite, qui peut être déduite des circonstances dans lesquelles l'arme a été utilisée, doit être antérieure à l'utilisation de l'arme.* Le laps de temps entre la formation du dessein et l'utilisation de l'arme n'a pas à être long. Dans certains cas, il peut être très court mais il doit être déterminant. [En italique dans l'original.]

Il n'est pas nécessaire d'examiner ces cas et les décisions qui en traitent puisqu'en l'espèce il y a eu possession après la formation du dessein et il n'est pas nécessaire de déduire le dessein de l'utilisation du fusil. Mais si l'on tient pour acquis que l'état d'ivresse de l'accusé ne l'a pas empêché de former l'intention requise et que le dessein était toujours présent au moment de la possession, ce dessein ressort clairement des menaces proférées par l'accusé contre les policiers. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en appliquant les arrêts *R. v. Proverbs* et *R. v. Flack* aux faits de la présente affaire où l'utilisation de l'arme ne constitue pas la seule preuve du dessein.

La deuxième question: *le sous-al. 613(4)(b)(ii) du Code criminel qui permet à la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement porte-t-il atteinte aux droits de l'appelant en vertu de la Charte dans les circonstances de l'espèce?*

Le 13 janvier 1989, avis des questions constitutionnelles était donné par le juge en chef Dickson. Les voici:



1. Is section 613(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 613(4)(b)(ii) permits the Court of Appeal to substitute a verdict of guilty for an acquittal at trial?
2. If section 613(4)(b)(ii) is inconsistent with s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 613(4)(b)(ii) justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

However, the appellant fails to argue before this Court that s. 613(4)(b)(ii) of the *Code* should be declared of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Further, that issue was not raised in the courts below. In fact, in his order requested, the appellant seeks no such declaration. Instead, he has chosen to frame his argument as whether s. 613(4)(b)(ii), by permitting the Court of Appeal to substitute a conviction for an acquittal, contravenes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the circumstances of this case. By requesting that the acquittal be restored or a new trial ordered, the appellant is in effect requesting a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter* on the ground that the Court of Appeal erred by exercising their option in favour of substituting a conviction rather than ordering a new trial. This raises an important issue regarding the applicability of the *Charter* to a court which has exercised discretion given to it by a provision of the *Code*. Further, can remedy be sought under s. 24(1) of the *Charter* if the exercise of that discretion is shown to infringe one's guaranteed rights? In my view, though important, a discussion of these issues should be reserved for a more appropriate case as this case can be disposed of in favour of the appellant by reference to well-established principles of common law under the third issue. I note, in addition, that this issue was not addressed by counsel in their submissions before this Court.

1. Le sous-alinéa 613(4)b)(ii) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou l'une de ces deux dispositions, parce qu'il autorise la cour d'appel à substituer un verdict de culpabilité à un acquittement prononcé au procès?
2. Si le sous-alinéa 613(4)b)(ii) est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou l'une de ces dispositions, est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appellant ne soutient cependant pas devant cette Cour que le sous-al. 613(4)b)(ii) du *Code* devrait être déclaré inopérant en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De plus, cette question n'a pas été soulevée devant les tribunaux d'instance inférieure. D'ailleurs, dans l'ordonnance qu'il requiert, l'appellant ne demande aucune déclaration semblable. Il a plutôt choisi de formuler son argumentation par la question de savoir si, en permettant à la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement, le sous-al. 613(4)b)(ii) porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les circonstances de l'espèce. En demandant que l'acquittement soit rétabli ou qu'un nouveau procès soit ordonné, l'appellant exige en réalité réparation en application du par. 24(1) de la *Charte* pour le motif que la Cour d'appel aurait commis une erreur en choisissant de prononcer une déclaration de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Cela soulève une question importante concernant l'applicabilité de la *Charte* à un tribunal qui a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère une disposition du *Code*. En outre, peut-on demander réparation en application du par. 24(1) de la *Charte* si l'on démontre que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire porte atteinte aux droits garantis d'une personne? À mon avis, bien qu'important, un examen de ces questions devrait être réservé à un cas plus approprié puisqu'il est possible de trancher cette affaire en faveur de l'appellant en faisant appel à des principes de *common law* bien établis relativement à la troisième question. Je souligne en outre que les avocats n'ont pas traité de cette question dans leurs plaidoiries devant cette Cour.

The third issue: *did the Court of Appeal err in law in ordering a conviction instead of a new trial, in light of the defence of intoxication submitted by the appellant?*

On that point, the debate emerges over the meaning of the trial judge's following assertion:

The accused was present at the time, in an advanced state of intoxication, when the officers interviewed his mother concerning her complaint. [Emphasis added.]

In the appellant's view, the trial judge's finding of fact of his "advanced state of intoxication" raises a reasonable doubt as to whether he had the capacity to form the unlawful purpose. That being so, an appellate court may find support for upholding an acquittal when the mental processes of an intoxicated person are in issue. However, the converse is not true. An appellate court, which has not had the opportunity to observe the demeanour of the witnesses and which is acting on a Crown appeal restricted to a question of law alone, cannot say, with the required degree of certainty demanded for a criminal conviction that, notwithstanding the advanced state of intoxication of the appellant, he still had the requisite mental capacity to form the unlawful purpose. An appellate court can, at most, grant the remedy of a new trial and cannot order a conviction in substitution for the acquittal originally granted. In other words, the appellant contends that he is entitled to have this defence appropriately dealt with in the course of a new trial.

The Crown replies that the Court of Appeal may allow a Crown appeal against an acquittal entered by a trial judge and substitute a verdict of guilty where the Crown establishes that an error of law was committed at trial, satisfies the Court of Appeal that, had there been a proper application of the law, the verdict would not have been the same, and further demonstrates that the accused should have been found guilty but for the error of law. In this respect, the principle that has been established at common law is that all the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be

La troisième question: *la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, compte tenu de la défense d'ivresse présentée par l'appellant?*

Sur ce point, le débat a porté sur le sens de l'affirmation suivante du juge du procès:

[TRADUCTION] L'accusé, dans un état d'intoxication avancé, était présent au moment où les policiers interrogeait sa mère au sujet de la plainte qu'elle avait portée. [Je souligne.]

Selon l'appellant, la conclusion de fait du juge du procès quant à son «état d'intoxication avancé» soulève un doute raisonnable quant à sa capacité de former un dessein illicite. Cela étant, un tribunal d'appel peut se sentir justifié de confirmer un acquittement lorsque les facultés mentales d'une personne en état d'intoxication sont en cause. L'inverse n'est cependant pas vrai. Un tribunal d'appel, qui n'a pas eu l'occasion d'observer le comportement des témoins et qui agit dans un appel interjeté par la poursuite sur une question de droit seulement, ne saurait affirmer avec la certitude requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en droit criminel que malgré l'état d'intoxication avancé de l'appellant, il avait quand même la capacité mentale de former un dessein illicite. Un tribunal d'appel peut tout au plus ordonner la tenue d'un nouveau procès et non substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé initialement. En d'autres termes, l'appellant soutient qu'il a le droit à ce qu'on traite convenablement ce moyen de défense dans le cadre d'un nouveau procès.

Le ministère public réplique que la Cour d'appel peut accueillir l'appel qu'il a interjeté contre l'acquittement prononcé par le juge du procès et substituer à celui-ci un verdict de culpabilité, si la poursuite établit qu'une erreur de droit a été commise au procès, si elle convainc la Cour d'appel que, si le droit avait été appliqué correctement, le verdict n'aurait pas été le même, et si elle démontre en outre que l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été de cette erreur de droit. À cet égard, le principe reconnu en *common law* est que toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement

in issue (*Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at pp. 291-92, and *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118 (Ont. C.A.), at p. 125, aff. *sub nom.*, *Courville v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 847). In the Crown's view, the trial judge made all the findings of fact necessary to support a verdict of guilty. His error was in his application of the law to the facts, when he imposed on the Crown the additional burden of having to prove, in effect, deliberation on the part of the appellant. Concerning the issue of intoxication, the Crown submits that this matter was raised at trial, considered by the judge, who nevertheless went on to find that the appellant formed the unlawful purpose. Finally, the Crown pointed out that the appellant did not testify on that point at trial.

What is at issue, then, is whether the Court of Appeal correctly applied the test established at common law to the facts of this case. I am not satisfied that the trial judge made all the findings of fact necessary to support a verdict of guilty. Although he adverted to the issue of the appellant's state of intoxication, it is not clear on the record that he fully considered whether his intoxication interfered with his ability to form the intent to commit the offence charged. In fact, once having found that there was no significant gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon, he was not required to further consider the effect that intoxication might have had on the appellant's ability to form the requisite intent. In short, we cannot be sure what his finding would have been if he had fully considered the issue of intoxication.

In view of the appellant's right to a fair hearing, it is important that the test established at common law be strictly applied. Therefore, this matter should be sent back for a new trial where the issue of intoxication could be fully considered. Accordingly, I would allow the appeal, but only to the extent that a new trial should be ordered in the stead of entering a conviction.

ou implicitement, ou ne pas être en cause (*Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, aux pp. 291 et 292, et *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.), à la p. 125, conf. *sub nom.*, *Courville c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 847). Selon le ministère public, le juge du procès a tiré toutes les conclusions de fait nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité. Son erreur réside dans son application du droit aux faits de l'espèce lorsqu'il a imposé au ministère public l'obligation supplémentaire de prouver que l'appelant avait effectivement agi délibérément. En ce qui concerne la question de l'intoxication, le ministère public soutient que cette question a été soulevée au procès et qu'elle a été examinée par le juge qui a néanmoins conclu que l'appelant avait formé un dessein illicite. Enfin, le ministère public a souligné que l'appelant n'avait pas témoigné sur ce point au procès.

La question est donc de savoir si la Cour d'appel a correctement appliqué le critère établi en *common law* aux faits de l'espèce. Je ne suis pas convaincu que le juge du procès a tiré toutes les conclusions de fait nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité. Bien qu'il ait abordé la question de l'état d'intoxication de l'appelant, le dossier n'indique pas clairement si le juge a pleinement considéré la question de savoir si son intoxication avait altéré sa capacité de former l'intention de commettre l'infraction reprochée. D'ailleurs, une fois décidé qu'aucun laps de temps déterminant ne s'était écoulé entre le moment de la formation du dessein illicite et celui de l'utilisation de l'arme, il n'avait pas à examiner davantage l'effet que l'intoxication aurait pu avoir sur la capacité de l'appelant de former l'intention requise. Bref, nous ne pouvons pas être sûrs de la conclusion qu'il aurait tirée s'il avait pleinement examiné la question de l'intoxication.

Compte tenu du droit de l'appelant à un procès équitable, il est important que le critère établi en *common law* soit appliqué de manière stricte. Cette affaire devrait donc être renvoyée pour faire l'objet d'un nouveau procès au cours duquel la question de l'intoxication pourrait être pleinement examinée. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi mais seulement dans la mesure où un nouveau procès doit être ordonné en remplacement d'une déclaration de culpabilité.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Kerekes, Collins, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

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

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Kerekes, Collins, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

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

**IN THE MATTER of *The Elections Finances Act*, c. 45, Statutes of Manitoba**

**Murdoch MacKay, Herold L. Driedger, Ben Hanuschak, Charles E. Lamont, Max Hofford, Joel Morassutti and Arthur Z. Green** *Appellants*

v.

**The Government of Manitoba** *Respondent*  
and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec** *Intervenors*

INDEXED AS: MACKAY v. MANITOBA

File No.: 19671.

1989: March 14; 1989: September 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA.

*Constitutional law — Charter of Rights — Charter litigation — Factual basis — Declaration sought without factual basis on which to decide issue — Whether or not Charter issues should be decided in absence of factual basis.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Act providing for payment of portion of election expenses if candidates and parties received fixed proportion of votes — Whether or not Act infringing freedom of expression — The Elections Finances Act, S.M. 1982-83-84, c. 45 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).*

The appellants alleged that the *Charter* right to freedom of expression was infringed by those sections of *The Elections Finances Act* which provided for the province's paying a portion of the campaign expenses of candidates and parties receiving a fixed proportion of the votes in the provincial election. No evidence was submitted to support the claim. Respondent did not question the status of the appellants to bring the action and preferred to have the case decided on its merits, rather than have it defeated on the technical basis that it had no factual basis. Appellants conceded that the

**DANS L'AFFAIRE de la *Loi sur le financement des campagnes électorales*, chap. 45, Lois du Manitoba**

**Murdoch MacKay, Herold L. Driedger, Ben Hanuschak, Charles E. Lamont, Max Hofford, Joel Morassutti et Arthur Z. Green** *Appellants*

c.

**Le gouvernement du Manitoba** *Intimé*  
et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MACKAY c. MANITOBA

N<sup>o</sup> du greffe: 19671.

1989: 14 mars; 1989: 14 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Litige relatif à la Charte — Fondement factuel — Déclaration recherchée sans fondement factuel permettant de trancher la question en litige — Des litiges relatifs à la Charte peuvent-ils être tranchés sans fondement factuel?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Loi prévoyant le paiement d'une partie des dépenses électorales si les candidats et les partis obtiennent une proportion déterminée des votes — La Loi viole-t-elle la liberté d'expression? — Loi sur le financement des campagnes électorales, L.M. 1982-83-84, chap. 45 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).*

Les appellants allèguent que le droit à la liberté d'expression accordé dans la *Charte* est enfreint par les articles de la *Loi sur le financement des campagnes électorales* qui prévoient le paiement par la province d'une partie des dépenses de campagne électorale des candidats et des partis qui obtiennent une proportion déterminée des votes exprimés dans une élection provinciale. Aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de cette plainte. L'intimé n'a pas mis en doute la qualité pour agir des appellants, préférant que l'affaire soit tranchée au fond et non pas rejetée pour le motif

legislation did not discriminate against them and as a result s. 15 of the *Charter* did not need to be considered. The trial judge held that the legislation in question did not infringe the guarantee of freedom of expression set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority of the Court of Appeal upheld this decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The presentation of facts is essential to a proper consideration of *Charter* issues and not a mere technicality to be dispensed with by the consent of the parties. Here, the absence of a factual base was not just a technicality to be overlooked but a fatal flaw. The effects of the legislation, and not its purpose, were alleged to have infringed the *Charter*. If the deleterious effects were not established there could be no *Charter* violation and no case, accordingly, could be made out. In appropriate circumstances, taking judicial notice of broad social facts could overcome the fact that no evidence was put before the Court.

The Act did not prohibit a taxpayer or anyone else from holding or expressing any position or their belief in any position. Rather, it fostered and encouraged the dissemination and expression of a wide range of views and positions.

#### Cases Cited

Referred to: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 15.

*Elections Finances Act*, S.M. 1982-83-84, c. 45.

#### Authors Cited

Morgan, Brian G. "Proof of Facts in Charter Litigation," in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1985), 39 Man. R. (2d) 274, 24 D.L.R. (4th) 587, [1986] 2 W.W.R. 367, 23 C.R.R. 8, dismissing an appeal from a judgment of Monnin J. (1985), 34 Man. R. (2d) 118, 19 D.L.R. (4th) 185. Appeal dismissed.

*Sidney Green, Q.C.*, for the appellants.

*Brian Squair, Q.C.*, for the respondent.

technique qu'elle n'avait pas de fondement factuel. Les appelants ont reconnu que la loi ne faisait pas de discrimination à leur égard et, en conséquence, il n'a pas été nécessaire d'examiner l'art. 15 de la *Charte*. Le juge de première instance a conclu que la loi en question ne viole pas la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a confirmé cette décision à la majorité.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La présentation des faits est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte* et non une simple formalité dont on peut se dispenser avec le consentement des parties. Ici, le fondement factuel n'est pas une simple formalité qui peut être ignorée; son absence est une lacune fatale. On ne prétend pas que c'est l'objet visé par la loi qui viole la *Charte*, mais ses conséquences. Si les conséquences préjudiciables ne sont pas établies, il ne peut y avoir de violation de la *Charte* ni même de cause. Dans des circonstances appropriées, prendre connaissance d'office de certains faits sociaux d'ordre général pourrait suppléer à l'absence de présentation d'éléments de preuve à la Cour.

La Loi n'interdit pas à un contribuable ni à quiconque d'avoir ou d'exprimer une opinion ou une croyance. Au contraire, elle favorise et encourage la diffusion et l'expression d'un large éventail de points de vue et d'opinions.

#### Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 15.

*Loi sur le financement des campagnes électorales*, L.M. 1982-83-84, chap. 45.

#### Doctrine citée

Morgan, Brian G. «Proof of Facts in Charter Litigation,» in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1985), 39 Man. R. (2d) 274, 24 D.L.R. (4th) 587, [1986] 2 W.W.R. 367, 23 C.R.R. 8, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Monnin (1985), 34 Man. R. (2d) 118, 19 D.L.R. (4th) 185. Pourvoi rejeté.

*Sidney Green, c.r.*, pour les appelants.

*Brian Squair, c.r.*, pour l'intimé.

*Graham Garton, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Rebecca Regenstreif and Lori Sterling*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean Bouchard*, for the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—A determination must be made at the outset of this appeal as to whether there has been sufficient evidence presented to enable the Court to consider the *Charter* issues raised by the appellants.

The appellants have challenged the constitutionality of those sections of *The Elections Finances Act*, S.M. 1982-83-84, c. 45, which provide for the payment from the Consolidated Fund of the Province of Manitoba of a portion of the campaign expenses of those candidates and parties who receive a fixed proportion of the votes in the provincial election. The Act provides that those parties and candidates who receive more than 10 per cent of the votes cast in an electoral division may file a certificate with the Chief Electoral Officer. That officer then calculates the total expenses permitted under the Act, reviews the total expenses incurred and fixes the amount of the eligible reimbursement. The reimbursement is the lesser of either 50 per cent of the total election expenses permitted, or 50 per cent of the actual election expenses incurred, excluding donations in kind. When the Minister of Finance receives a certificate from the Chief Electoral Officer as to the amount owing, payment is made out of the Consolidated Fund.

#### The Courts Below

The trial judge held that the legislation in question did not infringe the guarantee of freedom of expression set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority of the Court of Appeal was of the same view, while the minority found that the impugned sections did indeed contravene s. 2(b) of the *Charter* and were not saved under s. 1.

*Graham Garton, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Rebecca Regenstreif et Lori Sterling*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean Bouchard*, pour le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—Il faut, dès le début de ce pourvoi, déterminer si la preuve présentée est suffisante pour permettre à la Cour d'examiner les questions relatives à la *Charte* soulevées par les appellants.

Les appelants contestent la constitutionnalité des articles de la *Loi sur le financement des campagnes électorales*, L.M. 1982-83-84, chap. 45, qui prévoient le paiement par le Trésor de la province du Manitoba d'une partie des dépenses de campagnes électorales des candidats et des partis qui ont obtenu une proportion déterminée des votes exprimés dans une élection provinciale. La Loi prévoit que les partis et les candidats qui ont obtenu plus de 10 p. 100 des votes exprimés dans une circonscription électorale peuvent présenter un certificat au directeur général des élections. Celui-ci calcule alors les dépenses totales permises en vertu de la Loi, examine les dépenses totales engagées et fixe le montant du remboursement admissible. Le remboursement est le moindre des montants correspondant à 50 p. 100 des dépenses électorales totales permises ou à 50 p. 100 des dépenses électorales réelles engagées, à l'exclusion des dons en nature. Lorsqu'il reçoit du directeur général des élections le certificat indiquant le montant dû, le ministre des Finances fait le paiement à même le Trésor.

#### Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge de première instance a conclu que la loi en question ne viole pas la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel à la majorité était du même avis mais la minorité a conclu que les articles contestés violent l'al. 2b) de la *Charte* et ne sont pas sauvegardés par l'article premier.

### The Position of the Appellants

At the outset the appellants advised that they were in agreement that the appeal could not succeed if it were found that the payments made to the political parties from the Consolidated Fund could not be traced to the funds the appellants contributed as taxpayers. The appellants further reduced the matters in issue by frankly conceding that the legislation did not discriminate against them and as a result s. 15 of the *Charter* did not need to be considered.

The appellants argued that to provide funding for political parties with taxpayers' dollars constituted an infringement of their freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. This the appellants submitted would occur when totalitarian or extremist groups obtained 10 per cent of the vote and, pursuant to the impugned provisions of the statute, received financing from the Consolidated Fund to propagate their views which would be diametrically opposed to those of the appellants. In a somewhat contradictory submission, the appellants also argued that the impugned legislation, by instituting a "10 per cent of the popular vote" requirement worked solely for the benefit of the three established parties with the result that splinter groups or new parties could not get access to the funds. Lastly, the appellants submitted that the statutory funding forced taxpayers to support a candidate or candidates with whose views they were in fundamental disagreement. This enforced support of a contrary view was said to constitute an infringement of the taxpayers' constitutional rights to freedom of expression.

### The Position of the Respondent

The respondent did not question the status of the appellants to bring the action. As a result, this important issue was not considered by the Court and for the purposes of this appeal it is assumed that the appellants had the requisite status to bring the action. Nor did the respondent criticize the complete lack of any evidentiary basis for the appellants' claim. Rather, it was said that the respondent preferred to "have the case decided on the merits" and not defeated on the "technical"

### La thèse des appelants

Dès le départ, les appelants ont reconnu que le pourvoi ne pouvait réussir si on concluait que les sommes versées par le Trésor aux partis politiques ne pouvaient avoir comme source des fonds versés par les appelants en tant que contribuables. Les appelants ont en outre réduit les points en litige en reconnaissant franchement que la loi ne faisait pas de discrimination à leur égard et, en conséquence, il n'a pas été nécessaire d'examiner l'art. 15 de la *Charte*.

Les appelants allèguent que le financement de partis politiques avec les deniers des contribuables constitue une violation de la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte*. Les appelants soutiennent que cela se produirait si des groupes totalitaires ou extrémistes obtenaient 10 p. 100 des votes et, en application des dispositions contestées de la Loi, recevaient du Trésor des fonds qui serviraient à propager des opinions diamétralement opposées aux leurs. De façon assez contradictoire, les appelants soutiennent aussi qu'en raison de l'exigence de [TRADUCTION] «10 p. 100 du vote populaire», les dispositions contestées procurent un avantage aux trois partis établis seulement et que les groupes dissidents ou les nouveaux partis ne peuvent pas recevoir de fonds. Enfin, les appelants prétendent que ce financement prévu par la loi oblige des contribuables à soutenir des candidats dont les opinions sont diamétralement opposées aux leurs. Cet appui forcé à une opinion contraire est, selon eux, une violation du droit constitutionnel des contribuables à la liberté d'expression.

### La thèse de l'intimé

L'intimé n'a pas mis en doute la qualité pour agir des appelants. En conséquence, cette question importante n'a pas été examinée par cette Cour et il est présumé, aux fins du présent pourvoi, que les appelants avaient la qualité requise pour engager l'action. L'intimé n'a pas non plus critiqué l'absence complète de preuve à l'appui de la plainte des appelants. En fait, il a été dit que l'intimé préférerait que l'affaire soit [TRADUCTION] «tranchée au fond» et non pas rejetée pour le motif



basis that there was no factual foundation for the claim. The respondent took the position that the legislation did not in any way infringe the appellants' guarantee of freedom of expression.

The Position of the Interveners, The Attorney General of Canada, The Attorney General for Ontario and The Attorney General of Quebec

The position of the interveners was that this appeal could not and should not be resolved in the factual vacuum in which it was presented. This submission should be accepted.

The Essential Need to Establish the Factual Basis in *Charter* Cases

*Charter* cases will frequently be concerned with concepts and principles that are of fundamental importance to Canadian society. For example, issues pertaining to freedom of religion, freedom of expression and the right to life, liberty and the security of the individual will have to be considered by the courts. Decisions on these issues must be carefully considered as they will profoundly affect the lives of Canadians and all residents of Canada. In light of the importance and the impact that these decisions may have in the future, the courts have every right to expect and indeed to insist upon the careful preparation and presentation of a factual basis in most *Charter* cases. The relevant facts put forward may cover a wide spectrum dealing with scientific, social, economic and political aspects. Often expert opinion as to the future impact of the impugned legislation and the result of the possible decisions pertaining to it may be of great assistance to the courts.

*Charter* decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues. A respondent cannot, by simply consenting to dispense with the factual background, require or expect a court to deal with an issue such as this in a factual void. *Charter*

[TRADUCTION] «technique» que la plainte n'avait pas de fondement factuel. L'intimé soutient que la loi ne viole d'aucune manière la liberté d'expression garantie aux appelants.

<sup>a</sup> La thèse des intervenants, le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec

<sup>b</sup> La thèse des intervenants est que ce pourvoi ne peut ni ne doit être tranché dans le vide factuel dans lequel il a été présenté. Cette thèse doit être acceptée.

<sup>c</sup> La nécessité essentielle d'établir un fondement factuel dans les affaires relatives à la *Charte*

<sup>d</sup> Les affaires relatives à la *Charte* porteront fréquemment sur des concepts et des principes d'une importance fondamentale pour la société canadienne. Par exemple, les tribunaux seront appelés à examiner des questions relatives à la liberté de religion, à la liberté d'expression et au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Les décisions sur ces questions doivent être soigneusement pesées car elles auront des incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada. Compte tenu de l'importance et des répercussions que ces décisions peuvent avoir à l'avenir, les tribunaux sont tout à fait en droit de s'attendre et même d'exiger que l'on prépare et présente soigneusement un fondement factuel dans la plupart des affaires relatives à la *Charte*. Les faits pertinents présentés peuvent toucher une grande variété de domaines et traiter d'aspects scientifiques, sociaux, économiques et politiques. Il est souvent très utile pour les tribunaux de connaître l'opinion d'experts sur les répercussions futures de la loi contestée et le résultat des décisions possibles la concernant.

<sup>e</sup> Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. Un intimé ne peut pas, en consentant simplement à ce que l'on se passe de contexte factuel, attendre ni exiger d'un tribunal qu'il examine une question

decisions cannot be based upon the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel.

This Court has stressed the importance of a factual basis in *Charter* cases. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 762, Dickson C.J. stated:

Accordingly, there is no evidentiary foundation to substantiate the contention of some of the retailers that their freedom from conforming to religious doctrine has been abridged. The second form of coercion allegedly flowing from the *Retail Business Holidays Act* has not been established in these appeals.

He also stated at pp. 767-68:

In the absence of cogent evidence regarding the nature of Hindu observance of Wednesdays or Moslem observance of Fridays, I am unwilling, and indeed unable, to assess the effects of the Act on members of those religious groups. The record includes only the testimony of Bhulesh Lodhia, the Hindu retailer who testified at the trial of Longo Brothers. Mr. Lodhia acknowledged that the Hindu religion did not have a Sabbath Day, but said that Wednesday was observed as "a day of prayer and that's the day we would prefer closing if given the choice". I infer from this evidence that there is no religious prohibition enjoining adherents from working on Wednesdays, but that there exists some moral obligation to pray on that day. It is unclear to me whether the entire day is to be spent in prayer or whether only a portion or portions of the day are to be set aside for that purpose. The degree to which the Act interferes with the religious practices of Hindus has not been established with sufficient precision to warrant a finding that the Act abridges the religious freedoms of Hindus, particularly in the context of the present cases in which none of the retailers is a member of that faith.

The evidence regarding the Islamic faith is even less adequate. It is contained in its entirety in the following exchange during Mr. Lodhia's examination-in-chief:

Q. ... You're a Hindu, what is, to your knowledge, the Sabbath of the Moslem Religion?

A. I believe it is Friday.

comme celle-ci dans un vide factuel. Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.

Cette Cour a souligné l'importance d'un fondement factuel dans des affaires relatives à la *Charte*. Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson dit à la p. 762:

Par conséquent, aucun fondement probatoire ne justifie la prétention de certains de ces détaillants qu'il y a eu atteinte à leur liberté de ne pas se conformer à une doctrine religieuse. On n'a pas démontré, dans les présents pourvois, l'existence de la seconde forme de coercition qui découlerait de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*.

Il dit également aux pp. 767 et 768:

En l'absence d'une preuve forte quant à la nature de l'observance du mercredi par les hindous ou de celle du vendredi par les musulmans, je ne veux pas, et d'ailleurs je ne suis pas en mesure de le faire, évaluer les effets de la Loi sur les membres de ces groupes religieux. Le dossier ne comporte que la déposition de Bhulesh Lodhia, le détaillant hindou qui a témoigné au procès de Longo Brothers. Monsieur Lodhia a reconnu que la religion hindoue ne comporte aucun jour de sabbat, mais il a ajouté que le mercredi est considéré comme [TRADUCTION] «un jour de prière, aussi c'est le jour où nous préférierions fermer si nous avions le choix». Je déduis de ce témoignage qu'il n'y a aucun précepte religieux qui interdit à ces fidèles de travailler le mercredi, mais qu'il existe une certaine obligation morale de prier ce jour-là. Je ne sais pas avec certitude si toute la journée doit être passée en prière ou si seulement une ou plusieurs parties de la journée doivent être réservées à cette fin. La mesure dans laquelle la Loi porte atteinte aux pratiques religieuses des hindous n'a pas été établie de manière suffisante pour justifier la conclusion que la Loi porte atteinte à leurs libertés religieuses, particulièrement dans le cadre des présentes affaires où aucun des détaillants n'est membre de cette confession.

La preuve soumise concernant la foi islamique est encore moins suffisante. Elle est entièrement contenue dans l'échange suivant intervenu au cours de l'interrogatoire principal de M. Lodhia:

[TRADUCTION] Q. ... Vous êtes hindou, quel est, à votre connaissance, le jour du sabbat dans la religion musulmane?

R. Je crois que c'est le vendredi.

This is not a satisfactory foundation upon which to mount a constitutional challenge. Whether the Act infringes the freedom of religion of Hindus or Moslems is a question which accordingly ought not to be answered in the present appeals.

To the same effect is the very useful article by Brian G. Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation," in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).

#### Submissions, Unsupported by Evidence put Forward in this Case

In this case there has been not one particle of evidence put before the Court. It will be remembered that the appellants put forward two specific concerns as to the effect of the funding legislation. First it was said that splinter parties such as the Neo-Nazis might obtain 10 per cent of the vote and thus obtain public funding although they espoused principles which were diametrically opposed to that of a democratic society. They contended that their tax funds could be used to support views to which they were fundamentally opposed. Secondly, it was said that the system of funding which required a candidate to get at least 10 per cent of the total vote favoured the three established parties to the detriment of all others.

In support of this position the appellants, in oral argument, put forward a number of unsubstantiated propositions. The problems arising from this procedure can best be illustrated by setting out but some of those submissions.

For example, counsel referred to the political process of Canada in these words:

If Your Lordship will look back to the federal legislation, since the enactment of the federal legislation insofar as political parties are concerned, the only political parties that have benefited from the legislation are the political parties that have voted for it, the three major parties in this country.

But no political party has received over 10 percent of the vote, and I think one of the interveners say [*sic*] that the applicants make the bald statement that there are many political parties who do not receive 10 percent of the vote, but there is no Affidavit evidence to that effect. Well, Your Lordships, I say with respect that jurispru-

Ce n'est pas là un motif suffisant pour justifier une contestation constitutionnelle. La question de savoir si la Loi enfreint la liberté de religion des hindous ou des musulmans est une question à laquelle on devrait donc s'abstenir de répondre dans les présents pourvois.

On trouve une analyse similaire dans l'intéressant article de Brian G. Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation,» dans l'ouvrage de R. J. Sharpe, éd., *Charter Litigation* (1987).

#### Les allégations non étayées par la preuve offerte en l'espèce

Pas le moindre élément de preuve n'a été présenté à cette Cour en l'espèce. Rappelons que les appelants ont exprimé deux préoccupations précises quant à l'effet de la loi sur le financement des dépenses électorales. Premièrement, ils disent que des groupes extrémistes, comme les néo-nazis, pourraient obtenir 10 p. 100 des votes et donc recevoir des fonds publics même s'ils épousent des principes diamétralement opposés à ceux d'une société démocratique. Les appelants prétendent que leurs impôts pourraient servir à appuyer des opinions auxquelles ils sont fondamentalement opposés. Deuxièmement, ils disent que le système de financement qui exige qu'un candidat obtienne au moins 10 p. 100 des votes favorise les trois partis établis au détriment de tous les autres.

À l'appui de cette thèse, les appelants ont avancé, au cours du débat, un certain nombre de propositions non confirmées. Pour bien illustrer les problèmes que pose cette façon de procéder, il suffit de citer certaines de ces prétentions.

Par exemple, l'avocat parle du processus politique du Canada en ces termes:

[TRADUCTION] Si votre Seigneurie examine les lois fédérales, depuis l'adoption de lois fédérales concernant les partis politiques, vous verrez que les seuls partis politiques qui ont bénéficié de ces lois sont ceux qui les ont votées, les trois principaux partis de ce pays.

Mais aucun parti politique n'a reçu plus de 10 p. 100 des votes et je crois qu'un des intervenants dit que les requérants font la simple affirmation que de nombreux partis politiques n'ont pas reçu 10 p. 100 des votes, mais qu'il n'y a aucune preuve par affidavit à cet effet. Vos Seigneuries, je dis avec égards que la jurisprudence me

dence permits me to make the bald statement because what I am saying is so part of our process that it is universally known. There is the COR Party that did not get 10 percent, there is the Libertarian Party that did not get 10 percent, there is Western Canadian Concept that did not get 10 percent, that there is the Rhinoceros Party that may have got 10 percent in some constituencies but not throughout the country. No political party—and in Manitoba, again, there would be three or four parties at least that did not get 10 percent of the vote.

These submissions were of particular importance to the argument and yet there is no factual basis put forward to support it.

Counsel then referred to the international political situation in these words:

In Germany, the Nazi party obtained through the democratic process well over 10 percent of the vote, and there are candidates in the province of Manitoba and in the country who would express views which this group would defend their right to express, even though Parliament had made them illegal. Parliament had not seen fit to prevent these people from running for office that would get 10 percent of the vote.

Your Lordships will note that yesterday's *The Toronto Star* said that the Neo-Nazis are up to 7 percent in Germany. If they were in running in Canada and they got another 3 percent, they are entitled to 50 percent of the state for the financing of their political party. What is the purpose of all this?

Once again there had been no factual foundation constructed to support these submissions nor any attempt to relate the statistics pertaining to Germany and Canada.

There then followed a reference to the historical evolution of Canada's political parties and processes which was put this way:

Since the Elections Finances Act, at the federal scene, no political party has ever achieved 10 percent of the vote. But before the Elections Act, a party went from nothing to 19 percent, and the Social Credit Party, which was a radical, anti-establishment view, was not prohibited from expressing its view and, indeed, successfully expressed it. There is absolutely no basis for my learned friends to say that they will be more successful if they had money. I say, with respect, that there is every equal reason saying that they will be less successful.

permet de faire cette simple affirmation parce que ce que je dis fait tellement partie de notre réalité que cela est universellement connu. Le parti COR, le parti Libertaire, le parti Western Canadian Concept n'ont pas obtenu 10 p. 100; le parti Rhinocéros a pu obtenir 10 p. 100 dans certaines circonscriptions mais non dans tout le pays. Aucun parti politique—et au Manitoba, encore une fois, il y a au moins trois ou quatre partis qui n'ont pas obtenu 10 p. 100 des votes.

Ces affirmations sont particulièrement importantes dans le débat et pourtant aucun fondement factuel n'a été présenté à leur égard.

L'avocat mentionne ensuite la situation politique internationale en ces termes:

[TRADUCTION] En Allemagne, le parti nazi a obtenu dans le processus démocratique beaucoup plus de 10 p. 100 des votes, et il y a des candidats dans la province du Manitoba et dans le pays qui exprimeraient des opinions dont ce groupe se ferait le défenseur bien que le Parlement les ait déclarées illégales. Le Parlement n'a pas jugé approprié d'interdire à ces gens de se porter candidats et d'obtenir 10 p. 100 des votes.

Vos Seigneuries remarqueront que *The Toronto Star* d'hier dit que les néo-nazis ont atteint les 7 p. 100 en Allemagne. S'ils faisaient campagne au Canada et obtenaient 3 p. 100 de plus, ils auraient droit d'obtenir de l'État 50 p. 100 de leurs dépenses pour financer leur parti politique. À quoi tout cela sert-il?

Encore une fois, aucun fondement factuel n'appuie ces affirmations et il n'y a aucune tentative de relier au Canada les statistiques qui concernent l'Allemagne.

Suit alors une mention de l'évolution historique des partis et du processus politiques du Canada:

[TRADUCTION] Depuis la Loi sur les dépenses d'élections, au niveau fédéral, aucun parti politique n'a jamais atteint 10 p. 100 des votes. Mais avant la Loi électorale, un parti est passé de rien à 19 p. 100 et le parti Crédit social, qui professait des opinions radicales et critiquait l'ordre établi n'a pas été empêché d'exprimer son point de vue, et en fait il l'a exprimé avec succès. Mes confrères n'ont absolument aucune raison d'affirmer qu'ils auront plus de succès s'ils ont plus de fonds. Je dis, avec égards, qu'il y a tout autant de raisons de dire qu'ils auront moins de succès.

Counsel then continued and made submissions pertaining to the effect of the elections expenses legislation on political campaigns and the results that might be expected.

Indeed in the most recent election campaign, there were millions of dollars spent by non-political parties pursuing the issues of the political parties and the complaints afterwards that you have to somehow prevent this by tightening up the legislation.

It has not resulted in the party spending less money, it has resulted in them spending more money. It has resulted—and I do this now on the face of the legislation. I don't have to give you an affidavit, what is available.

The statement made by Mr. Justice Monnin, the trial judge, implies that opinions cannot effectively be expressed without finances. I ask Your Lordships to find that that is not the case, to find at least that there is no substantiation for that position, that often the finances result in opinions not being expressed, that they are not used for the expression of opinion, that they are used for selling soul, that the more one has finances, the more one abandons trying to get across a position and tries to indulge in selling snake oil through signs, through banners, through different things.

The party with no money relies on a policy statement being advertised in the paper or hectographed on a sheet of paper trying to express his opinion. The party with money puts up all kinds of signs saying the name of the candidate in fine colour. There is no basis for any suggestion that people were prohibited from stating their opinions prior to the legislation having been enacted.

When one says that they can be disseminated better on television, I say with respect to Your Lordship that it is very, very difficult to get across in a 30 minute ad or a five minute ad a policy statement, and they don't do it. It is, "He is your kind of man, et cetera, leader—" I mean, I could go through the entire litany of these alleged expressions of opinion, and that is not what money does in an election campaign.

Your Lordships, in 1969, of which I am able to speak, and again I don't have to have affidavits. Your Lordships can take judicial notice... In 1969, a government was elected in the Province of Manitoba on virtually no money. The same government lost a year ago having spent \$3 million out of—of my money, and of people who pay income tax.

L'avocat poursuit et fait certaines affirmations concernant l'effet de la loi relative aux dépenses électorales sur les campagnes politiques et les résultats auxquels on pourrait s'attendre.

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Pendant la dernière campagne électorale, des partis non politiques ont dépensé des millions de dollars pour appuyer les idées des partis politiques et on a dit par la suite qu'il fallait empêcher cette situation par un resserrement des lois.

<sup>b</sup> Cela n'a pas eu comme résultat que le parti a dépensé moins d'argent, il a dépensé plus d'argent. C'est le résultat—et je le dis maintenant compte tenu de la loi. Je n'ai pas à vous fournir un affidavit, ce qui est disponible.

L'affirmation de M. le juge Monnin, le juge de première instance, signifie que les opinions ne peuvent être exprimées efficacement sans financement. Je demande à vos Seigneuries de conclure que ce n'est pas le cas, de conclure au moins que cette thèse n'est pas fondée, que le financement a souvent pour résultat que des opinions ne sont pas exprimées, qu'il sert à vendre du vent, que plus on dispose de financement, moins on essaie d'approfondir une position et plus on essaie de vendre des choses inutiles au moyen d'affiches, de bannières, de différentes choses.

<sup>c</sup> Le parti qui n'a pas d'argent se fonde sur un énoncé de politique, publié dans le journal ou photocopié, qui essaie d'exprimer son opinion. Le parti qui dispose de fonds produit toutes sortes d'affiches donnant le nom du candidat en belles couleurs. Rien ne permet de dire que les gens étaient empêchés d'exprimer leurs opinions avant l'adoption de la loi.

<sup>d</sup> Quand on dit qu'ils sont mieux diffusés à la télévision, je vous dis avec égards, votre Seigneurie, qu'il est très difficile d'approfondir un énoncé de politique dans une annonce de 30 minutes ou de cinq minutes et qu'ils ne le font pas. On dit «C'est l'homme qu'il vous faut, etc. un leader—», je pourrais débiter toute la série de ces prétendues expressions d'opinions, et ce n'est pas ce que fait l'argent dans une campagne électorale.

<sup>e</sup> Vos Seigneuries, je peux parler de 1969, et encore une fois je n'ai pas besoin d'affidavits. Vos Seigneuries peuvent prendre connaissance d'office [...] En 1969 un parti politique ne disposant de pratiquement aucuns fonds a été élu dans la province du Manitoba. Le même gouvernement a perdu l'élection l'année dernière après avoir dépensé 3 millions de dollars provenant—de mon argent et de l'argent des contribuables.

We don't have such a thing as a presidential election, we don't even have a prime ministerial election, we have elections in the constituencies, which does not mean that they have to spend \$20 million to get elected.

These submissions pertaining to the financing of political parties and the effect of contributions to campaign expenses were as well of great importance to the argument, yet no evidence was submitted. It may well be that one could take judicial notice of some of the broad social facts referred to by the appellants, but here there is a total absence of a factual foundation to support their case.

A factual foundation is of fundamental importance on this appeal. It is not the purpose of the legislation which is said to infringe the *Charter* but its effects. If the deleterious effects are not established there can be no *Charter* violation and no case has been made out. Thus the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants' position.

These issues raise questions of importance pertaining to financing candidates in provincial elections that are obviously of great importance to residents of Canada or to any democracy. It would be irresponsible to attempt to resolve them without a reasonable factual background.

The appellants also argued an issue that does not require a factual foundation. It was said that the statutory funding of candidates could, whenever a losing candidate or candidates received 10 per cent of the vote, force a taxpayer to support a candidate whose views are fundamentally opposed to that of the taxpayer. This enforced support of a contrary view was said to infringe the taxpayer's right to freedom of expression. I cannot accept that contention. The Act does not prohibit a taxpayer or anyone else from holding or expressing any position or their belief in any position. Rather, the Act seems to foster and encourage the dissemination and expression of a wide range of views and positions. In this way it enhances public knowledge

Nous n'avons pas de système d'élections présidentielles, nous n'avons même pas de système prévoyant l'élection d'un premier ministre; nous avons des élections dans les circonscriptions, ce qui ne signifie pas qu'il faut dépenser 20 millions de dollars pour être élu.

Ces affirmations relatives au financement des partis politiques et à l'effet des contributions aux dépenses électorales étaient également de grande importance dans le débat, pourtant aucun élément de preuve n'a été soumis. Il est bien possible qu'on puisse prendre connaissance d'office de certains faits sociaux d'ordre général mentionnés par les appelants, mais il y a ici une absence totale de fondement factuel à l'appui de leurs allégations.

Un contexte factuel est d'une importance fondamentale dans le présent pourvoi. On ne prétend pas que c'est l'objet visé par la loi qui viole la *Charte*, mais ses conséquences. Si les conséquences préjudiciables ne sont pas établies, il ne peut y avoir de violation de la *Charte* ni même de cause. Le fondement factuel n'est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants.

Ces points soulèvent des questions importantes quant au financement de candidats aux élections provinciales, et ces questions sont évidemment de grande importance pour les résidents du Canada et pour toute démocratie. Il serait irresponsable de tenter de les résoudre sans disposer d'un contexte factuel satisfaisant.

Les appelants ont plaidé un point qui n'exige pas de contexte factuel. Ils ont dit que le financement de candidats tel que prévu par la loi pourrait en réalité forcer un contribuable à donner son appui à un candidat prônant des opinions fondamentalement opposées aux siennes, dans chaque cas où un candidat perdant recevrait 10 p. 100 des votes. Cet appui forcé à une opinion opposée est une atteinte, selon eux, au droit du contribuable à la liberté d'expression. Je ne puis accepter cette prétention. La loi n'interdit pas à un contribuable ni à quiconque d'avoir ou d'exprimer une opinion ou une croyance. Au contraire, la loi semble favoriser et encourager la diffusion et l'expression d'un large éventail d'opinions et de positions. De cette

of diverse views and facilitates public discussion of those views.

Disposition

In the result the appeal must be dismissed but in the circumstances, particularly in light of the position taken throughout by the respondent, without costs.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellants: Sidney Green, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Tanner Elton, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.*

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

manière, elle améliore la connaissance de divers points de vue et facilite leur discussion publique.

Dispositif

*a* En définitive, le pourvoi doit être rejeté mais, dans les circonstances, sans dépens, compte tenu surtout de la thèse soutenue par l'intimé dans toutes les cours.

*b* *Pourvoi rejeté.*

*Procureur des appelants: Sidney Green, Winnipeg.*

*c* *Procureur de l'intimé: Tanner Elton, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*d* *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.*

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

**Joey Leonard Smith** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 21049.

1989: March 21; 1989: September 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of his right to counsel but declined to call his lawyer in the evening — Accused indicating his desire to remain silent during questioning until he saw his lawyer in the morning — Accused making statement “off the record” — Whether accused given reasonable opportunity to contact counsel — Whether accused’s right to counsel infringed — If so, whether statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).*

The accused was arrested at his home around 7:00 p.m., charged with robbery and informed of his right to retain and instruct counsel. After various stops made to accommodate the accused, the police officers and the accused arrived at the police station at approximately 9:00 p.m. The accused requested the opportunity to communicate with his lawyer and the police gave him a telephone and a telephone book. Because it was late and the only telephone number appearing in the telephone book was his lawyer’s office number, the accused decided not to call and advised the police that he would contact his lawyer in the morning. The police suggested that he try to make the call but he refused. He was placed in a police cell for approximately one hour and then taken to an interview room. The accused told the police that he would not answer questions concerning the robbery until he could speak with his lawyer, but the police pursued their questioning and tried to obtain a statement. The accused indicated in two other occasions that he wanted to speak to his lawyer. Finally, he made a statement, specifying that it was made “off the record”. At his trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of this statement. The trial judge ruled that the accused’s rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been violated

**Joey Leonard Smith** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

N° du greffe: 21049.

1989: 21 mars; 1989: 14 septembre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier.<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Informé de son droit à l'assistance d'un avocat, l'accusé refuse d'appeler son avocat dans la soirée — Indication par l'accusé à l'interrogatoire qu'il souhaite ne rien dire avant d'avoir consulté son avocat le lendemain matin — Déclaration faite par l'accusé «en confidence» — A-t-on donné à l'accusé une possibilité raisonnable de joindre un avocat? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, sa déclaration doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).*

L'accusé a été arrêté chez lui vers 19 h. Il a été accusé de vol qualifié et informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Après divers arrêts faits à la demande de l'accusé, les policiers sont arrivés au poste de police avec l'accusé vers 21 h. L'accusé a demandé à communiquer avec son avocat et les policiers lui ont remis un téléphone et un annuaire. Parce qu'il était tard et que le seul numéro de téléphone inscrit dans l'annuaire était celui du cabinet de l'avocat, l'accusé a choisi de ne pas appeler et a dit aux policiers qu'il appellerait le lendemain matin. Les policiers lui ont conseillé d'essayer d'appeler, mais il a refusé. Il a été mis en cellule au poste de police pendant environ une heure, puis emmené dans une salle d'interrogatoire. L'accusé a dit aux policiers qu'il ne répondrait pas aux questions concernant le vol qualifié avant d'avoir consulté son avocat, mais les policiers ont poursuivi l'interrogatoire et ont cherché à obtenir une déclaration. L'accusé a mentionné en deux autres occasions qu'il voulait parler à son avocat. Finalement, il a fait une déclaration en spécifiant qu'elle était faite «en confidence». Au procès, après la tenue d'un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité de cette déclaration, le juge du procès a statué que les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avaient pas été violés



and admitted the statement. The accused was subsequently convicted and the majority of the Court of Appeal upheld the conviction. This appeal is to determine whether the accused was given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel before the police attempt to obtain a statement from him; and if not, whether the statement should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

*Held* (Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer and Gonthier JJ.: The accused's s. 10(b) rights were not violated. Under s. 10(b) of the *Charter*, the police must give the arrested or detained person a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel and must refrain from attempting to elicit evidence from him until he has had this opportunity. These duties imposed on the police are suspended when the arrested or detained person is not reasonably diligent in the exercise of his rights. Such a limit is essential because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the *Charter* are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society.

Here, it is only two hours after his arrest that the accused expressed the wish to exercise his right to retain counsel. Then he decided that it was useless to try to contact his lawyer even though the police suggested that he try to do so. In acting in such a way, the accused was not reasonably diligent in the exercise of his rights and the duties imposed on the police were suspended. It is impossible to conclude that the accused would not have been able to contact his lawyer when he was arrested or at 9:00 p.m. at the police station. The situation would be different if he had tried to contact his lawyer but had failed in his attempt. The accused, in these circumstances, would have been justified to ask for a delay until the opening of offices in the morning. However, his decision to not even try to contact his lawyer is fatal and prevents him from establishing that he was reasonably diligent in the exercise of his rights. The burden of proving that it was impossible for the accused to communicate with his lawyer when the police offered him the opportunity to do so was on the accused.

et il a admis la déclaration. L'accusé a par la suite été reconnu coupable et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé sa déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'accusé a eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant que les policiers essaient d'obtenir de lui une déclaration et, s'il n'a pas eu cette possibilité, si la déclaration doit être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

*Arrêt*: (le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Lamer et Gonthier: Les droits garantis à l'accusé en vertu de l'al. 10b) n'ont pas été violés. En vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, il faut que les policiers offrent à la personne arrêtée ou détenue une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat et qu'ils s'abstiennent de tenter de lui soutirer des éléments de preuve jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité. Ces obligations imposées aux policiers sont suspendues lorsque la personne arrêtée ou détenue ne fait pas preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits. Cette limite est essentielle puisque, sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu'une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la *Charte*, et en particulier le droit à l'assistance d'un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d'une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société.

En l'espèce, ce n'est que deux heures après son arrestation que l'accusé a exprimé le désir d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Puis il a décidé qu'il était inutile de tenter de joindre son avocat bien que les policiers lui aient conseillé d'essayer. En agissant ainsi, l'accusé n'a pas fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, et les obligations des policiers étaient donc suspendues. Il est impossible d'affirmer qu'il lui aurait été impossible de communiquer avec son avocat au moment de son arrestation ou à 21 h au poste de police. La situation serait fort différente si l'accusé avait tenté de joindre son avocat mais avait échoué dans sa tentative. L'accusé, dans ces circonstances, aurait été justifié de demander un délai jusqu'à l'ouverture des bureaux, le lendemain matin. Cependant, sa décision de ne pas même tenter de joindre son avocat est fatale et l'empêche de démontrer qu'il a fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits. C'est à l'accusé qu'incombe le fardeau de démontrer qu'il lui était impossible de communiquer avec son avocat lorsque les policiers lui ont offert de le faire.

Finally, the accused could not require the police to suspend the questioning when he subsequently reiterated his intention to speak with his lawyer. The arrested or detained person who was not diligent in the exercise of his right to retain counsel can always exercise it but he cannot, in the process, require the police to suspend their investigation. The duty imposed on the police to refrain from attempting to elicit evidence from the arrested or detained person until he has had a reasonable opportunity to communicate with counsel is suspended and is not again "in force" when he finally decides to exercise his right. A different conclusion would render meaningless the duty imposed on a detained or arrested person to be diligent in the exercise of his rights. This principle, however, would not apply if the circumstances prevailing when such a person subsequently asks to speak with a lawyer are substantially different from those existing when he first had the opportunity to communicate with a lawyer.

*Per* L'Heureux-Dubé J.: Section 10(b) of the *Charter* has not been infringed in this case. The circumstances of time and place as well as the responsible behaviour of the police officers clearly gave the accused more than a reasonable opportunity to communicate with counsel of his choice, or at the very least, to obtain legal advice before answering the questions. The accused elected not to avail himself of this opportunity. When he did not diligently exercise his right to retain and instruct counsel without delay but deferred doing so until the next morning, the right of the police to question him was not thereby suspended. Moreover, the accused did not contend that his statement had not been made freely and voluntarily. The legality of the subsequent conduct of the police, in resuming the questioning after the accused had passed up the reasonable opportunity to contact counsel, is accordingly not at issue here.

The requirements of s. 10(b) are not incompatible with obtaining voluntary statements in response to police questioning. One of the main goals of s. 10(b) is to ensure the fairness of the questioning of suspects by police officers and that goal does not preclude the interrogation of suspects by the police, nor is it inconsistent with the taking by the police of incriminating statements. Far from being prohibited by the *Charter*, admissions of guilt by wrongdoers, if not coerced, are inherently desirable. Such confessions provide a reliable tool in the elucidation of crime, thereby furthering the judicial search for the truth and serving the societal

Enfin, l'accusé ne pouvait plus exiger des policiers qu'ils suspendent leur interrogatoire quand il a réitéré son intention de parler à son avocat. Une personne arrêtée ou détenue qui n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat peut toujours exercer ce droit mais ne peut alors exiger que les policiers suspendent leur enquête. L'obligation imposée aux policiers de s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à une personne arrêtée ou détenue tant qu'elle n'a pas eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, est en effet suspendue et n'est pas «rétablie» lorsque cette personne décide finalement d'exercer son droit. Conclure autrement viderait de tout son sens l'obligation faite à une personne arrêtée ou détenue d'exercer ses droits d'une façon diligente. Ce principe ne s'applique toutefois pas lorsque les circonstances prévalant quand elle demande plus tard d'exercer ce droit sont considérablement différentes de celles qui prévalaient quand on lui a offert la possibilité de communiquer avec un avocat.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'alinéa 10b) de la *Charte* n'a pas été enfreint en l'espèce. Les circonstances de temps et de lieu ainsi que le comportement responsable des officiers de police ont clairement donné à l'accusé plus qu'une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix ou, à tout le moins, d'obtenir des conseils juridiques avant de répondre aux questions posées. L'accusé a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité. Puisqu'il n'a pas exercé avec diligence son droit à l'assistance d'un avocat dans un délai raisonnable et a remis l'appel au lendemain matin, le droit des policiers de l'interroger n'était pas suspendu. Par ailleurs, l'accusé n'a pas prétendu que ses déclarations ont été faites autrement que de façon libre et volontaire. La légalité de la conduite ultérieure des policiers, qui ont interrogé l'accusé après que celui-ci eut laissé passer une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, n'est donc pas en jeu en l'espèce.

L'alinéa 10b) n'est pas incompatible avec l'obtention de déclarations volontaires en réponse à un interrogatoire des policiers. L'un des objectifs principaux de l'al. 10b) est d'assurer que l'interrogation des suspects par les officiers de police se déroule de façon équitable. Cet objectif n'exclut toutefois pas l'interrogatoire des suspects par les policiers, ni n'est incompatible avec l'obtention par les policiers de déclarations incriminantes. Loin d'être interdits par la *Charte*, les aveux de culpabilité des auteurs d'un crime, à moins d'avoir été obtenus par la contrainte, sont hautement souhaitables. Fait librement et volontairement, un aveu de culpabilité est un guide sûr dans l'élucidation d'un crime, ce qui favorise la recherche de la vérité par les tribunaux et sert l'inté-

interest in repressing crime through the conviction of the guilty.

*Per Sopinka J.:* A person under detention is to be advised promptly of the right to counsel and must be given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. During this period, police questioning is to be suspended. What is a reasonable opportunity is determined by reference to all the circumstances of the case, including the conduct of the accused. Whether an opportunity is reasonable must be judged in part in light of the diligence with which the accused seeks to avail himself of the right. The appellant here was most casual in seeking to avail himself of the opportunity afforded to him to retain and instruct counsel. The courts below took these and other matters into account, applied the law correctly and as a matter of fact concluded that the opportunity afforded to the accused was reasonable. This being principally a question of fact, there is no reason to interfere with the decision of the courts below.

*Per Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. (dissenting):* The accused was not given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. He did not waive his right to counsel as he clearly and repeatedly asserted his desire to exercise that right. No urgency justified the police proceeding so precipitously with the interrogation. The robbery took place five months before, and nothing precluded the investigation from proceeding just as effectively the next morning after the accused had had an opportunity to talk to his lawyer. The questioning of the accused by the police following his insistence on speaking to his lawyer, completely disregarded the accused's constitutional rights and their conduct constituted a wilful violation of his rights. The decision of this Court in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, was not distinguishable from the present case.

The fact that the accused did not telephone his counsel's office at 9:00 p.m. to get in touch with him does not mean that the accused was not diligently pursuing his rights. An individual in the accused's position might quite realistically think that he could not reach a lawyer at his office at that time of night and that even if he did, the lawyer would postpone any meeting to the next day. Where, as in this case, an investigation need not be urgently pursued, an accused should be able to wait and get in touch with his lawyer, rather than with any lawyer. In view of the accused's ongoing assertion of his desire to speak with counsel, the burden of showing a reasonable opportunity was given was on the Crown.

rêt de la société dans la répression du crime par la condamnation des coupables.

*Le juge Sopinka:* Une personne détenue doit être informée promptement de son droit à l'assistance d'un avocat et on doit lui accorder une possibilité raisonnable d'y avoir recours. Pendant ce temps, l'interrogatoire policier doit être suspendu. Ce qu'est une possibilité raisonnable est déterminé en fonction de toutes les circonstances de l'affaire, y compris le comportement de l'accusé. Le caractère raisonnable d'une possibilité doit être apprécié en partie en fonction de la diligence avec laquelle l'accusé cherche à se prévaloir du droit. En l'espèce, l'appelant a montré beaucoup de désinvolture quand on lui a donné la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat. Les tribunaux d'instance inférieure ont tenu compte de ces éléments et de certains autres, ont appliqué correctement les règles de droit et ont conclu que, dans les faits, la possibilité accordée à l'accusé était raisonnable. Comme il s'agit principalement d'une question de fait, il n'y a aucun motif de modifier la décision des tribunaux d'instance inférieure.

*Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest (dissidents):* L'accusé n'a pas eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat puisqu'à plusieurs reprises il a affirmé clairement sa volonté d'exercer ce droit. Aucune urgence ne justifiait les policiers de procéder à l'interrogatoire si rapidement. Le vol qualifié avait eu lieu cinq mois plus tôt et l'enquête n'aurait pas été moins efficace si elle avait été remise au lendemain matin, l'accusé ayant alors eu le temps de consulter son avocat. En interrogeant l'accusé après qu'il eut demandé instamment à parler à son avocat, les policiers ont totalement méconnu les droits constitutionnels de l'accusé et leur conduite constitue une violation délibérée de ses droits. L'arrêt de cette Cour, *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, s'applique à l'espèce.

Le fait que l'accusé n'a pas téléphoné au bureau de son avocat à 21 h pour essayer de le joindre ne signifie pas qu'il n'a pas exercé son droit avec diligence. Une personne dans la situation où l'accusé se trouvait est tout à fait justifiée de croire qu'elle ne rejoindra pas un avocat à son bureau à cette heure de la soirée et que, même si elle le rejoignait, l'avocat remettrait probablement toute consultation au lendemain. Lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas d'urgence à poursuivre l'enquête, un accusé devrait pouvoir attendre d'être en mesure de communiquer avec son avocat plutôt qu'avec n'importe quel avocat. En raison de l'affirmation répétée de l'accusé de sa volonté de parler à son avocat, il incombait au ministère public de faire la preuve qu'il avait été donné à l'accusé une possibilité raisonnable de le faire.

The accused's statement should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The statement was obtained as a direct consequence of the breach of the accused's s. 10(b) rights. Additionally, after the accused had repeatedly asserted his desire to speak to his lawyer, the police did nothing to disabuse him of the notion that he could speak to the police "off the record". On a balancing of the interests of the administration of justice with the accused's rights, the evidence should be excluded.

### Cases Cited

By Lamer J.

**Applied:** *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; **distinguished:** *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436; *United States v. Washington*, 431 U.S. 181; *R. v. Upston*, [1988] 1 S.C.R. 1083.

By La Forest J. (dissenting)

*R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10(b), 24(2).

### Authors Cited

Jull, Kenneth. "Clarkson v. R.: Do We Need a Legal Emergency Department?" (1987), 32 *McGill L.J.* 359.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 43 C.C.C. (3d) 379, 29 B.C.L.R. (2d) 180, dismissing the accused's appeal from his conviction for robbery. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Wilson and La Forest J.J. dissenting.

Henry K. Brown and Ann Cameron, for the appellant.

La déclaration de l'accusé aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La déclaration obtenue de l'accusé est la conséquence directe de la violation de ses droits garantis par l'al. 10b). De plus, bien que l'accusé ait, de façon répétée, exprimé sa volonté de parler à son avocat, les policiers n'ont rien fait pour le détromper de l'idée qu'il pouvait faire une déclaration «en confiance» à la police. Si l'on met en balance l'intérêt de l'administration de la justice et les droits de l'accusé, il faut écarter la déclaration.

### Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

**Arrêts appliqués:** *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; **arrêt mentionné:** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436; *United States v. Washington*, 431 U.S. 181; *R. c. Upston*, [1988] 1 R.C.S. 1083.

Citée par le juge La Forest (dissident)

*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10b), 24(2).

### Doctrine citée

Jull, Kenneth. «Clarkson v. R.: Do We Need a Legal Emergency Department?» (1987), 32 *R.D. McGill* 359.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 43 C.C.C. (3d) 379, 29 B.C.L.R. (2d) 180, rejetant l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité à l'accusation de vol qualifié. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest sont dissidents.

Henry K. Brown et Ann Cameron, pour l'appellant.

*William F. Ehrcke*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal raises the following issues: whether the appellant's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were infringed because the police questioned him before he had had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel; and if so, whether the evidence thereby obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

#### Facts

The appellant was arrested at home at 7:13 p.m. on May 22, 1986 in connection with a robbery that had occurred some five months before. After various stops, some at the appellant's request, he arrived at the police station at approximately 9:00 p.m. He had been informed on arrest of his right to counsel, and was not questioned en route to the police station, the arresting officers having advised the appellant that they did not wish to discuss the robbery before arriving at the station. On arrival there, the accused made a request to communicate with his lawyer and was handed a telephone and telephone book and given the opportunity to call him. He wanted to speak with George Brown. However, he was unable to locate a home telephone number for Mr. Brown, and, it being at 9:00 p.m., he declined the opportunity to telephone the lawyer's office in the event that there might be an answering service. Rather, he advised the police he would contact his lawyer in the morning.

An hour later, the appellant was taken to an interview room for interrogation. He agreed to talk about himself, but would not talk about the robbery. What then transpired is fully set out in the following excerpt from the reasons of McLachlin J.A., as she then was, beginning with an exchange between the appellant and the police at 11:40 p.m.:

*William F. Ehrcke*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson et La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Le présent pourvoi soulève les questions suivantes: les droits que l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appellant ont-ils été violés parce que les policiers l'ont interrogé avant qu'il ait une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et, dans l'affirmative, les éléments de preuve ainsi obtenus doivent-ils être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*?

#### Les faits

L'appellant a été arrêté chez lui, à 19 h 13, le 22 mai 1986, pour un vol qualifié qui avait eu lieu environ cinq mois plus tôt. L'appellant est arrivé au poste de police vers 21 h après divers arrêts, dont certains avaient été faits à sa demande. Dès le moment de l'arrestation, il avait été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et il n'a pas été interrogé pendant le trajet de la maison au poste de police, les agents qui avaient procédé à l'arrestation ayant avisé l'appellant qu'ils ne voulaient pas parler du vol qualifié avant d'être au poste de police. En arrivant au poste de police, l'appellant a demandé à communiquer avec son avocat; on a mis à sa disposition un appareil de téléphone et un annuaire et on lui a donné la possibilité de l'appeler. Il voulait communiquer avec M<sup>c</sup> George Brown. Cependant il n'a pu trouver le numéro de téléphone de son domicile et, comme il était 21 h, il n'a pas essayé d'appeler à son bureau et de laisser un message sur le répondeur téléphonique s'il y en avait un. Il a dit aux agents qu'il appellerait plutôt son avocat dans la matinée.

Une heure plus tard, l'appellant a été amené dans une salle d'interrogatoire. Il a consenti à donner des renseignements sur sa personne, mais il a refusé de dire quoi que ce soit au sujet du vol qualifié. Ce qui s'est produit par la suite est relaté en détail dans l'extrait suivant des motifs du juge McLachlin, alors juge de la Cour d'appel; la première partie de ce passage est une conversation intervenue entre l'appellant et les agents de police vers 23 h 40:

Smith: I would like my lawyer present.

Johnson: No problem, but with your lawyer you won't say anything. I need to hear this from you. You can understand, but I need to hear from you.

Further questioning ensued with the second police officer, Constable Dahl, taking over. At one point the subject of Smith's mother was raised and he became emotional and cried. After further questioning, which once again introduced the subject of robbery, the following exchange took place:

Dahl: What is your reason for the robbery?

Smith: I really don't want to say anything. I will talk to you guys, but I will wait for a lawyer.

Dahl: What can a lawyer do for you?

Smith: I can explain to him what went on.

Dahl: Your lawyer is going to tell you not to talk to the police like they always do.

Smith: Yes.

Dahl: What is that going to get you? You have to be honest with yourself if you want your kids to be honest.

Smith: Yeah.

Dahl: If the kids steal something, you would want your kids to be honest?

Smith: Yes.

A short while later, Smith made a statement, stating that it was "off the record".

On the *voir dire* into the admissibility of this statement, Constable Johnson agreed that the officers had entertained no doubt that Smith wanted to consult his lawyer before discussing the robbery. The officers made a conscious effort to dissuade him from this course, as the following excerpt from Constable Johnson's cross-examination discloses:

Q. Well officer, you agreed with me that you made a conscious effort to persuade him not to involve his lawyer at that point.

A. Yes.

Q. Okay. And you did that because you thought that if this man talked to his lawyer he isn't going to say anything to us?

A. Quite possible, yes.

[TRADUCTION]

Smith: J'aimerais que mon avocat soit présent.

Agent Johnson: Pas de problème; mais si ton avocat est présent tu ne diras rien. J'ai besoin de ta déposition. Tu dois comprendre, mais je dois avoir ta déposition.

Un deuxième policier, l'agent Dahl, a poursuivi l'interrogatoire. À un moment donné, on a parlé à M. Smith de sa mère; très ému, il a commencé à pleurer. Plus tard au cours de l'interrogatoire, qui a de nouveau porté sur le vol qualifié, on a échangé les propos suivants:

Agent Dahl: Quelle est ta raison pour le vol qualifié?

Smith: Je ne veux absolument rien dire. Je vous parlerai, mais en présence d'un avocat.

Agent Dahl: Qu'est-ce qu'un avocat peut faire pour toi?

Smith: Je peux lui expliquer ce qui s'est passé.

Agent Dahl: Ton avocat te dira de ne rien dire à la police comme ils le font toujours.

Smith: Oui.

Agent Dahl: Qu'est-ce que tu vas y gagner? Tu dois être honnête avec toi-même si tu veux que tes enfants soient honnêtes.

Smith: Ouais.

Agent Dahl: Et si les enfants volent quelque chose, tu veux que tes enfants soient honnêtes?

Smith: Oui.

Un peu plus tard, Smith a fait une déclaration en précisant que c'était «en confidence».

Lors du *voir-dire* sur la recevabilité de la déclaration, l'agent Johnson a reconnu que les agents savaient très bien que Smith voulait consulter son avocat avant de parler du vol qualifié. Les agents ont sciemment tenté de le faire changer d'avis comme le révèle l'extrait suivant du contre-interrogatoire de l'agent Johnson.

Q. Bon, vous admettez que vous avez sciemment tenté de le convaincre de ne pas faire intervenir son avocat à ce moment-là.

R. Oui.

Q. Bien. Vous l'avez fait parce que vous croyiez que si l'accusé contactait son avocat, il ne vous dirait rien?

R. C'est bien possible, oui.

Q. Well, it was more than possible. It was what you feared, was it not?

A. Well, again he was saying he would like his lawyer present before offering his explanation. It's been my experience that most often a lawyer will counsel their client to say nothing.

Q. And that is what you wanted to avoid, is it not?

A. Yes.

((1988), 43 C.C.C. (3d) 379, at pp. 388-89)

### The Courts Below

The trial judge admitted the statement, and Smith was convicted. A majority of the Court of Appeal upheld the conviction (Hinkson J.A., with Carrothers J.A. concurring, McLachlin J.A. dissenting).

Hinkson J.A. noted that s. 10(b) imposes two duties on the police: the duty to allow a detainee a reasonable opportunity to retain and instruct counsel without delay, and the duty to cease questioning the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. He then reviewed *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, and *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161, and concluded as follows (at pp. 386-87):

As soon as the appellant was arrested he was informed of the reason for his arrest, informed of his rights, and told that the robbery was not to be discussed with him until he reached the police station.

It is clear that the appellant understood his right to retain and instruct counsel at that time. He made a request and the police provided him with a telephone and a telephone book to communicate with a lawyer. When he changed his mind the police urged him to make the telephone call in an attempt to communicate with his lawyer. He declined to do so. He was then placed in the cells again for an hour during which time he had an opportunity to reconsider whether or not he would attempt to get in touch with a lawyer that evening. He knew that the police intended to interview him about the details of the robbery. An hour later he had not changed his mind about attempting to get in touch with a lawyer that evening. He was reminded of his rights in the interview room but did not request an opportunity to telephone a lawyer at that time. Looking at the circumstances as they existed up to the point

Q. Bon, c'était plus que possible. C'est ce que vous craigniez, n'est-ce pas?

R. Bien, encore une fois, il disait qu'il aurait préféré que son avocat soit présent avant de donner son explication. Selon mon expérience, la plupart des avocats recommandent à leur client de ne rien dire.

Q. Et c'est ce que vous vouliez éviter, n'est-ce pas?

R. Oui.

b ((1988), 43 C.C.C. (3d) 379, aux pp. 388 et 389)

### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge du procès a admis la déclaration et Smith a été reconnu coupable. La Cour d'appel a confirmé, à la majorité, la déclaration de culpabilité (le juge Hinkson, avec l'appui du juge Carrothers; le juge McLachlin était dissidente).

Le juge Hinkson a souligné que l'al. 10b) impose deux obligations aux policiers: l'obligation de laisser à une personne détenue une possibilité raisonnable d'avoir recours sans délai aux services d'un avocat et l'obligation de cesser d'interroger la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu la possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a examiné les arrêts *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, et *R. v. Playford* (1987), 24 O.A.C. 161, puis il a conclu (aux pp. 386 et 387):

[TRADUCTION] Dès son arrestation, l'appelant a été avisé du motif de son arrestation et informé de ses droits; on lui a dit aussi que les agents ne devaient pas lui parler du vol qualifié avant qu'il soit arrivé au poste de police.

Il est manifeste que l'appelant a compris son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat à ce moment-là. Il a demandé à le faire et les agents lui ont fourni un téléphone et un annuaire pour communiquer avec son avocat. Après qu'il eut changé d'avis, les agents lui ont conseillé de téléphoner pour tenter de rejoindre son avocat. Il a refusé de le faire. Il a alors été remis en cellule pendant une heure durant laquelle il a eu la possibilité de se demander s'il devait essayer de communiquer avec son avocat le soir même. Il savait que les policiers voulaient l'interroger au sujet des détails relatifs au vol qualifié. Une heure plus tard, il n'avait pas changé d'avis sur l'opportunité d'essayer de contacter son avocat le soir même. On lui a rappelé ses droits dans la salle d'interrogatoire, mais il n'a pas demandé la possibilité de téléphoner à un avocat. Compte tenu des circonstances qui prévalaient au début de l'interroga-

when the interview commenced, it appears to me that the appellant had had a reasonable opportunity to get in touch with a lawyer and had declined to do so. He was not diligently pursuing his rights under s. 10(b) of the Charter.

In this case the attending police officers did not commit any impropriety nor were they unfair with the appellant. When he did not diligently exercise his right to retain and instruct counsel without delay but deferred doing so until the next morning, the right of the police to question him was not thereby suspended.

McLachlin J.A. dissented. In her view, the issue was simply whether, barring waiver, the accused was given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel before the police attempted to elicit evidence from him. She noted that in the circumstances of this case, it could not be said that the accused had waived the right to counsel. She then turned to the question of what constituted a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. She noted the importance of fairly balancing the rights of the individual with the interests of society. "Reasonable opportunity" was composed of two aspects. First, the detainee must be given the means of contacting counsel. Second, he must be given a reasonable time within which to do so. What is a reasonable time depends on the circumstances of each case.

On the basis of *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, and *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, McLachlin J.A. concluded that in circumstances where it is not urgent that the police proceed immediately with questioning the detainee, the reasonable time for contacting a lawyer may extend beyond the interval immediately following arrest. In the absence of urgency or other compelling circumstances, the time permitted to the accused to contact a lawyer should not be arbitrarily curtailed to meet the convenience of the authorities or to facilitate their desire to obtain an incriminating statement. In the result, she found this case to be indistinguishable from *Manninen*. Similarly, *R. v. Playford*, *supra*, also supported her position. There, police questioning conducted fifteen hours after arrest was held to have deprived the accused of his right to retain and

toire, j'estime que l'appelant a eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et qu'il a refusé de le faire. Il n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice des droits que lui garantissait l'al. 10b) de la Charte.

En l'espèce, la conduite des agents de police présents n'a été ni illégitime ni inéquitable envers l'appelant. Puisque l'appelant n'a pas exercé avec diligence son droit à l'assistance d'un avocat dans un délai raisonnable et a remis l'appel jusqu'au lendemain matin, le droit des agents de police de l'interroger n'était pas suspendu.

Le juge McLachlin était dissidente. Selon elle, la question se résumait à savoir si, faute de renonciation, l'accusé avait eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant que les policiers cherchent à obtenir de lui des éléments de preuve. Elle a fait remarquer que, dans les circonstances de cette affaire, on ne pouvait dire que l'accusé avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Elle a analysé ensuite la notion de «possibilité raisonnable» de retenir les services d'un avocat. Elle a souligné l'importance d'établir un juste équilibre entre les droits de la personne et les intérêts de la société. Une «possibilité raisonnable» comporte deux volets: d'abord, il faut donner à la personne détenue les moyens de communiquer avec un avocat; en second lieu, il faut lui donner un délai raisonnable pour le faire. Ce qui constitue un délai raisonnable dépend des circonstances de chaque affaire.

S'appuyant sur les arrêts *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, et *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, le juge McLachlin a conclu que, dans les cas où il n'est pas urgent pour la police de commencer immédiatement à interroger la personne détenue, le délai raisonnable pour communiquer avec un avocat peut aller au-delà de la période qui suit immédiatement l'arrestation. S'il n'y a pas d'urgence ni d'autre circonstance pressante, le délai accordé à l'accusé pour communiquer avec un avocat ne peut pas être abrégé de façon arbitraire pour accommoder les autorités ou pour les aider à obtenir la déclaration incriminante souhaitée. En définitive, elle a conclu que l'espèce ne différait pas de l'affaire *Manninen*. De même, l'arrêt *R. v. Playford*, précité, appuie sa conclusion. Dans cette affaire, l'interrogatoire des policiers mené quinze heures après l'arrestation de



instruct counsel in view of the lack of urgency of the investigation and the fact that the accused had been taken into custody on a Sunday night when it might reasonably be anticipated that there would be some difficulty in the accused being able to promptly retain and instruct counsel.

Having regard to the facts that the robbery in question had taken place five months earlier, that the accused had every reason to suppose that his lawyer would be unavailable at that time of night, and that the accused repeatedly reaffirmed his desire to speak with a lawyer, McLachlin J.A. held that there was no possibility of finding waiver, and in the circumstances a reasonable time for contacting counsel had not elapsed. Finding, therefore, a violation of the accused's rights, McLachlin J.A. excluded the evidence.

### Analysis

The Court of Appeal delivered its reasons before this Court had handed down judgment in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3. But even without reference to that case, I find the reasons of McLachlin J.A. compelling. In light of that case, I do not see how the Crown can succeed. I nonetheless turn to the arguments raised by the parties.

The appellant argues that he did not waive his right to counsel. Following *Clarkson, supra*, this cannot be successfully disputed. The accused positively and repeatedly asserted his desire to exercise his right to counsel. Answering the questions put to him does not constitute a waiver of his right to counsel in these circumstances. It is clear that these answers were given after he had asserted his desire to speak with his lawyer. It is also clear that he believed they were given "off the record", and the police did nothing to disabuse him of that notion. In these circumstances, it could not be said that there was an awareness of the consequences of speaking in the absence of his lawyer.

l'accusé a été jugé contraire au droit de celui-ci à l'assistance d'un avocat puisque l'enquête n'était pas urgente et que l'accusé avait été mis sous garde le dimanche soir alors qu'il était raisonnable de prévoir qu'il aurait de la difficulté à retenir rapidement les services d'un avocat.

Tenant compte du fait que le vol qualifié avait eu lieu cinq mois plus tôt, que l'accusé était parfaitement justifié de croire que son avocat serait difficile à rejoindre à cette heure de la soirée et que l'accusé avait dit à plusieurs reprises qu'il voulait parler à son avocat, le juge McLachlin a estimé qu'il était impossible de conclure à la renonciation à ce droit et que, vu les circonstances, l'accusé n'avait pas disposé d'un délai raisonnable pour communiquer avec son avocat. Concluant qu'il y avait donc eu violation des droits de l'accusé, le juge McLachlin aurait écarté les éléments de preuve.

### Analyse

La Cour d'appel a rendu son arrêt avant que cette Cour prononce le jugement *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3. Mais même sans le secours de cet arrêt, je trouve convaincants les motifs du juge McLachlin. En raison de cet arrêt, je ne puis voir comment la poursuite pourrait avoir gain de cause. J'analyserai quand même les arguments présentés par les parties.

L'appelant soutient qu'il n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. D'après l'arrêt *Clarkson*, précité, la chose est incontestable. L'accusé a clairement affirmé à plusieurs reprises sa volonté d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Le fait d'avoir répondu aux questions qui lui étaient posées ne constitue pas une renonciation à son droit à l'assistance d'un avocat dans ces circonstances. Il est manifeste qu'il a répondu à ces questions après avoir affirmé sa volonté de communiquer avec son avocat. Il est tout aussi manifeste qu'il croyait avoir donné des réponses «en confidence» et que les policiers n'ont rien fait pour le détromper de cette idée. Dans ces circonstances, on ne peut dire que l'accusé connaissait les conséquences de déclarations faites en l'absence de son avocat.

The case, as I see it, really turns on whether the appellant had a reasonable opportunity to contact counsel. In my view, the appellant did not have that opportunity. What the evidence discloses is that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel, and that he initially requested a telephone to speak with his lawyer. He decided not to make the call thinking, quite reasonably in the view of McLachlin J.A., that at that time of night there would be no one in the lawyer's office. He said he would call his lawyer in the morning. From that point on, he continually asserted his intention not to speak about the robbery in the absence of his lawyer. The evidence also discloses that the police actively dissuaded the accused from his resolve not to speak until he had talked with his lawyer.

The Crown submits, however, that the appellant did not diligently pursue his s. 10(b) rights. I cannot accept this position. The appellant wanted his lawyer, George Brown. It is true that he did not telephone Mr. Brown's office at 9:00 p.m. to get in touch with him, but that does not persuade me that the appellant was not diligently pursuing his rights. An individual in the appellant's position might quite realistically think that he could not reach a lawyer at his office at that time of night and that even if he did, the lawyer would postpone any meeting to the next day.

I should add that the appellant should be able to wait and get in touch with his lawyer, rather than with any lawyer. If the investigation needed urgently to be pursued, the position might be different, but it cannot be said that there was any urgency in this case. There was nothing that would preclude the investigation from proceeding just as effectively the following morning. The alleged crime had taken place five months before.

The Crown attempted to distinguish *Manninen*, *supra*, from this case on the ground that here the police did not question the accused until after he had made the decision not to telephone his lawyer. The distinction, however, is irrelevant. The essential point in both cases is that the accused asserted and continued to assert his right to counsel. The

Selon moi, la question déterminante du pourvoi est de savoir si l'appelant a eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. À mon avis, l'appelant n'a pas eu cette possibilité. Il ressort de la preuve que l'appelant a été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il a d'abord demandé de communiquer par téléphone avec son avocat. Il a décidé de ne pas faire l'appel téléphonique croyant, avec raison selon le juge McLachlin, qu'il n'y aurait personne au bureau de l'avocat à cette heure de la soirée. Il a dit qu'il téléphonerait à son avocat dans la matinée. Depuis ce moment, il n'a pas cessé d'affirmer sa volonté de ne pas parler du vol qualifié en l'absence de son avocat. La preuve démontre également que les policiers ont activement cherché à dissuader l'accusé de sa résolution de ne rien dire avant d'avoir parlé à son avocat.

Le ministère public soutient cependant que l'appelant n'a pas été diligent dans l'exercice des droits conférés par l'al. 10b). Je ne puis accepter cette affirmation. L'appelant voulait que son avocat soit M<sup>e</sup> George Brown. Il est vrai qu'il n'a pas appelé le bureau de M<sup>e</sup> Brown à 21 h pour lui parler, mais ceci ne me fait pas conclure qu'il n'a pas exercé ses droits avec diligence. Un accusé dans la situation où l'appelant se trouvait est tout à fait justifié de croire qu'il ne rejoindra pas un avocat à son bureau à cette heure de la soirée et que même s'il le rejoignait, l'avocat remettrait probablement toute consultation au lendemain.

Je dois ajouter que l'appelant devrait pouvoir attendre de communiquer avec son avocat plutôt qu'avec n'importe quel avocat. S'il y avait eu urgence à poursuivre l'enquête, il en aurait peut-être été autrement, mais on ne peut dire qu'il y avait urgence en l'espèce. L'enquête n'aurait pas été moins efficace si elle avait été remise au lendemain matin. L'acte criminel allégué avait été commis cinq mois plus tôt.

Le ministère public a tenté d'établir une distinction entre l'arrêt *Manninen*, précité, et l'espèce parce que les policiers n'ont pas interrogé l'accusé avant qu'il ait décidé de ne pas appeler son avocat au téléphone. Cette différence est sans conséquence. Le point essentiel dans les deux cas tient à ce que l'accusé a demandé à plusieurs reprises

Crown also attempted to distinguish *Ross, supra*, on the basis that the arrest in this case took place at 9:00 p.m., whereas that in *Ross* occurred at 2:00 a.m. I do not find this distinction persuasive either. It may be harder to obtain the services of a lawyer at 2:00 a.m., but it is by no means easy to get a specific lawyer at 9:00 p.m. either. To make a distinction such as this is at once to interpret the *Charter* in a grudging way and to give the police, who must administer the law, very unclear guidelines.

In my view, this case is governed by *Ross*. There, Lamer J. for the majority, discussed what is meant by a reasonable opportunity. He said, at p. 11:

Reasonable diligence in the exercise of the right to choose one's counsel depends upon the context facing the accused or detained person. On being arrested, for example, the detained person is faced with an immediate need for legal advice and must exercise reasonable diligence accordingly. By contrast, when seeking the best lawyer to conduct a trial, the accused person faces no such immediacy. Nevertheless, accused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer.

Moreover, once the appellant asserted his right to instruct counsel, and absent a clear indication that he had changed his mind, it was unreasonable for the police to proceed as if Leclair had waived his right to counsel.

Lamer J. then went on to discuss *Clarkson, supra*, and noted that after an assertion of the right to counsel, the burden of establishing an unequivocal waiver is on the Crown. Similarly, in view of the appellant's ongoing assertion of a desire to speak with counsel, I am of the opinion that the burden of showing a reasonable opportunity was given must be on the Crown.

Lamer J. then discussed the issue of urgency. He stated, at p. 12:

d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Le ministère public a aussi voulu établir une distinction d'avec l'arrêt *Ross*, précité, parce qu'en l'espèce l'arrestation avait eu lieu à 21 h alors que dans l'affaire *Ross* elle avait eu lieu à 2 h du matin. Je ne trouve pas cette distinction convaincante non plus. Il est peut-être plus difficile d'obtenir les services d'un avocat à 2 h du matin, mais il n'est certainement pas facile non plus d'entrer en communication avec un avocat précis à 21 h. Établir une telle distinction serait, à la fois, donner une interprétation mesquine de la *Charte* et formuler des directives très ambiguës pour les policiers chargés de l'application de la loi.

Selon moi, l'arrêt *Ross* s'applique à l'espèce. Dans cet arrêt, le juge Lamer analyse, pour la majorité, la notion de possibilité raisonnable. Il dit à la p. 11:

La diligence raisonnable dans l'exercice du droit de choisir son avocat dépend de la situation dans laquelle se trouve l'accusé ou le détenu. Au moment de son arrestation, par exemple, le détenu a un besoin immédiat de conseils juridiques et doit faire preuve de diligence raisonnable en conséquence. Par contre, lorsqu'il cherche le meilleur avocat pour un procès, l'accusé n'est pas dans une telle situation d'urgence. Néanmoins, l'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.

De plus, l'appelant ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, et en l'absence d'indication claire qu'il avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme si Leclair avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

Le juge Lamer examine ensuite l'arrêt *Clarkson*, précité, et signale que lorsque l'accusé a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, il incombe au ministère public d'établir qu'il y a un manifestement renoncé par la suite. De même, à cause de l'affirmation répétée de l'appelant de sa volonté de parler à son avocat, je suis d'avis qu'il incombe au ministère public de faire la preuve qu'il lui a été donné une possibilité raisonnable de le faire.

Le juge Lamer examine ensuite la question de l'urgence. Il dit à la p. 12:

Obviously, there was no urgency or other reason justifying that the police proceed forthwith and it cannot be said that the appellants had a real opportunity to retain and instruct counsel.

Later, at p. 17, he added:

The appellants clearly asserted their right to counsel and there was no urgency of any kind to explain the behaviour of the police. Nothing prevented them from holding the line-up later in the day. Nor is this a case of a good faith error in police conduct resulting in an inadvertent denial of the right to counsel. The police cannot be excused for misconstruing and misinterpreting the scope of their duty to provide a reasonable opportunity to retain and instruct counsel.

In my view, these observations apply equally to this case. There was no reason to proceed before the appellant had the opportunity to speak with counsel the next morning. As well, as the portions of the transcript set forth in the excerpt from McLachlin J.A.'s judgment cited earlier demonstrate, the police, in questioning the appellant following his insistence on speaking to his lawyer, completely disregarded the appellant's rights.

The only factor I can find in the police's favour in this case is that the appellant did not attempt to call his lawyer. However, I cannot hold it against the appellant that he was willing to spend the night in jail when the likelihood was that he would not have been able to talk to his lawyer that night anyway. All in all, I have no difficulty in holding that the police did not, in the circumstances, give the appellant a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. I would go further and say that their conduct constituted a wilful violation of the appellant's rights.

My conclusion that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) will therefore not be surprising. The appellant's statement was obtained as a direct consequence of the breach of the appellant's rights. Additionally, I am troubled by the fact that after the appellant had repeatedly asserted his desire to speak to his lawyer, the police did nothing to disabuse him of the notion that he could speak to the police "off the record". The Crown argues that on a balancing of the interests of the

De toute évidence, aucune urgence ni aucune autre raison ne justifiait les policiers à agir immédiatement et on ne peut dire que les appelants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

<sup>a</sup> Il ajoute, plus loin, à la p. 17:

Les appelants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir la séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas non plus un cas d'erreur de bonne foi qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat. On ne peut excuser les policiers d'avoir mal interprété l'étendue de leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

<sup>b</sup> À mon avis, ces observations s'appliquent également à l'espèce. Il n'y avait aucune raison de continuer l'enquête avant que l'appellant ait eu la possibilité de consulter son avocat le lendemain matin. De même, comme l'indiquent les extraits précités des motifs du juge McLachlin, les policiers, en interrogeant l'appellant après qu'il eut demandé instamment à parler à son avocat, ont totalement méconnu les droits de l'appellant.

<sup>c</sup> Le seul facteur de cette affaire que je considère favorable aux policiers est le fait que l'appellant n'ait pas essayé d'appeler son avocat. Cependant, on ne peut reprocher à l'appellant d'avoir accepté de passer la nuit en prison quand il était probable qu'il ne pourrait pas, de toute façon, communiquer avec son avocat le soir même. En définitive, je n'hésite pas à conclure que, dans les circonstances, les policiers n'ont pas donné à l'appellant une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. J'irais même jusqu'à dire que leur conduite constituait une violation délibérée des droits de l'appellant.

<sup>d</sup> Il n'est donc pas surprenant que je conclue que la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2). La déclaration obtenue de l'appellant est la conséquence directe de la violation de ses droits. De plus, je suis préoccupé par le fait que, même après que l'appellant eut, de façon répétée, exprimé sa volonté de parler à son avocat, les policiers n'aient rien fait pour le détromper de l'idée qu'il pouvait faire une déclaration «en confidence» à la police. Le ministère public soutient néanmoins

administration of justice with the appellant's rights, the evidence should nonetheless be admitted. I am of the view that the balance lies the other way.

I would allow the appeal and order a new trial.

The reasons of Lamer and Gonthier JJ. were delivered by

LAMER J.—The appellant was found guilty of robbery, after a trial by judge and jury. The British Columbia Court of Appeal dismissed his appeal, McLachlin J.A. (as she then was) dissenting. As a result, the appellant appeals in this Court as of right. He argues that his right to retain and instruct counsel without delay, guaranteed by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, was violated and that the evidence obtained in these circumstances should be excluded, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, since the admission of it into the proceedings could bring the administration of justice into disrepute.

#### The Facts

The appellant was arrested and charged with robbery. He was arrested shortly after 7:00 p.m. at his home about five months after the commission of the offence for which he is prosecuted. On the way between his home and the police station, he was advised of his rights including his right to retain and instruct counsel. On the way, he made several requests, all of which the police complied with. He asked, among other things, that certain pills be retrieved from his apartment, that his keys be left with a certain woman and that he be allowed to obtain gum and cigarettes. It was only upon his arrival at the police station, at approximately 9:00 p.m., that the appellant expressed his intention to communicate with his lawyer. The police, at this time, gave him a telephone book and gave him access to a telephone. Having noticed that the telephone book only contained the office number for his lawyer, the appellant decided not to make the call and to wait until the morning. The police suggested that he try to make the call but he refused. He was placed in a police cell.

que, si l'on met en balance l'intérêt de l'administration de la justice et les droits de l'appellant, il faut admettre les éléments de preuve. Je suis d'avis que la balance penche de l'autre côté.

J'accueillerais le pourvoi et ordonnerais un nouveau procès.

Les motifs des juges Lamer et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE LAMER—L'appelant a été reconnu coupable de vol qualifié à la suite d'un procès avec jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel, le juge McLachlin, maintenant juge de cette Cour, étant dissidente. L'appelant se pourvoit donc de plein droit. Il prétend que son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été violé et que la preuve obtenue dans ces circonstances devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de cette *Charte* puisque son utilisation en preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### Les faits

L'appelant a été arrêté et accusé de vol qualifié. Il a été arrêté chez lui peu après 19 h cinq mois environ après la commission du crime dont il est accusé. Lors du trajet entre son domicile et le poste de police, il fut avisé de ses droits, dont son droit à l'assistance d'un avocat. Pendant ce trajet, il a formulé plusieurs demandes auxquelles les policiers ont acquiescé. Il a demandé, entre autres, que certaines pilules soient prises à son appartement, que ses clés soient laissées à une certaine personne et même qu'on lui permette de se procurer de la gomme et des cigarettes. Ce n'est qu'une fois arrivé au poste de police, soit vers 21 h, que l'appelant a exprimé son intention de communiquer avec son avocat. Les policiers ont alors mis un téléphone et un annuaire à sa disposition. Ayant constaté que seul le numéro du bureau de son avocat figurait dans l'annuaire téléphonique, l'appelant a décidé de ne pas téléphoner et d'attendre au lendemain matin. Les policiers lui ont suggéré de tenter de téléphoner, mais il a refusé. Il a été placé en cellule.

He was questioned approximately one hour later. During this questioning, the appellant advised the police that he would answer questions concerning himself but that he would not make any comments about the robbery he was charged with, until he could speak with his lawyer. The police pursued their questioning and tried to obtain a statement from him. The appellant twice indicated that he wanted to speak to his lawyer. Finally, he made a statement, specifying that it was made "off the record". It is this statement that the appellant asks this Court to exclude.

### The Judgments

#### *County Court of New Westminster*

McTaggart J. concluded, after having held a *voir dire*, that the right to retain and instruct counsel guaranteed to the appellant by s. 10(b) of the *Charter* had not been violated. According to McTaggart J., the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel but refused the offer made to him to exercise this right. The appellant was aware that he had this right when he chose to make an incriminating statement.

#### *British Columbia Court of Appeal*

The British Columbia Court of Appeal (1988), 43 C.C.C. (3d) 379 (Carrothers, Hinkson and McLachlin J.J.A.) concluded that the issue was whether the appellant had had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel without delay. Hinkson J.A., with whom Carrothers J.A. concurred, underlined that this Court, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, elaborated on the scope of the right protected by s. 10(b) of the *Charter*. He noted that according to *Manninen*, s. 10(b) imposes two duties on the police. The police must give the arrested or detained person a reasonable opportunity to exercise his right to counsel and refrain from questioning this person until he has had this reasonable opportunity. He wrote that in his view (at p. 387):

Looking at the circumstances as they existed up to the point when the interview commenced, it appears to me

Il a été interrogé environ une heure plus tard. Pendant cet interrogatoire, l'appelant a avisé les policiers qu'il répondrait aux questions le concernant personnellement, mais qu'il ne ferait aucun commentaire quant au vol qui lui était reproché tant qu'il n'aurait pas parlé à son avocat. Les policiers ont poursuivi leur interrogatoire et ont tenté d'obtenir une déclaration de sa part. L'appelant a indiqué à deux reprises qu'il voulait parler à son avocat. Il a finalement fait une déclaration en spécifiant que celle-ci était faite «en confidence». C'est cette déclaration que l'appelant nous demande d'écarter.

### Les jugements

#### *Cour de comté de Westminster*

Le juge McTaggart a conclu, après la tenue d'un *voir-dire*, que le droit à l'assistance d'un avocat qui est garanti à l'appelant en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* n'avait pas été violé. Selon lui, l'appelant a été avisé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat, mais a décliné l'offre qui lui a été faite de l'exercer. Il savait, lorsqu'il a choisi de s'incriminer, qu'il possédait ce droit.

#### *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 43 C.C.C. (3d) 379 (les juges Carrothers, Hinkson et McLachlin) a conclu que la question en litige était celle de savoir si l'appelant avait eu une possibilité raisonnable d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le juge Hinkson, aux motifs duquel a souscrit le juge Carrothers, a souligné que cette Cour, dans les affaires *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, avait examiné en détail la portée du droit garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Il a noté que selon *Manninen*, l'al. 10b) impose deux obligations aux policiers. Il faut que les policiers offrent à la personne arrêtée ou détenue une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat et qu'ils s'abstiennent de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable. Il a écrit que selon lui (à la p. 387):

[TRADUCTION] Compte tenu des circonstances qui prévalaient au début de l'interrogatoire, j'estime que l'appe-

that the appellant had had a reasonable opportunity to get in touch with a lawyer and had declined to do so. He was not diligently pursuing his rights under s. 10(b) of the Charter.

Consequently, Hinkson J.A. was of the opinion that the right of the police to question the appellant was not suspended and that the right of the latter to retain and instruct counsel was not violated.

McLachlin J.A. dissented. She was of the opinion that the appellant did not waive his right to retain and instruct counsel without delay. In her view, he did not have a reasonable opportunity to retain and instruct counsel since the police did not give him enough time to do so and attempted to dissuade him from exercising this right. Thus, she concluded that the evidence obtained in these circumstances should have been excluded by virtue of s. 24(2) since its admission would bring the administration of justice into disrepute.

### The Issue

The issue that we must decide is whether the British Columbia Court of Appeal erred in law in holding that the right of the appellant to retain and instruct counsel was not violated and, consequently, that the statement obtained by the police should not have been excluded.

### The Legislation

The following provisions are relevant to this appeal:

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

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

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

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner

lant a eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et qu'il a refusé de le faire. Il n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice des droits que lui garantissait l'al. 10b) de la Charte.

En conséquence, le juge Hinkson s'est dit d'avis que le droit qu'avaient les policiers d'interroger l'appellant n'avait pas été suspendu et que le droit de ce dernier d'avoir recours à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé.

Le juge McLachlin était dissidente. Elle s'est dit d'avis que l'appellant n'avait pas renoncé à son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Selon elle, il n'a pas eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat puisque les policiers ne lui ont pas donné suffisamment de temps pour ce faire et ont tenté de le dissuader de se prévaloir de ce droit. Elle a donc conclu que la preuve obtenue dans ces circonstances aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) puisque son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

### Question en litige

La question à trancher est donc de savoir si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en concluant que le droit de l'appellant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé et, en conséquence, que la déclaration obtenue par les policiers ne devait pas être écartée.

### Les textes législatifs

Voici les dispositions législatives pertinentes au présent pourvoi:

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

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

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

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

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont

that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

### Analysis

The fact that the appellant, in the case at bar, had the right to retain and instruct counsel is not in dispute. The Crown did not contest the fact that the appellant was detained within the meaning of s. 10(b) and, consequently, that he had the rights set out in it. Moreover, the police informed the appellant of these rights when they made the arrest.

Thus, the question raised is whether the police gave the appellant a reasonable opportunity to exercise this right to retain and instruct counsel without delay. This Court, in *Manninen, supra*, has clearly indicated that the right to retain and instruct counsel imposes this duty on the police and further that they must refrain from attempting to elicit evidence from the arrested or detained person until this person has had this reasonable opportunity. This principle has been recently reaffirmed in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3.

In the case at bar, the police, on the way between home and the police station, advised the appellant of his right to retain and instruct counsel. The appellant expressed several wishes but never expressed a wish to retain and instruct counsel. It was only upon his arrival at the police station, about two hours later, that the appellant indicated his intention to call his lawyer. The police, at this time, gave him a telephone book and brought him to a telephone. However, the appellant decided not to call because it was 9:00 p.m. and the only telephone number appearing in the telephone book was his lawyer's office number. The police suggested that he try since it was always possible that somebody would be at the office or that an answering machine would indicate a second telephone number where the lawyer could be reached. However, the appellant refused and decided to wait until the morning.

été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

### Analyse

Il n'est pas contesté que l'appelant, en l'espèce, avait le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En effet, le ministère public ne met aucunement en doute le fait que l'appelant était détenu au sens de l'al. 10b) et, qu'en conséquence, il possédait les droits qui y sont énoncés. Les policiers ont d'ailleurs informé l'appelant de ses droits dès son arrestation.

La question qui se pose est donc celle de savoir si les policiers ont donné à l'appelant une possibilité raisonnable d'exercer sans délai ce droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Cette Cour, dans l'affaire *Manninen*, précitée, a en effet clairement indiqué que le droit à l'assistance d'un avocat impose cette obligation aux policiers et que ces derniers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne arrêtée ou détenue tant que celle-ci n'a pas eu cette possibilité raisonnable. Ce principe a d'ailleurs été réaffirmé récemment dans l'affaire *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

En l'espèce, les policiers ont avisé l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat pendant le trajet de son domicile au poste de police. L'appelant a exprimé plusieurs désirs, mais jamais celui d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Ce n'est qu'une fois arrivé au poste de police, soit près de deux heures plus tard, que l'appelant a indiqué son intention de téléphoner à son avocat. Les policiers ont, à ce moment, mis un annuaire et un téléphone à sa disposition. Puisqu'il était 21 h et que le seul numéro de téléphone figurant dans l'annuaire était celui du bureau de son avocat, l'appelant a décidé de ne pas téléphoner. Les policiers lui ont suggéré de tenter sa chance puisqu'il était toujours possible que quelqu'un soit au bureau ou encore qu'un répondeur lui indique un second numéro de téléphone où rejoindre son avocat. L'appelant a toutefois refusé et a décidé d'attendre au lendemain matin.



The police officers, in these circumstances, were justified to continue their questioning and to act as they did. This Court, in *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, clearly indicated, at p. 439, that the duties imposed on the police as stated in *Manninen*, *supra*, were suspended when the arrested or detained person is not reasonably diligent in the exercise of his rights.

Generally speaking, if a detainee is not being reasonably diligent in the exercise of his rights, the correlative duties set out in this Court's decision in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, imposed on the police in a situation where a detainee has requested the assistance of counsel are suspended and are not a bar to their continuing their investigation and calling upon him to give a sample of his breath.

This limit on the rights of an arrested or detained person is essential because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the *Charter*, and in particular the right to retain and instruct counsel, are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society. An arrested or detained person cannot be permitted to hinder the work of the police by acting in a manner such that the police cannot adequately carry out their tasks.

The case at bar is a situation where an arrested or detained person was not reasonably diligent in the exercise of his rights. The appellant was arrested and informed of his right to retain and instruct counsel around 7:00 p.m. About two hours had passed before he expressed the wish to exercise his right to retain counsel and, after having expressed this wish, he decided, in view of the above mentioned circumstances, that it was useless to try to contact his lawyer. In acting in such a way, the appellant was not, in my view, reasonably diligent in the exercise of his rights. We are not able to conclude that it would have been impossible for him to contact his lawyer when he was arrested or at 9:00 p.m. when, at the police station, the police gave him a telephone book and brought him to a telephone. The majority of counsel working in the

Les policiers, dans ces circonstances, étaient justifiés de poursuivre leur interrogatoire et d'agir comme ils l'ont fait. Cette Cour, dans l'affaire *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, a clairement indiqué, à la p. 439, que les obligations imposées aux policiers et énoncées dans l'affaire *Manninen*, précitée, étaient suspendues lorsque la personne arrêtée ou détenue ne faisait pas preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits.

En règle générale, si un détenu ne fait pas preuve d'une diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, les obligations corollaires énoncées dans l'arrêt de cette Cour, *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, qui sont imposées aux policiers dans le cas où le détenu a demandé l'assistance d'un avocat, sont suspendues et ne les empêchent pas de poursuivre leur enquête et de lui demander de donner un échantillon d'haleine.

Cette limite aux droits d'une personne arrêtée ou détenue est essentielle puisque sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu'une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la *Charte*, et en particulier le droit à l'assistance d'un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d'une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société. On ne peut permettre à une personne arrêtée ou détenue d'entraver le travail des policiers en lui permettant de faire en sorte que ces derniers ne puissent effectuer adéquatement leur tâche.

Il s'agit, en l'espèce, d'une situation où une personne arrêtée ou détenue n'a pas fait preuve d'une diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits. L'appelant a été arrêté et avisé de son droit à l'assistance d'un avocat vers 19 h. Il a laissé passer deux heures environ avant d'indiquer qu'il souhaitait exercer son droit à l'assistance d'un avocat mais, après avoir exprimé ce souhait, il a décidé, vu les circonstances décrites plus haut, qu'il était inutile de tenter de rejoindre son avocat. En agissant ainsi l'appelant n'a pas, à mon avis, fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits. Rien ne nous permet de conclure qu'il lui aurait été impossible de rejoindre son avocat lors de son arrestation ou à 21 h lorsque, au poste de police, les policiers ont mis un téléphone et un annuaire à sa disposition. La plupart des

field of criminal law, or the lawyers who are working for them, are usually available outside normal office hours and can be reached in one way or another. A call to their office sometimes enables one to obtain another telephone number where it is possible to reach them, to leave a message or to speak with someone in charge of receiving and transferring messages to them.

The situation would be very different if, as in the case of *R. v. Ross*, *supra*, the appellant had tried to contact his lawyer but had failed in his attempt. The appellant, in these circumstances would have been justified to ask for a delay until the opening of offices in the morning. However, his decision to not even try to contact his lawyer is fatal, in my view, and prevents him from establishing that he was reasonably diligent in the exercise of his rights. The burden of proving that it was impossible for him to communicate with his lawyer when the police offered him the opportunity to do so was on the appellant.

The fact that the appellant subsequently, during the questioning, reiterated his intention to speak with his lawyer before saying anything with respect to the robbery for which he was charged does not change my conclusion. An arrested or detained person who has had a reasonable opportunity to communicate with counsel but who was not diligent in the exercise of this right cannot, subsequently, require the police to suspend, one more time, the investigation or the questioning. This principle, however, does not apply when the circumstances that exist when he asks subsequently to exercise the right are substantially different from those which existed when he had the opportunity to communicate with a lawyer. Such would be the case, for example, where a person believes he is being accused of having disturbed the public peace but learns, during the questioning, that he will possibly be accused of murder.

Apart from these exceptional circumstances, the arrested or detained person who was not diligent in the exercise of his rights can always exercise his rights but cannot, in the process, require the police

procureurs œuvrant dans le domaine du droit criminel, ou les avocats qui les assistent, sont habituellement disponibles en dehors des heures normales de bureau et peuvent être rejoints d'une façon ou d'une autre. Un appel à leur bureau permet quelquefois d'obtenir un autre numéro de téléphone où il est possible de les rejoindre, de laisser un message ou encore de parler à une personne chargée de recevoir et transmettre les appels.

La situation serait fort différente si, comme dans l'affaire *R. c. Ross*, précitée, l'appelant avait tenté de rejoindre son avocat mais avait échoué dans sa tentative. L'appelant, dans ces circonstances, aurait été justifié de demander un délai jusqu'à l'ouverture des bureaux, le lendemain matin. Sa décision de ne pas même tenter de rejoindre son avocat est toutefois fatale, à mon avis, et l'empêche de démontrer qu'il a fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits. C'est à l'appelant qu'incombe le fardeau de démontrer qu'il lui était impossible de communiquer avec son avocat lorsque les policiers lui ont offert de le faire.

Le fait qu'ultérieurement, lors de l'interrogatoire, il a réitéré son intention de parler à son avocat avant de dire quoi que ce soit sur le vol qualifié dont il était accusé ne change rien à ma conclusion. Une personne arrêtée ou détenue qui s'est vu offrir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, mais qui n'a pas exercé ce droit avec diligence ne peut, par la suite, exiger des policiers qu'ils suspendent à nouveau leur enquête ou leur interrogatoire. Ce principe ne s'applique toutefois pas lorsque les circonstances prévalant quand elle demande plus tard d'exercer ce droit sont considérablement différentes de celles qui prévalaient quand on lui a offert une possibilité de communiquer avec un avocat. Tel serait le cas, par exemple, de la personne qui se croit accusée d'avoir troublé la paix publique et qui apprend, lors de l'interrogatoire, qu'on va peut-être l'accuser de meurtre.

Ces circonstances exceptionnelles mises à part, la personne arrêtée ou détenue qui n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice de ses droits peut toujours exercer ses droits mais ne peut, pour

to suspend their investigation. It is necessary to draw a distinction between the right to retain and instruct counsel and the duty imposed on the police to cease questioning the detained or arrested person until he has had a reasonable opportunity to exercise this right. One who is not diligent in the exercise of his right to retain counsel does not lose this right; one can always exercise it. However, one cannot require that the police respect the duty imposed on them to cease questioning until he has had a reasonable opportunity to exercise his right. The duty imposed on the police to refrain from attempting to elicit evidence from a person until this person has had a reasonable opportunity to communicate with counsel is suspended and is not again "in force" when the arrested or the detained person finally decides to exercise his right. A different conclusion would render meaningless the duty imposed on a detained or arrested person to be diligent in the exercise of his rights. This would enable one to do exactly what this obligation seeks to prevent, that is delaying needlessly and with impunity the investigation and, in certain cases, to allow for an important piece of evidence to be lost, destroyed or, for whatever reasons, made impossible to obtain.

Therefore, because the appellant was not reasonably diligent in the exercise of his rights, he is not justified in arguing that his right to retain and instruct counsel has been violated. Since the statement was not obtained in a manner that infringed or denied a right or freedom guaranteed by the *Charter* it is not necessary to decide whether the admission of the statement into the procedures could bring the administration of justice into disrepute.

Consequently, I am of the opinion that the appeal be dismissed.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I agree with my colleague Justice Lamer that this appeal should be dismissed.

Section 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, invoked here by the appel-

ce faire, exiger que les policiers suspendent leur enquête. Il faut en effet distinguer le droit à l'assistance d'un avocat et l'obligation faite aux policiers de cesser d'interroger la personne arrêtée ou détenue jusqu'à ce que cette dernière ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit. Une personne qui ne fait pas preuve de diligence dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat ne perd pas ce droit; elle peut toujours l'exercer. Toutefois, elle ne peut plus exiger que les policiers respectent l'obligation qui leur incombait de cesser d'interroger une personne détenue ou arrêtée jusqu'à ce qu'elle ait eu une possibilité raisonnable d'exercer son droit. L'obligation qui leur incombait de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve tant qu'elle n'avait pas eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat est suspendue et n'est pas «rétablie» lorsque la personne arrêtée ou détenue décide finalement d'exercer ses droits. Conclure autrement viderait de tout son sens l'obligation faite à une personne arrêtée ou détenue d'exercer ses droits de façon diligente. Cela permettrait de faire exactement ce que cette obligation vise à empêcher, c'est-à-dire, retarder inutilement et impunément l'enquête et, dans certains cas, faire en sorte qu'une preuve importante soit perdue, détruite ou, pour toute autre raison, impossible à obtenir.

N'ayant donc pas fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, l'appelant n'est pas justifié de prétendre que son droit à l'assistance d'un avocat a été violé. Il n'est pas nécessaire de se demander si l'admission de la déclaration est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice puisque celle-ci n'a pas été obtenue dans des circonstances qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*.

Je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Je suis d'accord avec mon collègue, le juge Lamer, que cet appel doit être rejeté.

L'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que l'appelant invoque en l'es-

lant, guarantees that, upon an arrest or detention, everyone has the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. Our Court has held that the arrested or detained person must be given a reasonable opportunity to communicate with counsel of his or her choice (*R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3). It is incumbent upon that person to show that he or she was denied that reasonable opportunity (*R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537). We have also clearly stated that s. 10(b) imposes a ban on police questioning until arrested or detained persons have had such an opportunity (*R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233), except in those cases where there has been an unequivocal waiver (*Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383).

In my view, s. 10(b) of the *Charter* was not infringed in the present case. The circumstances of time and place as well as the responsible behaviour of the police officers, as set out in Lamer J.'s judgment, clearly gave the appellant more than a reasonable opportunity to communicate with counsel of his choice, or at the very least, to obtain legal advice before answering the questions. The appellant elected not to avail himself of this opportunity.

Moreover, the appellant did not contend that his statements had not been made freely and voluntarily. The legality of the subsequent conduct of the police, in resuming the questioning after the appellant had passed up the reasonable opportunity to contact counsel, is accordingly not at issue here.

I agree with the majority in the Court of Appeal (1988), 43 C.C.C. (3d) 379 which summarized the case as follows (at p. 387):

In this case the attending police officers did not commit any impropriety nor were they unfair with the appellant. When he did not diligently exercise his right to retain and instruct counsel without delay but deferred doing so until the next morning, the right of the police to question him was not thereby suspended.

I would like to make the following additional observations. A main goal of s. 10(b) is to ensure the fairness of the questioning of suspects by police

père, garantit à chacun le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Notre Cour a décidé qu'il doit être donné à une personne arrêtée ou détenue une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix (*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3). Cette personne a le fardeau de démontrer qu'on lui a nié cette possibilité raisonnable (*R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537). Nous avons aussi clairement statué que l'al. 10b) impose un frein aux interrogations policières jusqu'à ce que la personne arrêtée ou détenue ait eu cette possibilité (*R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233), sauf dans les cas où il y a renonciation non équivoque à ce droit (*Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383).

À mon avis, l'al. 10b) de la *Charte* n'a pas été enfreint dans la présente instance. Les circonstances de temps et de lieu ainsi que le comportement responsable des officiers de police, tels que décrits dans le jugement du juge Lamer, ont clairement donné à l'appelant plus qu'une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix ou, à tout le moins, d'obtenir des conseils juridiques avant de répondre aux questions posées. L'appelant a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité.

Par ailleurs, l'appelant n'a pas prétendu que ses déclarations ont été faites autrement que de façon libre et volontaire. La légalité de la conduite ultérieure des policiers, qui ont interrogé l'appelant après que celui-ci eut laissé passer la possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, n'est donc pas en jeu en l'espèce.

Je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel (1988), 43 C.C.C. (3d) 379, qui a résumé la situation en ces termes (à la p. 387):

[TRADUCTION] En l'espèce, la conduite des agents de police présents n'a été ni illégitime ni inéquitable envers l'appelant. Puisque l'appelant n'a pas exercé avec diligence son droit à l'assistance d'un avocat dans un délai raisonnable et a remis l'appel jusqu'au lendemain matin, le droit des agents de police de l'interroger n'était pas suspendu.

J'aimerais ajouter les remarques suivantes. L'un des objectifs principaux de l'al. 10b) est d'assurer que l'interrogation des suspects par les officiers de

officers. That goal, however, does not preclude the interrogation of suspects by the police, nor is it inconsistent with the taking by the police of incriminating statements. The *Charter* does not prohibit admissions of guilt. Even in the United States, where suspects benefit from a constitutional right to remain silent, the Supreme Court noted that (*Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, at p. 305, citing *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, at p. 478): “Voluntary statements “remain a proper element in law enforcement””. That Court has also remarked that (*United States v. Washington*, 431 U.S. 181, at p. 187):

... far from being prohibited by the Constitution, admissions of guilt by wrongdoers, if not coerced, are inherently desirable.

In Canada, admissions of guilt are just as desirable as they are south of the border. Confessions are among the most useful types of evidence. Where freely and voluntarily given, an admission of guilt provides a reliable tool in the elucidation of crime, thereby furthering the judicial search for the truth and serving the societal interest in repressing crime through the conviction of the guilty. An effective police investigation may therefore include as one of its aims the obtention of a confession from a suspect, provided of course that any such statement be freely and voluntarily given by the suspect and that the police acts fairly in eliciting the statement. Confessions may also be desirable in some cases from the standpoint of the person making them. They may relieve the guilty person of psychological pressures arising from the commission of the crime. As noted by K. Jull, “*Clarkson v. R.: Do We Need a Legal Emergency Department?*” (1987), 32 *McGill L.J.* 359, at p. 373:

There is nothing inherently wrong with the taking of a statement from a person who feels the need to relieve guilt pressures and who therefore waives his right to counsel.

Hopefully, admissions of guilt in such a context may contribute to the person’s rehabilitation and reintegration into society as a responsible individual.

police se déroule de façon équitable. Cet objectif n’exclut toutefois pas l’interrogatoire des suspects par les policiers, ni n’est incompatible avec l’obtention par les policiers de déclarations incriminantes.

<sup>a</sup> La *Charte* ne prohibe pas les aveux. Même aux États-Unis, où les suspects bénéficient d’un droit constitutionnel de garder le silence, la Cour suprême a remarqué que (*Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, à la p. 305, citant *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, à la p. 478): [TRADUCTION] «Les déclarations volontaires «demeurent un élément légitime de l’application de la loi»». Cette même cour a aussi fait remarquer (*United States v. Washington*, 431 U.S. 181, à la p. 187):

[TRADUCTION] ... loin d’être interdits par la Constitution, les aveux de culpabilité des auteurs d’un crime, à moins d’avoir été obtenus par la contrainte, sont hautement souhaitables.

<sup>d</sup> Au Canada, les aveux sont tout aussi désirables qu’ils le sont chez nos voisins du sud. Une admission de culpabilité est, de toutes les preuves, parmi les plus utiles. Fait librement et volontairement, un <sup>e</sup> aveu de culpabilité est un guide sûr dans l’élucidation d’un crime, ce qui favorise la recherche de la vérité par les tribunaux et sert à l’intérêt de la société dans la répression du crime par la condamnation des personnes coupables. Une enquête policière efficace peut donc inclure comme l’un de ses <sup>f</sup> objectifs l’obtention d’un aveu d’un suspect, à condition bien sûr qu’une telle déclaration ait été librement et volontairement faite par le suspect et <sup>g</sup> que les policiers aient agi équitablement en l’obtenant. Les aveux peuvent aussi être désirables dans certains cas du point de vue de la personne qui les fait. Ils peuvent soulager la personne coupable des <sup>h</sup> pressions psychologiques inhérentes à la commission d’un crime. Tel que le note K. Jull, «*Clarkson v. R.: Do We Need a Legal Emergency Department?*» (1987), 32 *R.D. McGill* 359, à la p. 373:

[TRADUCTION] Il n’y a rien de foncièrement mauvais à prendre la déclaration d’une personne qui sent le besoin de se libérer de sentiments de culpabilité et qui renonce donc à son droit à l’avocat.

Il est possible d’espérer que, dans ce contexte, ces <sup>j</sup> aveux soient de nature à contribuer à la réhabilitation d’une personne et à sa réintégration dans la société en tant qu’individu responsable.

That confessions are desirable in Canada is illustrated by the judgment of this Court in *R. v. Upston*, [1988] 1 S.C.R. 1083. In that case, there had been two conversations between the accused and the police officers at the accused's residence. Prior to the first conversation, which included incriminating statements, the police had failed to inform the accused, then detained, of his right to counsel. Following this initial conversation, the accused was arrested, cautioned and informed of his rights under s. 10(b). There was at that point a second conversation, also containing incriminating statements. At issue in the appeal before this Court was whether this second conversation should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* on the basis that the police initially failed to inform the accused of his rights. We held that the evidence should not be excluded. Delivering the reasons for the Court, La Forest J. noted that the second conversation (at pp. 1083-84):

... as the trial judge found, was completely voluntary after he [the accused] had been informed of his right to counsel. The evidence was thus not obtained in a manner that infringed or denied a *Charter* right within the meaning of s. 24 of the *Charter* and should consequently not be excluded. [Emphasis added.]

Since no *Charter* breach was alleged as regards the second conversation, these words suggest that the requirements of s. 10(b) are not incompatible with the obtention of voluntary statements in response to police questioning.

These considerations explain in part why, in the context of a pre-trial investigation, once a reasonable opportunity to communicate with counsel has been given, the police questioning may resume in accordance with the law. Any incriminating answer obtained as a result of such questioning may validly be adduced into evidence, provided of course that it was freely and voluntarily given. It falls beyond the purpose of s. 10(b) to negate the societal interest in the detection, prevention and punishment of criminal activity.

L'arrêt de notre Cour, *R. c. Upston*, [1988] 1 R.C.S. 1083, illustre bien le caractère hautement souhaitable des aveux au Canada. Dans cette affaire, il y avait eu deux conversations entre l'accusé et les policiers à la résidence de l'accusé. Antérieurement à la première conversation, qui comprenait une déclaration incriminante, les policiers avaient fait défaut d'informer l'accusé, alors détenu, de son droit à l'assistance d'un avocat. Après cette conversation initiale, l'accusé avait été arrêté et informé de ses droits en vertu de l'al. 10(b). Il y a alors eu une seconde conversation, comprenant aussi des déclarations incriminantes. Le point en litige lors de l'appel devant nous était de déterminer si cette seconde conversation devait être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte* au motif que les policiers avaient initialement fait défaut d'informer l'accusé de ses droits. Nous avons décidé que cette preuve ne devait pas être exclue. Rendant l'opinion de la Cour, le juge La Forest notait, à propos de la seconde conversation, que (aux pp. 1083 et 1084):

... comme le juge du procès l'a constaté, elle a été fournie totalement volontairement après qu'on eut informé l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat. La preuve n'a donc pas été obtenue d'une façon qui nie ou viole un droit garanti par la *Charte* au sens de l'art. 24 de la *Charte* et ne doit donc pas être exclue. [Je souligne.]

En l'absence de contravention à la *Charte* relativement à la seconde conversation, ces propos suggèrent que l'al. 10(b) n'est pas incompatible avec l'obtention d'une déclaration volontaire en réponse à un interrogatoire des policiers.

Ces remarques expliquent en partie pourquoi, dans le contexte d'une enquête avant le procès, une fois donnée une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, l'interrogatoire des policiers peut se poursuivre en conformité avec la loi. Toute réponse incriminante résultant d'un tel interrogatoire peut valablement être mise en preuve, pourvu toujours qu'elle soit libre et volontaire. Ce serait aller au-delà de l'objectif de l'al. 10(b) de la *Charte* que d'annihiler l'intérêt de la société dans la détection, la prévention et la punition d'activités criminelles.

For these reasons and those of the Court of Appeal, in accordance with my colleague Lamer J., I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the opportunity of reading the reasons proposed for delivery herein by my colleagues Justices Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé. I am respectfully of the opinion that the conclusion reached by Lamer J., concurred in by L'Heureux-Dubé J., is the correct one. This is, however, a case close to the line and in view of the cogency of the reasons delivered by my colleague La Forest J., I wish to explain briefly why I have decided as I have.

The right to counsel provided by s. 10(b) is a most important right for a person accused of crime. Its importance is underscored by the inroads that it makes on what was standard police practice before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, namely proceeding without delay after arrest to interrogate the person charged. The importance of this right with its correlative restraint on police action demands from the accused that he or she recognize the importance of the right and act accordingly.

In this case the appellant was most casual in asserting his right. He frittered away about two hours worrying about comparatively trivial matters at a time when counsel was more likely to be available. Despite police urging, he would not place a phone call to determine if counsel could be contacted at about 9 p.m. In these circumstances the courts below concluded that the appellant had been afforded a reasonable opportunity to retain and instruct counsel.

In my opinion, this determination is largely a question of fact. The law is clear that the person under detention is to be advised promptly of the right to counsel and must be given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. During this period, police questioning is to be suspended. What is a reasonable opportunity is determined by reference to all the circumstances of the case, including the action of the accused. Whether an

Pour ces motifs et ceux de la majorité de la Cour d'appel, d'accord avec mon collègue, le juge Lamer, je rejetterais l'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu la possibilité de lire les motifs qu'ont rédigés en l'espèce mes collègues les juges Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé. Avec égards, je souscris à la conclusion à laquelle est arrivé le juge Lamer, qui est aussi la conclusion du juge L'Heureux-Dubé. Il s'agit cependant d'un cas limite et, compte tenu de la force des motifs rédigés par mon collègue le juge La Forest, je désire expliquer brièvement les motifs de ma décision.

Le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) est des plus importants pour une personne accusée d'un crime. Son importance est soulignée par la brèche qu'elle a ouverte dans la pratique policière usuelle avant la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui était de procéder sans délai, après l'arrestation, à l'interrogatoire de la personne accusée. L'importance de ce droit, assorti des restrictions correspondantes qu'il impose à l'action policière, exige que l'accusé reconnaisse cette importance et agisse en conséquence.

En l'espèce, l'appellant a montré beaucoup de désinvolture dans l'exercice de ce droit. Il a perdu environ deux heures à s'inquiéter de choses ayant relativement peu d'importance à un moment où il était plus vraisemblablement possible de rejoindre un avocat. Malgré l'insistance des policiers, il n'a pas téléphoné pour vérifier si un avocat pouvait être rejoint vers 21 h. Dans ces circonstances, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que l'appellant avait eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

À mon avis, cette conclusion est surtout une question de fait. Le droit est clair: la personne détenue doit être informée promptement de son droit à l'assistance d'un avocat et on doit lui accorder une possibilité raisonnable d'y avoir recours. Pendant ce temps, l'interrogatoire policier doit être suspendu. Ce qu'est une possibilité raisonnable est déterminé en fonction de toutes les circonstances de l'affaire, y compris le comportement

opportunity is reasonable must be judged in part in light of the diligence with which the accused seeks to avail himself or herself of the right.

The courts below took these matters into account, applied the law correctly and as a matter of fact concluded that the opportunity afforded to the appellant was reasonable. I see no reason to interfere in that determination and would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed, DICKSON C.J. and WILSON and LA FOREST JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Henry K. Brown, Vancouver.*

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

de l'accusé. Le caractère raisonnable d'une possibilité doit être apprécié en partie en fonction de la diligence avec laquelle l'accusé cherche à se prévaloir du droit.

<sup>a</sup> Les tribunaux d'instance inférieure ont tenu compte de ces éléments, ont appliqué correctement les règles de droit et ont conclu quant aux faits que la possibilité accordée à l'appellant était raisonnable. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et les juges WILSON et LA FOREST sont dissidents.*

<sup>b</sup> *Procureur de l'appellant: Henry K. Brown, Vancouver.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.*



**Frank Earl Leaney** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Henry Hugh Rawlinson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEANEY

File Nos.: 20557, 20558.

1989: May 23; 1989: September 14.

Present: Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Appeals — Error of law at trial — Provision for upholding of conviction if no substantial wrong or miscarriage of justice — Appellants convicted of charges arising out of a robbery and a break and enter — Error with respect to admission of evidence as to identity of accused — Remaining evidence circumstantial — Convictions upheld on appeal — Whether or not Court of Appeal erred in upholding convictions — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).*

The accused were alleged to have been involved in the robbery of one drugstore and the break-in of another. Both were convicted of armed robbery, of use of a firearm in the commission of that robbery, of break and enter, and, in Rawlinson's case, of possession of stolen property. Leaney appealed all of his convictions and Rawlinson all except the break and enter which he had admitted committing. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeals of both on all counts. The issue before this Court was whether the Court of Appeal had correctly applied s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* when it decided that, notwithstanding a finding of error of law, the verdict would necessarily have been the same absent error of law.

**Frank Earl Leaney** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

et entre

**Henry Hugh Rawlinson** *Appellant*

b c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEANEY

c N<sup>o</sup> du greffe: 20557, 20558.

1989: 23 mai; 1989: 14 septembre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin.

d

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

*Droit criminel — Appels — Erreur de droit au procès — Disposition prévoyant confirmation de la déclaration de culpabilité s'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Appelants reconnus coupables relativement à des accusations découlant d'un vol qualifié et d'une introduction par effraction — Erreur concernant l'admission d'éléments de preuve sur l'identité des accusés — Le reste de la preuve est de nature circonstancielle — Confirmation des déclarations de culpabilité en appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant les déclarations de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).*

On a allégué que les accusés avaient participé à un vol dans une pharmacie et à une introduction par effraction dans une autre. Tous deux ont été déclarés coupables de vol à main armée, d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration de ce vol, d'introduction par effraction et, dans le cas de Rawlinson, de possession de biens volés. Leaney a interjeté appel contre toutes ses déclarations de culpabilité et Rawlinson a fait de même à l'exception de celle relative à l'introduction par effraction qu'il a avoué avoir commise. La Cour d'appel à la majorité a rejeté les appels des deux accusés relativement à tous les chefs d'accusation. La question en litige devant cette Cour est de savoir si la Cour d'appel a correctement appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* quand elle a décidé que, nonobstant une conclusion d'erreur de droit, le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence d'une erreur de droit.

The break and enter was recorded on videotape. At trial, four police officers, who were unacquainted with the accused, and a police sergeant, who had been acquainted with Leaney, identified Leaney as one of the persons shown on the videotape. The second person was not identified but matched the description of Rawlinson. The evidence of the police officers was admitted without a *voir dire* and that of the police sergeant was fully cross-examined. The trial judge viewed the videotape and concluded independently of the police officers' testimony that Leaney was one of the persons shown on it.

The identification evidence of the break and enter was admitted as similar fact evidence in the robbery charge against Leaney. The only other admissible evidence linking Leaney to the robbery and the firearms offence was circumstantial: boxes found hours after the robbery just outside Rawlinson's apartment with Leaney's finger and palm prints on them, a general description of Leaney matching one of the two persons involved in the robbery and Leaney's association with Rawlinson who matched the description of the other person involved in the robbery.

Rawlinson was not positively identified in the robbery. The circumstantial evidence linking Leaney to the crime, however, also linked Rawlinson. In addition, drugs had been found in a bag in his anal cavity, some of the kind stolen in the robbery and some not, and a witness, following his instructions, recovered a sawed-off rifle which was similar to the weapon used in the robbery by the person fitting his description. Finally, Rawlinson declined to testify despite the incriminating circumstances.

*Held:* The appeal of Frank Earl Leaney from convictions for robbery and for use of firearms in the commission of an offence should be allowed.

*Held (Wilson J. dissenting):* The appeal of Frank Earl Leaney from the conviction for break and enter should be dismissed.

*Held (Lamer and Wilson JJ. dissenting):* The appeal of Henry Hugh Rawlinson should be dismissed.

*Per McLachlin, Sopinka and L'Heureux-Dubé JJ.:* Two fundamental errors occurred at trial: (1) when the trial judge treated evidence of the break-in as similar fact evidence going to the identification of the accused

L'introduction par effraction a été enregistrée sur bande vidéo. Au procès, quatre agents de police qui ne connaissaient pas les accusés et un sergent de police qui connaissait Leaney ont identifié Leaney comme étant l'une des personnes apparaissant sur la bande vidéo. La seconde personne n'a pas été identifiée mais répondait à la description de Rawlinson. Le témoignage des agents de police a été admis sans tenir un voir-dire et celui du sergent de police a fait l'objet d'un contre-interrogatoire complet. Le juge du procès a visionné la bande vidéo et a conclu, indépendamment du témoignage des agents de police, que Leaney était l'une des personnes qui y apparaissaient.

La preuve d'identification de l'introduction par effraction a été admise à titre de preuve de faits similaires relativement à l'accusation de vol qualifié portée contre Leaney. Les seuls autres éléments de preuve admissibles reliant Leaney au vol qualifié et à l'infraction d'usage d'armes à feu sont de nature circonstancielle: des boîtes découvertes quelques heures après le vol qualifié juste à l'extérieur de l'appartement de Rawlinson portant l'empreinte d'un doigt et de la paume de la main de Leaney, une description générale de Leaney correspondant à l'une des deux personnes impliquées dans le vol qualifié et l'association de Leaney avec Rawlinson qui répondait à la description de l'autre personne impliquée dans le vol qualifié.

Rawlinson n'a pas été identifié formellement comme ayant participé au vol qualifié. La preuve circonstancielle reliant Leaney au crime, cependant, liait également Rawlinson. En outre, on a trouvé dans son rectum un sac contenant des drogues dont certaines correspondaient aux sortes de drogues subtilisées au cours du vol qualifié, et un témoin, suivant ses instructions, a retrouvé une carabine à canon tronqué semblable à l'arme utilisée au cours du vol qualifié par la personne répondant à sa description. Enfin, Rawlinson a refusé de témoigner malgré les circonstances incriminantes.

*Arrêt:* Le pourvoi de Frank Earl Leaney contre les déclarations de culpabilité de vol qualifié et d'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'une infraction est accueilli.

*Arrêt (le juge Wilson est dissidente):* Le pourvoi de Frank Earl Leaney contre la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction est rejeté.

*Arrêt (les juges Lamer et Wilson sont dissidents):* Le pourvoi de Henry Hugh Rawlinson est rejeté.

*Les juges McLachlin, Sopinka et L'Heureux-Dubé:* Deux erreurs fondamentales ont été commises au procès: (1) lorsque le juge du procès a considéré la preuve de l'introduction par effraction comme une preuve de faits

on the charges arising out of the robbery and, (2) when the evidence of the police officers as to the identity of the persons shown on the videotape was admitted.

The Court of Appeal properly applied s. 613(1)(b)(iii) in upholding Leaney's conviction for the break-in because no reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict on the admissible evidence presented on the break-in. Since the trial judge arrived at his conclusion as to identity independently of the evidence of the police officers, their evidence assumed the character of mere surplusage and its being inadmissible did not impair his independent conclusion. No appearance of unfairness could be said to arise here, nor was there a miscarriage of justice.

The Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) to the charges against Leaney arising out of the robbery for a reasonable jury could acquit on the evidence. The trial judge's conclusions as to identity in the break-in could not be admitted as similar fact evidence in the charges relating to the robbery.

The trial judge erred in using evidence on the break-in trial as similar fact evidence on the robbery and firearms charges against Rawlinson. The Court of Appeal, however, correctly concluded that no reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict on the admissible evidence on the robbery and firearms charges and properly applied s. 613(1)(b)(iii). The admissible evidence against Rawlinson was impressive and the court could take into account his failure to explain evidence connecting him to the crime.

*Per Lamer J.* (dissenting with respect to the appeal of Henry Hugh Rawlinson): The application of s. 613(1)(b)(iii) to a given set of facts in a case involves a question of law.

A new trial should have been ordered because the evidence against Leaney on the robbery and on the firearms charges was such that a reasonable jury could

similaires qui touche à l'identification des accusés relativement aux accusations découlant du vol qualifié, et (2) lorsque les témoignages des agents de police relativement à l'identité des personnes qui apparaissent sur la bande vidéo ont été admis.

*a* La Cour d'appel a eu raison d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) en confirmant la déclaration de culpabilité de Leaney relativement à l'introduction par effraction parce qu'il n'y avait pas de possibilité qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, ne conclue pas à la culpabilité compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés relativement à l'introduction par effraction. Puisque le juge du procès est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire et le fait qu'elles soient admissibles n'invalide pas sa conclusion indépendante. On ne peut pas dire qu'il y a apparence d'injustice en l'espèce et aucune erreur judiciaire grave n'a été commise.

*b* La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) aux accusations portées contre Leaney relativement au vol qualifié parce qu'un jury raisonnable aurait pu prononcer l'acquittement en se fondant sur la preuve. Les conclusions du juge du procès sur l'identité relativement à l'introduction par effraction ne sauraient être admises à titre de preuve de faits similaires quant aux accusations de vol qualifié.

*c* Le juge du procès a commis une erreur en utilisant la preuve relative au procès pour introduction par effraction à titre de preuve de faits similaires quant aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu portées contre Rawlinson. La Cour d'appel a cependant eu raison de conclure qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, n'aurait rendu un verdict d'acquittement compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu et c'est à bon droit qu'elle a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii). La preuve admissible contre Rawlinson était impressionnante et la cour pouvait tenir compte de son omission de donner des explications concernant la preuve qui le liait au crime.

*d* Le juge Lamer (dissentant quant au pourvoi de Henry Hugh Rawlinson): L'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) dans une situation donnée comporte une question de droit.

*e* Un nouveau procès aurait dû être ordonné parce que la preuve contre Leaney relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu était telle qu'un

convict and yet the conclusion could not be made that no reasonable jury could acquit.

The evidence adduced against Rawlinson on the robbery and firearms charges did not meet the test of s. 613(1)(b)(iii) and a new trial should be ordered. It was evidence upon which a verdict of guilt could rest comfortably and stand well beyond the reach of a court of appeal's determination that it was unreasonable and could not be supported by the evidence. Much more, however, was required under s. 613(1)(b)(iii).

The trial judge erred in admitting the evidence of the five police officers in Leaney's trial for break and enter. The testimony of four of the officers was inadmissible and that of the police sergeant should first have been considered on a *voir dire*. The proviso of s. 613(1)(b)(iii) was nevertheless properly operative as regards admission of the police sergeant's testimony. He had been fully cross-examined and the matter was not raised on appeal or through affidavit evidence alleging the his defence had been prejudiced by the omission. The fact that the trial judge arrived at his own conclusion as to Leaney's identity, quite independently of the police officers' testimony, did not result in or appear to result in a substantial wrong or miscarriage of justice.

*Per* Wilson J. (dissenting with respect to the appeal of Henry Hugh Rawlinson and with respect to the appeal of Frank Earl Leaney from the conviction for break and enter): The convictions of Leaney and Rawlinson relating to the robbery and firearms offences could not stand and a new trial should be ordered for the reasons given by Lamer J. A new trial, too, should be ordered for Leaney on the break and enter conviction.

A "substantial wrong or miscarriage of justice" sufficient to preclude s. 613(1)(b)(iii) can occur when an appearance of unfairness is created by the judge's error of law. An appearance of unfairness was created when the trial judge admitted the evidence of the police officers and buttressed his own conclusions with it. The evidence of four of the officers was clearly inadmissible and that of the police sergeant, even if admissible, could not be separated from that of the other officers because the overall appearance was still one of unfairness. A *voir dire* should have been held to determine the admissibility of the police sergeant's testimony. The appearance of

jury raisonnable aurait pu conclure à la culpabilité et, de plus, on ne pouvait pas conclure qu'aucun jury raisonnable aurait pu rendre un verdict d'acquiescement.

La preuve produite contre Rawlinson, relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu, n'est pas conforme au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii) et un nouveau procès doit être ordonné. Il s'agit d'une preuve à partir de laquelle un verdict de culpabilité pourrait être rendu sans difficulté et sans pouvoir faire l'objet d'une décision d'une cour d'appel qu'il était déraisonnable et ne pouvait être justifié par la preuve produite. Cependant, le sous-al. 613(1)(b)(iii) requiert davantage.

Le juge du procès a commis une erreur en admettant le témoignage des cinq agents de police au procès de Leaney pour introduction par effraction. Le témoignage de quatre des policiers n'est pas admissible et celui du sergent de police aurait d'abord dû faire l'objet d'un *voir-dire*. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) s'applique néanmoins à bon droit en ce qui concerne l'admission du témoignage du sergent de police. Il a fait l'objet d'un contre-interrogatoire complet et la question n'a pas été soulevée en appel ni dans la preuve par affidavit dans laquelle on alléguait que cette omission avait nui à sa défense. Le fait que le juge du procès soit arrivé à sa propre conclusion quant à l'identité de Leaney, tout à fait indépendamment du témoignage des agents de police, n'a pas causé ni ne paraît avoir causé de tort important ni d'erreur judiciaire grave.

Le juge Wilson (dissidente quant au pourvoi de Henry Hugh Rawlinson et quant au pourvoi de Frank Earl Leaney contre sa déclaration de culpabilité d'introduction par effraction): Les déclarations de culpabilité de Leaney et de Rawlinson relativement aux infractions de vol qualifié et d'usage d'armes à feu ne peuvent être maintenues et un nouveau procès doit être ordonné pour les motifs donnés par le juge Lamer. Un nouveau procès doit également être ordonné à l'égard de Leaney relativement à la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction.

Un «tort important ou [une] [...] erreur judiciaire grave» suffisants pour empêcher le recours au sous-al. 613(1)(b)(iii) peuvent se produire lorsque l'erreur de droit du juge du procès crée une apparence d'injustice. Une apparence d'injustice a été créée lorsque le juge du procès a admis le témoignage des agents de police et l'a utilisé pour étayer ses propres conclusions. Le témoignage de quatre des policiers était clairement inadmissible et celui du sergent de police, même à supposer qu'il soit admissible, ne pouvait être séparé de celui des autres policiers parce que l'apparence générale demeurait une apparence d'injustice. Un *voir-dire* aurait dû être tenu

unfairness could only be dispelled if no reliance were placed on the trial judge's reasons regarding the identification of the man in the videotape. Since the admissible evidence against Leaney, apart from the videotape evidence, was inadequate to compel the conclusion that a properly instructed trier of fact would necessarily have convicted him of the break and enter charge, s. 613(1)(b)(iii) should not be applied.

### Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650.

By Lamer J. (dissenting in part)

Referred to: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834.

By Wilson J. (dissenting in part)

Referred to: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400, leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x; *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(a)(ii), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (*R. v. Leaney*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, dismissing an appeal from conviction by Plomp Prov. Ct. J. Appeal allowed with respect to the convictions for robbery and for use of firearms in the commission of an offence. Appeal dismissed with respect to the conviction for the break and enter (Wilson J. dissenting).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (*R. v. Rawlinson*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, dismissing an appeal from convictions by Plomp Prov. Ct. J. Appeal dismissed (Lamer and Wilson JJ. dissenting).

pour déterminer l'admissibilité du témoignage du sergent de police. L'apparence d'injustice ne pourrait être dissipée que si on ne se fondait pas du tout sur les motifs du juge du procès concernant l'identification de l'homme sur la bande vidéo. Puisque la preuve admissible contre Leaney, mise à part la preuve de la bande vidéo, était insuffisante pour entraîner nécessairement la conclusion qu'un juge des faits, bien instruit du droit, l'aurait forcément déclaré coupable d'introduction par effraction, le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne doit pas être appliqué.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650.

Citée par le juge Lamer (dissident en partie)

Arrêts mentionnés: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Brooks v. The King*, [1927] R.C.S. 633; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834.

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

Arrêts mentionnés: *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x; *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(a)(ii), (b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (*R. v. Leaney*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Plomp de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli en ce qui concerne les déclarations de culpabilité de vol qualifié et d'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'une infraction. Pourvoi rejeté en ce qui concerne la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction (le juge Wilson est dissidente).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (*R. v. Rawlinson*) (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3d) 263, qui a rejeté l'appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Plomp de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté (les juges Lamer et Wilson sont dissidents).

*Thomas Engel*, for the appellant Frank Earl Leaney.

*Darcy DePoe*, for the appellant Henry Hugh Rawlinson.

*Michael Watson*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—The two accused were convicted by a Provincial Court judge, sitting in Edmonton, Alberta, of armed robbery, break and enter, use of a firearm in the commission of an offence and, in Rawlinson's case, possession of stolen property. Rawlinson appealed below (and in this Court) all of his convictions except the break and enter and possession convictions which are not before us; Leaney appeals all of his convictions.

By a majority the Court of Appeal of Alberta [(1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362] dismissed the appeals of both on all counts. Harradence J.A. would have granted the appellant Rawlinson a new trial on the robbery and firearms charges, but dismissed his appeal on the charge of possession of stolen property; he would have granted a new trial to the appellant Leaney on the charge of break and enter, and a new trial with regard to the robbery and firearm charges.

As Harradence J.A.'s dissent was one on a question of law, the two accused came to this Court as of right. The only question of law upon which Harradence J.A. dissented in both appeals was whether these were proper cases for the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. There does not appear to be any disagreement below as to what is the proper test to be applied under s. 613(1)(b)(iii) which is now well known and which was set out in

*Thomas Engel*, pour l'appelant Frank Earl Leaney.

*Darcy DePoe*, pour l'appelant Henry Hugh Rawlinson.

*Michael Watson*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—Un juge de la Cour provinciale qui siégeait à Edmonton en Alberta a reconnu les deux accusés coupables de vol à main armée, d'introduction par effraction et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction et, dans le cas de Rawlinson, de possession de biens volés. Rawlinson a interjeté appel devant la Cour d'appel (et devant cette Cour) contre toutes ses déclarations de culpabilité à l'exception de celles concernant l'introduction par effraction et la possession de biens volés dont nous ne sommes pas saisis. Leaney a interjeté appel contre toutes ses déclarations de culpabilité.

La Cour d'appel de l'Alberta [(1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362], à la majorité, a rejeté les appels des deux accusés relativement à tous les chefs d'accusation. Dans le cas de l'appelant Rawlinson, le juge Harradence aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès quant aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu, mais il aurait rejeté l'appel quant à l'accusation de possession de biens volés; dans le cas de l'appelant Leaney, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès quant à l'accusation d'introduction par effraction, d'une part, et quant aux accusations de vol qualifié et d'usage d'une arme à feu, d'autre part.

Comme la dissidence du juge Harradence portait sur une question de droit, les deux accusés se sont pourvus de plein droit devant cette Cour. Dans les deux appels, la seule question de droit au sujet de laquelle le juge Harradence a manifesté sa dissidence était de savoir s'il s'agissait d'affaires où il y avait lieu d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Devant les tribunaux d'instance inférieure, il ne semble pas y avoir eu de désaccord sur le critère qui doit être appliqué en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii), lequel critère est maintenant bien connu et formulé dans l'arrêt *Colpitts v. The*

*Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, per Cartwright J. at p. 744:

... once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. The Court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged.

and per Spence J., at p. 755, quoting *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633, as follows:

... this Court must apply the test set out in the aforesaid cases and, to quote again from *Brooks v. The King*:

The onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

and then, further on, at p. 756:

If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of s. 592(1)(b)(iii) to affirm a conviction.

The Crown argues that, the Court of Appeal having applied the right test, the issues raised by the appellants before this Court relate to the applicability of this test to the evidence before the learned trial judge, and that, as such an exercise requires a reconsideration of the evidence, there is not raised a question of law alone.

This Court has decided that the application of s. 613(1)(b)(iii) to a given set of facts in a case involves a question of law (see *Mahoney v. The Queen*, [1982] S.C.R. 834). This, in my view, disposes of the Crown's preliminary objection. This case does not raise the issue where the difference of result is due to a disagreement on the facts. In this case, the facts are common ground. There is, however, a disagreement as regards the admissibility of a police sergeant's evidence in the break and enter charge only and also in relation to Leaney only. But that also is a question of law.

*Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright, à la p. 744:

[TRADUCTION] ... une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Cette preuve est une condition préalable de toute application des dispositions de ce sous-alinéa par la Cour d'appel. La Cour n'est pas tenue de l'appliquer du seul fait que cette obligation se trouve satisfaite.

et le juge Spence, à la p. 755, citant l'arrêt *Brooks v. The King*, [1927] R.C.S. 633:

[TRADUCTION] ... cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans les affaires susmentionnées et, comme il est dit dans *Brooks v. The King*:

Il incombe au ministère public de convaincre la Cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que déclarer l'appellant coupable.

et plus loin encore, à la p. 756:

[TRADUCTION] S'il y a la moindre possibilité que douze hommes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, alors cette Cour ne doit pas appliquer le sous-al. 592(1)(b)(iii) pour confirmer la déclaration de culpabilité.

La poursuite prétend que, la Cour d'appel ayant appliqué le bon critère, les questions que les appellants ont soulevées devant cette Cour portent sur l'applicabilité de ce critère à la preuve soumise au juge du procès et que, puisque cet exercice exige un nouvel examen de la preuve, l'affaire ne soulève pas uniquement une question de droit.

Cette Cour a décidé que l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) dans une situation donnée comporte une question de droit (voir l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834). À mon avis, voilà qui règle l'objection préliminaire de la poursuite. Cette affaire ne soulève pas une question où la divergence sur le plan de l'issue provient d'un désaccord sur les faits. En l'espèce, les faits ne sont pas contestés. Il existe cependant un désaccord en ce qui concerne l'admissibilité du témoignage d'un sergent de police quant à l'accusation d'introduction par effraction, d'une part, et quant à Leaney, d'autre part. Mais cela constitue aussi une question de droit.

As this case requires that we deal with the charges separately as regards Leaney and with the accused separately on the hold-up and arms charge, I will address this latter disagreement in due course, that is when I address Leaney's appeal of the hold-up conviction.

### The Robbery and Arms Charge

#### *The Facts*

On February 4, 1985, at approximately 7:00 p.m., two armed persons robbed the Owl Drug Mart at 10713, 124th Street in Edmonton, taking a certain quantity of drugs. This robbery was witnessed by two employees of the drugstore. The smaller of the two persons was carrying a sawed-off rifle. A few hours later, a video camera captured a break-in by two men at Danlaur Drugs, which is a drugstore situated about two miles away from Owl Drug Mart.

#### *The Evidence Against Leaney*

At trial, the judge admitted as evidence in the hold-up charge that of the break and enter as similar fact evidence. This consisted of the videotape and evidence by the police officers identifying the accused Leaney, as being the taller person on the videotape. As I said, all in the Court of Appeal agreed that this was wrong and that that evidence was to be excluded.

The admissible evidence is that of a general description and circumstantial:

Ahmed Hassan stated that he heard some running in the pharmacy and saw a man with a mask, a toque over his face, carrying a rifle. He described this man as 5'7" to 8", kind of slim, 140 pounds. He was wearing a blue denim jacket with a white collar, blue prints and a toque. He said the man had blue eyes and a blonde mustache.

Mr. Hassan described the taller of the two men as 6'2" to 6'4", 160-170 pounds, quite thin, with a hunch in his back, also wearing a toque. He was wearing a short jean

Puisque cette affaire exige que nous traitions séparément, d'une part, des accusations portées contre Leaney et séparément, d'autre part, des accusés relativement aux accusations de hold-up et d'usage d'une arme à feu, je vais aborder la question de ce dernier désaccord en temps utile, lorsque j'examinerai l'appel de Leaney contre sa déclaration de culpabilité relativement l'accusation de hold-up.

### Les accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu

#### *Les faits*

Le 4 février 1985, vers 19 h, deux personnes armées ont commis un vol au Owl Drug Mart situé au 10713, 124<sup>e</sup> rue à Edmonton, et sont reparties avec une certaine quantité de drogues. Deux employés de la pharmacie ont été témoins de ce vol. La plus petite des deux personnes transportait une carabine à canon tronqué. Quelques heures plus tard, une caméra vidéo a filmé deux hommes qui s'étaient introduits au Danlaur Drugs, une pharmacie située à deux milles du Owl Drug Mart.

#### *La preuve contre Leaney*

Au procès, pour établir l'accusation de hold-up, le juge a admis les éléments de preuve de l'accusation d'introduction par effraction comme preuve de faits similaires. Il s'agissait de la bande vidéo et du témoignage des policiers identifiant Leaney comme la plus grande personne sur la bande vidéo. Comme je l'ai déjà dit, tous les juges de la Cour d'appel ont convenu qu'il était incorrect de procéder ainsi et que ce témoignage devait être écarté.

La preuve admissible est de la nature d'une description générale et circonstancielle:

[TRADUCTION] Ahmed Hassan a affirmé avoir entendu courir dans la pharmacie et avoir vu un homme portant un masque, une cagoule sur le visage et une carabine. Selon sa description, l'homme mesurait de 5 pi 7 po à 5 pi 8 po, il était plutôt mince et devait faire 140 lbs. Il portait une veste de denim bleu avec collet blanc, un pantalon bleu et une tuque. Il a dit que l'homme avait les yeux bleus et une moustache blonde.

Dans sa description du plus grand des deux hommes, M. Hassan a dit que celui-ci mesurait de 6 pi 2 po à 6 pi 4 po, pesait entre 160 et 170 lbs, qu'il était très mince,



jacket, blue jean pants and wearing runners. Both Ms. Zemed and Mr. Hassan were very scared by the experience. The robbery took about 5 minutes and a large quantity of drugs was taken.

The police found in a garbage pail in the laundry room adjacent to Rawlinson's suite, five small empty boxes marked "Owl Drug Mart". These boxes were identified as having come from the robbery. A finger and palm print of the appellant Leaney was found upon these boxes.

Finally, Leaney was seen in Rawlinson's apartment with an unidentified man the day before the robbery. The majority in the Court of Appeal stated that the man was Rawlinson. With respect, that had not been established; but not much turns upon this.

Once excluded the evidence of the break and enter, there remains only, and I quote from the Crown's factum, the following evidence:

- a) Just hours after the commission of the robbery, boxes taken in the robbery were found just outside Rawlinson's apartment with the Appellant Leaney's fingerprints and palm prints upon them.
- b) Leaney matched the general description of one of the two culprits involved in the robbery.
- c) The association of Leaney with Rawlinson, who matched the description of the other culprit . . .

While one must acknowledge that a jury could reasonably convict on this evidence, we could surely not conclude that this evidence is such that no jury could reasonably acquit. Accordingly, as would have Harradence J.A., I would order a new trial for Leaney on the hold-up and arms charge.

#### *The Evidence Against Rawlinson*

There is more of it than in Leaney's case but it is circumstantial only. There is no positive identifi-

bossu et portait aussi une tuque. Il portait une veste en jean courte, un blue-jean et des chaussures de course. Madame Zemed et M. Hassan ont eu tous les deux très peur. Le vol a duré 5 minutes environ et une quantité importante de drogues a été volée.

Les policiers ont trouvé dans une poubelle de la salle de lavage adjacente à l'appartement de Rawlinson cinq petites boîtes vides portant l'inscription «Owl Drug Mart». Ces boîtes ont été identifiées comme provenant du vol. Elles portaient l'empreinte d'un doigt et de la paume de la main de l'appellant Leaney.

Enfin, la veille du vol, Leaney a été vu dans l'appartement de Rawlinson en compagnie d'un homme non identifié. La Cour d'appel, à la majorité, a affirmé qu'il s'agissait de Rawlinson. En toute déférence, on n'en a pas fait la preuve, mais cela ne porte pas à conséquence.

Une fois écartée la preuve relative à l'introduction par effraction, il ne reste que la preuve suivante que je reproduis à partir du mémoire de la poursuite:

[TRADUCTION]

- a) Quelques heures à peine après la perpétration du vol, des boîtes provenant du vol ont été retrouvées juste à l'extérieur de l'appartement de Rawlinson avec l'empreinte d'un doigt et de la paume de l'appellant Leaney.
- b) Leaney répondait à la description générale de l'un des deux accusés impliqués dans le vol.
- c) L'association de Leaney avec Rawlinson, qui répondait à la description de l'autre accusé . . .

Bien qu'il faille reconnaître qu'un jury pourrait raisonnablement prononcer un verdict de culpabilité à partir de cette preuve, nous ne pourrions certainement pas conclure qu'aucun jury n'aurait pu raisonnablement prononcer un verdict d'acquiescement à partir de cette preuve. Par conséquent, comme l'aurait fait le juge Harradence, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, dans le cas de Leaney, relativement aux accusations de hold-up et d'usage d'armes à feu portées contre lui.

#### *La preuve contre Rawlinson*

Il existe plus d'éléments de preuve que dans le cas de Leaney, mais il s'agit seulement d'éléments

cation. Harradence J.A. merely stated that it could not meet the test of s. 613(1)(b)(iii). The majority, however, were more specific and listed the evidence they felt did, as follows at p. 379:

1. Twelve to 14 hours after the robbery, boxes taken by the robbers during the robbery were found in the laundry room next to Rawlinson's apartment and Rawlinson admitted putting them there or having them put there.

2. The police recovered from Rawlinson's anal cavity a bag containing 4 of the 12 kinds of drugs stolen during the robbery.

3. The witness Soroka, based on what Rawlinson told him, went and recovered a sawed-off rifle and turned it over to the police. The rifle was similar to the weapon described by witnesses as being carried by the smaller person in the robbery.

4. The witnesses to the robbery described the smaller robber as being thin and short and carrying a sawed-off shotgun. One witness thought the smaller robber had a blonde moustache. The evidence is that Rawlinson was clean shaven but the description otherwise fits the general physical description of Rawlinson.

5. The day before the robbery the accused Leaney, who is thin and tall (6 foot 2 inches to 6 foot 4 inches), was seen visiting the apartment residence of Rawlinson. The witnesses to the robbery described the smaller robber's companion as being thin and tall (6 foot 2 inches to 6 foot 4 inches).

Additionally, the accused Rawlinson declined to testify at the trial despite the incriminating circumstances heretofore listed.

With respect, my reading of the evidence requires a small qualification to the evidence referred to by the Court of Appeal. Indeed, as regards the drugs found in a bag in Mr. Rawlinson's rectum, there were found, along with four or five drugs of the same kind taken from the drugstore, other drugs which were identified as not coming from the robbery.

I agree with Harradence J.A. that the evidence adduced against Rawlinson does not meet the test of s. 613(1)(b)(iii). It is evidence upon which a verdict of guilt could rest comfortably and stand well beyond the reach of a court of appeal's deter-

de preuve circonstancielle. Aucune identification formelle n'a été faite. Le juge Harradence a seulement affirmé que la preuve ne saurait être conforme au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii). Les juges formant la majorité ont cependant été plus précis et ont énuméré les éléments de preuve qui, à leur avis, l'étaient à la p. 379:

[TRADUCTION] 1. Douze à quatorze heures après le vol, on a trouvé dans la salle de lavage, située à côté de l'appartement de Rawlinson, des boîtes prises par les voleurs au cours du vol et Rawlinson admet les avoir placées ou fait placer là.

2. La police a trouvé dans le rectum de Rawlinson un sac contenant 4 des 12 sortes de drogues volées.

3. À partir de ce que lui a dit Rawlinson, le témoin Soroka a retrouvé une carabine à canon tronqué et l'a remise à la police. La carabine était semblable à l'arme que le témoin a décrite comme étant celle que transportait la plus petite personne au cours du vol.

4. Selon les témoins du vol, le plus petit voleur était mince et court, et il transportait un fusil à canon tronqué. L'un des témoins a cru que le plus petit voleur avait une moustache blonde. Selon la preuve produite, Rawlinson était frais rasé, mais la description est par ailleurs fidèle à la description physique générale de Rawlinson.

5. La veille du vol, l'accusé Leaney qui est mince et grand (6 pi 2 po à 6 pi 4 po) a été aperçu dans l'appartement de Rawlinson. Les témoins du vol ont décrit le compagnon du plus petit voleur comme étant mince et grand (6 pi 2 po à 6 pi 4 po).

En outre, l'accusé Rawlinson a refusé de témoigner au procès malgré les faits incriminants énumérés jusqu'ici.

En toute déférence, selon mon interprétation de la preuve, il faut apporter une légère réserve à la preuve mentionnée par la Cour d'appel. En effet, en ce qui concerne les drogues trouvées dans un sac dans le rectum de M. Rawlinson, on a trouvé, outre les quatre ou cinq drogues du même genre que celles provenant de la pharmacie, d'autres drogues identifiées comme ne provenant pas du vol.

Je partage l'avis du juge Harradence que la preuve produite contre Rawlinson n'est pas conforme au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii). Il s'agit d'une preuve à partir de laquelle un verdict de culpabilité pourrait être rendu sans difficulté et

mination that it was unreasonable and could not be supported by the evidence. But with respect for the views of the majority, as has often been stated, much more is required under s. 613(1)(b)(iii). I would therefore allow Rawlinson's appeal as regards the hold-up and firearms charge and order a new trial.

There remains the break and enter charge against Leaney.

#### Leaney and the Break and Enter

The evidence is an identification by the judge upon viewing a video of the burglary, coupled with the identification by a police sergeant who also viewed the video. The admissibility of the latter identification is contested and I will be addressing that issue shortly. In addition to the identification, there is evidence of Leaney's association with Rawlinson, who is definitely linked to the burglary.

At trial, the judge admitted as evidence the testimony of five police officers who testified as to Leaney's identity as being the taller person on the videotape. It is common ground that this opinion evidence was inadmissible as regards four of the five police officers. As for the remaining officer, one Sergeant Cessford, who had known the appellant Leaney for 15 years, it is common ground that his opinion evidence could be received. However, the appellant Leaney, at trial and in this Court, but not in the Court of Appeal, takes the position that this evidence could not be received without the holding of a *voir dire* as to Sergeant Cessford's particular qualifications to give opinion evidence. Harradence J.A. *proprio motu* raised the matter and excluded the evidence. The position taken by the majority in the Court of Appeal is best enunciated by quoting integrally what they said at pp. 380-81:

On his appeal of the conviction for the break, enter and theft, Leaney is faced with the finding of the trial judge that he was the taller person shown on the videotape. This is a finding of fact which the trial judge was entitled to make and it is one which is entirely consistent with the evidence tendered at trial, some of which is:

sans pouvoir faire l'objet d'une décision d'une cour d'appel qu'il était déraisonnable et ne pouvait être justifié par la preuve produite. Cependant, en toute déférence pour l'opinion de la majorité, le sous-al. 613(1)(b)(iii) requiert davantage comme on l'a souvent affirmé. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de Rawlinson quant aux accusations de hold-up et d'usage d'armes à feu et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Il reste à examiner l'accusation d'introduction par effraction portée contre Leaney.

#### Leaney et l'accusation d'introduction par effraction

La preuve est constituée de l'identification faite par le juge après avoir visionné le vidéo du cambriolage et de l'identification faite par un sergent de police qui a également visionné le vidéo. L'utilisation en preuve de cette dernière identification est contestée et je vais en traiter sous peu. En plus de l'identification, il y a preuve de l'association de Leaney avec Rawlinson qui est nettement relié au cambriolage.

Au procès, le juge a admis en preuve le témoignage de cinq policiers qui ont affirmé que Leaney était la plus grande personne sur la bande vidéo. Tous reconnaissent que ce témoignage d'opinion est inadmissible en ce qui concerne quatre des cinq policiers. Quant au cinquième, un certain sergent Cessford, qui connaissait l'appelant Leaney depuis 15 ans, tous s'accordent pour dire que son témoignage d'opinion peut être utilisé. L'appelant Leaney a toutefois soutenu au procès et devant cette Cour, mais non en Cour d'appel, que cette preuve ne pouvait être reçue sans tenir un voir-dire sur les compétences particulières du sergent Cessford de donner un témoignage d'opinion. Le juge Harradence a soulevé la question de son propre chef et écarté la preuve. La meilleure façon d'exposer l'opinion retenue par la majorité des juges en Cour d'appel est de reproduire intégralement ce qu'ils ont dit aux pp. 380 et 381:

[TRADUCTION] En appel de sa déclaration de culpabilité relative aux accusations d'introduction par effraction et de vol, Leaney est confronté à la conclusion du juge du procès qu'il était la plus grande personne sur la bande vidéo. C'est une conclusion de fait que le juge du procès pouvait tirer et qui est tout à fait conforme à la preuve présentée au procès dont voici certains extraits:

1. Rawlinson has admitted that he is the smaller thief shown in the videotape and the evening before the break and enter Rawlinson met with the accused Leaney at the Rawlinson apartment.

2. A baseball cap similar to that worn by the taller thief in the break and enter was found several hours after the break and enter in the car parked outside the Rawlinson residence and which has been associated with Rawlinson's apartment.

3. A liquid of the same sort as the cough syrup taken in the break and enter was found outside that automobile and empty containers of the same were found outside of the Rawlinson apartment.

4. A baseball bat similar to the baseball bat seen carried by the taller thief in the break and enter was seized at Rawlinson's apartment.

5. Clothing similar to some of the clothing worn by the thieves in the break and entry was found at Rawlinson's apartment.

6. Various police officers viewed the videotape, one of whom was Sergeant Cessford. Cessford has known the accused Leaney for 15 or 16 years and was able to identify Leaney as the taller thief in the videotape by reference to Leaney's jaw, slouch, back and movements generally.

In concluding that Leaney's conviction for the break and entry ought to be quashed and a new trial ordered, Harradence J.A. put emphasis on the fact that the trial judge refused a defence request for a voir dire on the admissibility of police testimony identifying Leaney as the taller person in the videotape.

Neither in his factum nor in argument before us did Leaney raise the refusal of the trial judge to hold a voir dire as a ground or argument of appeal. Notwithstanding that, I would be prepared to recall counsel to argue the point if there was some possibility that a change in result would occur. But that is not the case.

Even if the ruling was wrong and the trial judge ought not to have heard or considered the testimony of the police officers on this point, would a quashing of the conviction be warranted? The trial judge makes clear that his finding of fact that Leaney is the man in the videotape is based upon his review of the videotape and of seeing Leaney every day during the trial. Indeed, in commenting on the impugned police evidence the trial judge speaks of accepting it as it conforms to his own conclusion. Finally, it is clear that, had a voir dire been

1. Rawlinson a admis qu'il était le plus petit voleur sur la bande vidéo et que la veille de l'introduction par effraction, il a rencontré à son appartement l'accusé Leaney.

a 2. Une casquette de baseball semblable à celle que portait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été trouvée plusieurs heures après l'infraction dans une voiture stationnée à l'extérieur du lieu de résidence de Rawlinson, la place de stationnement ayant été associée à l'appartement de Rawlinson.

b 3. Un liquide du même genre que le sirop pour la toux pris au cours de l'introduction par effraction a été trouvé à l'extérieur de cette voiture et des contenants vides de ce liquide ont été trouvés à l'extérieur de l'appartement de Rawlinson.

c 4. Un bâton de baseball semblable à celui que transportait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été saisi à l'appartement de Rawlinson.

d 5. Des vêtements semblables à certains que portaient les voleurs au cours de l'introduction par effraction ont été trouvés à l'appartement de Rawlinson.

e 6. Plusieurs policiers ont visionné la bande vidéo, dont le sergent Cessford. Celui-ci connaissait l'accusé Leaney depuis 15 ou 16 ans et a été en mesure de l'identifier comme étant le voleur le plus grand sur la bande vidéo à partir de sa mâchoire, de sa démarche, de son dos et de ses mouvements en général.

En décidant que la déclaration de culpabilité de Leaney quant à l'accusation d'introduction par effraction devait être annulée et qu'un nouveau procès devait être ordonné, le juge Harradence a insisté sur le fait que le juge du procès a refusé la demande de la défense qu'un voir-dire soit tenu sur l'admissibilité du témoignage du policier qui avait identifié Leaney comme la personne la plus grande sur la bande vidéo.

Leaney n'a soulevé le refus du juge du procès de tenir un voir-dire comme moyen d'appel ni dans son mémoire ni dans les plaidoiries devant nous. Malgré cela, je serais prêt à faire comparaître l'avocat à nouveau pour qu'il débattre cette question si cela pouvait modifier le résultat. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

Même si la décision était erronée et que le juge du procès n'aurait pas dû entendre ni examiner le témoignage des policiers à cet égard, l'annulation de la déclaration de culpabilité serait-elle justifiée? Le juge du procès explique clairement que sa constatation de fait que Leaney est l'homme qui se trouve sur la bande vidéo se fonde sur son examen de la bande vidéo et sur le fait qu'il a vu Leaney tous les jours au cours du procès. En effet, dans ses remarques sur le témoignage contesté du policier, le juge du procès dit l'accepter parce qu'il est

held, Cessford's testimony would have been allowed and his testimony is direct and unequivocal and based upon his 15- or 16-year acquaintance with the accused Leaney.

In short, if the trial judge was in error in refusing the voir dire and some evidence was wrongly admitted, no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

This is the evidence that Leaney faces, subject to the following qualification. There is no evidence that Leaney met Rawlinson on the eve of the burglary. There is evidence that at that time, Leaney met an unidentified person at Rawlinson's apartment. Furthermore, Rawlinson's admission that he is the smaller burglar on the video is not, with respect, under the circumstances of this case, admissible against Leaney.

I agree with Harradence J.A. that a *voir dire* should have been held. But, Sergeant Cessford, after having been heard, was fully cross-examined; furthermore, Leaney did not raise the matter in the Court of Appeal, and, in this Court, did not seek through affidavit evidence to indicate in what way he was prejudiced in his defence by that omission. I therefore agree with Dea J. that the proviso of s. 613(1)(b)(iii) is properly operative as regards the trial judge's error and that if there is to be a new trial, it cannot be grounded on this error committed by the trial judge.

Furthermore, the trial judge made it clear that he had arrived at his conclusion irrespective of what the sergeant or the others had to say. While no doubt is cast on the sincerity of the judge's assertion, one might argue that the circumstances cast doubt on its accuracy or at least on the appearances thereof. We constantly ask jurors to disregard what they know through reading the papers or viewing telecasts of the news; we tell them to disregard certain answers given by witnesses; we tell them that while certain evidence may be used for one purpose, we will trust them not to use it for another. I do not see why judges cannot be trusted for same. In fact, our judges hold *voir dire*s on confessions and sometimes reject

conforme à sa propre conclusion. Enfin, il est clair que s'il y avait eu un voir-dire, le témoignage de Cessford aurait été admis; son témoignage est direct, sans équivoque et fondé sur le fait qu'il connaissait Leaney depuis 15 ou 16 ans.

En résumé, si le juge du procès a commis une erreur en refusant de tenir un voir-dire et que des éléments de preuve ont été utilisés à tort, il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

C'est là la preuve qui pèse contre Leaney sous réserve de la nuance suivante. Il n'y a aucune preuve que Leaney a rencontré Rawlinson la veille du cambriolage. Il y a preuve qu'à ce moment Leaney a rencontré une personne non identifiée à l'appartement de Rawlinson. En outre, le fait que Rawlinson ait admis qu'il est le voleur le plus petit sur le vidéo ne peut, en toute déférence, être utilisé contre Leaney compte tenu des circonstances de l'espèce.

Je partage l'avis du juge Harradence qu'un voir-dire aurait dû être tenu. Mais après avoir été entendu, le sergent Cessford a subi un contre-interrogatoire complet; en outre, Leaney n'a pas soulevé la question en Cour d'appel et il n'a pas tenté, devant cette Cour, d'indiquer au moyen d'une preuve par affidavit en quoi cette omission a nui à sa défense. Je suis donc d'accord avec le juge Dea pour affirmer que le sous-al. 613(1)(b)(iii) s'applique à bon droit en ce qui concerne l'erreur du juge du procès et que s'il doit y avoir un nouveau procès, il ne peut se fonder sur cette erreur commise par le juge du procès.

De plus, le juge du procès a indiqué clairement qu'il était parvenu à cette conclusion sans égard à ce que le sergent ou les autres avaient à dire. Bien que la sincérité de l'affirmation du juge ne fasse pas de doute, on pourrait faire valoir que les circonstances jettent un doute sur son exactitude ou à tout le moins sur ses apparences d'exactitude. Nous demandons constamment aux jurés de faire abstraction de ce qu'ils ont appris en lisant les journaux ou en écoutant les nouvelles; nous leur demandons de ne pas tenir compte de certaines réponses données par des témoins; nous leur disons que s'il leur est possible d'utiliser certains éléments de preuve à des fins données, nous sommes confiants qu'ils ne les utiliserons pas à d'autres fins. Je

them on grounds that in no way cast doubt on their accuracy; they are expected to and are accepted as being capable of deciding innocence or guilt without using their knowledge of the accused's admission of guilt in the rejected confession. So, if Plomp Prov. Ct. J. says that he identified Leaney on the video independently and without the aid of the identification of Sergeant Cessford, I am satisfied that there has not been any substantial wrong or miscarriage of justice, nor appearance thereof. I would therefore uphold Leaney's conviction for the break and enter.

### Conclusion

To conclude, I would allow the appellant Rawlinson's and the appellant Leaney's appeal of the robbery and use of arms convictions, set aside the conviction entered below and order a new trial. I would dismiss Leaney's appeal from the break and enter charge.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I have had the benefit of the reasons for judgment of my colleagues, Justice McLachlin and Justice Lamer. I agree with Lamer J. for the reasons given by him that the convictions of Leaney and Rawlinson relating to the robbery and firearms offences cannot stand and that a new trial must be ordered. However, unlike my colleagues, I would also order a new trial for Leaney on the break and enter charge.

The evidence which was adduced in relation to the break and enter charge against Leaney consisted of a videotape of the incident taken by a store security camera. The trial judge allowed the

ne vois pas pourquoi nous ne pourrions agir de même avec les juges. En effet, nos juges tiennent des voir-dire sur les aveux et les rejettent parfois pour des motifs qui ne mettent aucunement en doute leur exactitude; on prévoit et on considère qu'ils seront capables de décider de l'innocence ou de la culpabilité d'un accusé en faisant abstraction du fait que celui-ci a reconnu sa culpabilité dans l'aveu qui a été écarté. Donc, si le juge Plomp affirme avoir reconnu Leaney sur la bande vidéo de façon indépendante et sans l'aide de l'identification par le sergent Cessford, je suis convaincu qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ou apparence d'un tel tort ou d'une telle erreur. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité de Leaney quant à l'accusation d'introduction par effraction.

### Conclusion

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi des appelants Rawlinson et Leaney quant aux déclarations de culpabilité relatives aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu, d'annuler la déclaration de culpabilité rendue par la cour d'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Leaney quant à l'accusation d'introduction par effraction.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges McLachlin et Lamer. Je conviens avec le juge Lamer, pour les motifs qu'il donne, que les déclarations de culpabilité de Leaney et de Rawlinson relativement aux infractions de vol qualifié et d'usage d'armes à feu ne peuvent être maintenues et que la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée. Cependant, contrairement à mes collègues, je suis également d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour Leaney relativement à l'accusation d'introduction par effraction.

La preuve produite relativement à l'accusation d'introduction par effraction portée contre Leaney consiste en un enregistrement vidéo de l'incident fait par une caméra de sécurité. Le juge du procès

Crown to tender the opinion evidence of five police officers who expressed the view that one of the persons they saw in the videotape was Leaney. Only one of these police officers, Sergeant Cessford, had had any previous contact with Leaney. At the conclusion of the trial the trial judge made the following remarks with regard to the break and enter charges against Rawlinson and Leaney:

The two persons responsible for the commission of the offence came into the range of the camera. Again, the lighting was good, focus was good but I could see no distortion of the picture whatsoever. The two men can be described as the shorter of the two, male Caucasian, wearing a toque high on his head, jean jacket, pants, carrying a baseball bat. There are several good views of this person, and having observed Hugh Rawlinson in the courtroom over a period of 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they, the man in the video, and Hugh Rawlinson, in the courtroom, are one and the same.

The taller of the two, second person; on the video, he appears dark, long hair, Metis or Native appearance, very tall, much taller than Rawlinson and there's a perfect example when they are standing back to back when the hips of the taller man are almost to the height of the shoulders of Rawlinson, much taller man. Wearing a peaked cap of a baseball type which subsequently shows in the video a tree on the right-hand side of the indicator on the front of the cap which is similar to a cap seized by the police and was an exhibit. He's wearing a down filled type ski jacket, jeans with jacket, appearing above the waist, a comb, round shaped tail, in the right rear pocket. These are not as good—there is not as good a view of this face of this person, but again having had the opportunity to view the video and the accused, Frank Leaney in the court over 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they are one and the same; the man in the video is Frank Leaney.

Having reached this conclusion myself, I have no trouble in accepting the evidence of the police officers with their different knowledge of the two accused persons and how they in their own way were able to identify the two accused from the video. [Emphasis added.]

a permis au ministère public de présenter le témoignage d'opinion de cinq agents de police qui ont exprimé l'avis qu'une des personnes qu'ils ont vues sur la bande vidéo était Leaney. Un seul de ces policiers, le sergent Cessford, connaissait déjà Leaney. À la fin du procès, le juge a fait les remarques suivantes relativement aux accusations d'introduction par effraction portées contre Rawlinson et Leaney:

[TRADUCTION] Les deux auteurs des infractions se sont trouvés dans le champ de la caméra. Encore là, l'éclairage était bon ainsi que la mise au point; je n'ai pu constater de distorsion quelconque de l'image. Le moins grand des deux hommes apparaît comme un blanc, qui porte une tuque haut sur la tête, une veste et des pantalons en jean et qui transporte un bâton de baseball. Il y a plusieurs prises claires de cette personne et, après avoir observé Hugh Rawlinson dans la salle d'audience pendant 16 jours, j'affirme sans hésitation que l'homme qu'on voit sur la bande vidéo et Hugh Rawlinson qui se trouve dans la salle d'audience, sont une seule et même personne.

Le plus grand des deux hommes sur la bande vidéo paraît avoir le teint foncé, les cheveux longs, comme un métis ou un autochtone, et il semble très grand, beaucoup plus grand que Rawlinson, ce qui ressort particulièrement bien quand ils apparaissent dos à dos, alors que les hanches de la personne plus grande arrivent presque à la hauteur des épaules de Rawlinson; il est donc beaucoup plus grand. Il porte une coiffure garnie d'une visière du genre casquette de baseball qui, on le voit par la suite, porte un arbre à la droite de l'insigne en avant et qui est semblable à la casquette saisie par la police et produite comme pièce à conviction. Il porte un veston rembourré du genre veston de ski, des jeans et un veston qui paraît au dessus de la taille; on voit un peigne à manche arrondi dans la poche arrière droite. Les prises ne sont pas aussi bonnes—il n'y a pas d'image aussi bonne du visage de cette personne, mais, là encore, ayant eu l'occasion d'observer le vidéo et l'accusé Frank Leaney dans la salle d'audience pendant 16 jours, je n'hésite nullement à dire que ce sont une seule et même personne; la personne qui apparaît sur la bande vidéo est Frank Leaney.

Étant moi-même arrivé à cette conclusion, je n'ai aucune difficulté à accepter les dépositions des agents de police au sujet de la connaissance différente qu'ils ont des deux accusés et de la manière dont ils ont pu identifier les deux accusés au moyen de l'enregistrement vidéo. [Je souligne.]

In upholding Leaney's conviction by applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* the majority of the Alberta Court of Appeal concluded that the trial judge identified Leaney as one of the persons in the videotape independently of the testimony of the police officers and it therefore did not matter whether the evidence of the police officers ought to have been admitted absent a *voir dire* or not. In any event, the majority of the Court of Appeal ruled that the testimony of one of the officers, Sergeant Cessford, would have been admissible had a *voir dire* been held. The majority found Sergeant Cessford's evidence to be one of several factors which supported the trial judge's finding of guilt. These factors are listed by the Court of Appeal in its reasons which are now reported at (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, at pp. 380-81:

1. Rawlinson has admitted that he is the smaller thief shown in the videotape and the evening before the break and enter Rawlinson met with the accused Leaney at the Rawlinson apartment.
2. A baseball cap similar to that worn by the taller thief in the break and enter was found several hours after the break and enter in the car parked outside the Rawlinson residence and which has been associated with Rawlinson's apartment.
3. A liquid of the same sort as the cough syrup taken in the break and enter was found outside that automobile and empty containers of the same were found outside of the Rawlinson apartment.
4. A baseball bat similar to the baseball bat seen carried by the taller thief in the break and enter was seized at Rawlinson's apartment.
5. Clothing similar to some of the clothing worn by the thieves in the break and entry was found at Rawlinson's apartment.
6. Various police officers viewed the videotape, one of whom was Sergeant Cessford. Cessford has known the accused Leaney for 15 or 16 years and was able to identify Leaney as the taller thief in the videotape by reference to Leaney's jaw, slouch back and movements generally.

As my colleagues point out in their reasons, the appeal before this Court is concerned solely with

En confirmant la déclaration de culpabilité de Leaney par application du sous-al 613(1)b(iii) du *Code criminel*, la Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a conclu que le juge du procès avait identifié Leaney comme étant une des personnes apparaissant sur la bande vidéo sans se servir du témoignage des agents de police et qu'il n'importait donc pas de savoir si leurs dépositions auraient dû être admises même s'il n'y avait pas eu voir-dire. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a conclu à la majorité que le témoignage d'un des policiers, le sergent Cessford, aurait été admissible si un voir-dire avait été tenu. Les juges formant la majorité ont jugé que le témoignage du sergent Cessford n'était qu'un des nombreux facteurs qui étaient la conclusion de culpabilité tirée par le juge du procès. La Cour d'appel énumère ces facteurs dans ses motifs qui sont maintenant publiés à (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 362, aux pp. 380 et 381:

- [TRADUCTION] 1. Rawlinson a admis qu'il était le plus petit voleur sur la bande vidéo et que la veille de l'introduction par effraction, il a rencontré à son appartement l'accusé Leaney.
2. Une casquette de baseball semblable à celle que portait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été trouvée plusieurs heures après l'infraction dans une voiture stationnée à l'extérieur du lieu de résidence de Rawlinson, la place de stationnement ayant été associée à l'appartement de Rawlinson.
  3. Un liquide du même genre que le sirop pour la toux pris au cours de l'introduction par effraction a été trouvé à l'extérieur de cette voiture et des contenants vides de ce liquide ont été trouvés à l'extérieur de l'appartement de Rawlinson.
  4. Un bâton de baseball semblable à celui que transportait le voleur le plus grand au cours de l'introduction par effraction a été saisi à l'appartement de Rawlinson.
  5. Des vêtements semblables à certains que portaient les voleurs au cours de l'introduction par effraction ont été trouvés à l'appartement de Rawlinson.
  6. Plusieurs policiers ont visionné la bande vidéo, dont le sergent Cessford. Celui-ci connaissait l'accusé Leaney depuis 15 ou 16 ans et a été en mesure de l'identifier comme étant le voleur le plus grand sur la bande vidéo à partir de sa mâchoire, de sa démarche, de son dos et de ses mouvements en général.

Comme mes collègues l'ont souligné dans leurs motifs, le pourvoi devant cette Cour ne porte que



the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The relevant portions of s. 613 read:

**613.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law . . .

(b) may dismiss an appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

A "substantial wrong or miscarriage of justice" sufficient to preclude the invocation of s. 613(1)(b)(iii) has been held to include a situation in which the trial judge's error of law creates an appearance of unfairness: see *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x, and *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313 (C.A.)

In my opinion the trial judge erred in admitting the opinion evidence of at least four of the police officers. Opinion evidence is not admissible when the witness offering the opinion is in no better position than the trier of fact to assess the situation under scrutiny: see *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at p. 836. The Crown submits that the outcome of the trial was unaffected by the admission of this evidence since the trial judge stated that he arrived at his conclusion independently of the impugned testimony. I do not, of course, question the sincerity of the trial judge's statement. However, it cannot be determined objectively what effect, if any, the admission of the impugned evidence had on how the trial judge reached his opinion. This being so, the appearance of unfairness can exist even although it cannot be

sur l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Voici le texte des parties pertinentes de l'art. 613:

**613.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit . . .

b) peut rejeter l'appel, si

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Un «tort important ou [une] [. . .] erreur judiciaire grave» suffisants pour empêcher le recours au sous-al. 613(1)(b)(iii) comprennent, a-t-on statué, la situation où l'erreur de droit du juge du procès crée une apparence d'injustice: voir *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x, et *R. v. Duke* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313 (C.A.)

À mon avis le juge du procès a commis une erreur en admettant le témoignage d'opinion d'au moins quatre des policiers. Le témoignage d'opinion n'est pas admissible lorsque le témoin qui donne l'opinion n'est pas mieux placé que le juge des faits pour apprécier la situation à l'étude: voir *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, à la p. 836. Le ministère public prétend que l'admission de ces témoignages n'a rien changé à l'issue du procès puisque le juge du procès a dit être arrivé à sa conclusion sans tenir compte des témoignages attaqués. Je ne doute évidemment pas de la sincérité de l'affirmation du juge du procès. Cependant, il est impossible de déterminer objectivement quel effet, s'il en est, l'admission des témoignages attaqués a eu sur la façon dont le juge du procès est arrivé à sa conclusion. Cela étant, il peut y avoir

shown that the admission of the evidence in fact influenced the trial judge. I believe that Harradence J.A. in the Court of Appeal below was correct in drawing a parallel between the situation in the present case and one in which a witness is asked to view a line-up already knowing whom the police suspect. He stated at p. 376:

In a situation such as this, the trier of fact becomes, in effect, an eyewitness to the crime. When called upon to determine whether the person in the video is actually the accused, the trier of fact must do so in circumstances that are not prejudicial. Just as there is an element of unfairness when an eyewitness knows before making an identification in a lineup who the police suspect, so too the identification made by a trial judge will appear to be unfair if he already knows the opinion of the police with respect to identity. That is what happened in the present case. Even if the trial judge came to his conclusion without the aid of the police officers' evidence, the circumstances under which the identification was made had the appearance of unfairness.

The appearance of unfairness would have been dispelled had the trial judge considered the evidence of the police officers and explicitly discounted it. The trier of fact in a criminal case, be it judge or jury, frequently hears evidence which is not admissible or which is subsequently excluded or evidence which is admissible for one purpose and not for another. In such circumstances the trier of fact is explicitly advised of the extent to which and for what purposes the evidence may be used. In such cases this admonition is sufficient to purge the trial of any appearance of unfairness. However, the trial judge in this case not only did not expressly reject the evidence of the police officers but used it to buttress his own conclusions, conclusions made after he had heard the impugned testimony. Under the circumstances, I am of the opinion that the trial judge's admission and acceptance of the police officers' testimony created, at the very least, an appearance of unfairness.

It has been argued that the identification of Leaney by Sergeant Cessford should be treated

apparence d'injustice même s'il est impossible de démontrer que l'admission des témoignages a effectivement influencé le juge du procès. Je crois que le juge Harradence de la Cour d'appel a eu raison, en l'espèce, d'établir un parallèle entre la présente situation et celle où on demande à un témoin de participer à une séance d'identification alors qu'il sait déjà qui la police soupçonne. Voici ce qu'il affirme, à la p. 376:

[TRADUCTION] Dans une situation comme celle-ci, le juge des faits devient, en réalité, un témoin oculaire du crime. Lorsqu'on lui demande de dire si la personne apparaissant sur la bande vidéo est réellement l'accusé, le juge des faits doit le faire dans des circonstances qui ne sont pas préjudiciables. Tout comme il y a un élément d'injustice lorsqu'un témoin oculaire sait qui la police soupçonne avant de participer à une séance d'identification, de même, l'identification faite par un juge du procès paraîtra injuste s'il connaît déjà l'opinion des policiers relativement à l'identité. C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Même si le juge du procès est arrivé à sa conclusion sans l'aide du témoignage des policiers, les circonstances dans lesquelles l'identification a été faite présentaient une apparence d'injustice.

L'apparence d'injustice aurait été dissipée si le juge du procès avait examiné le témoignage des policiers et l'avait explicitement écarté. Le juge des faits dans une affaire criminelle, que ce soit un juge ou un jury, entend souvent des témoignages qui ne sont pas admissibles ou qui sont par la suite exclus, ou des témoignages qui sont admissibles à une fin et non à une autre. Dans ces circonstances, on explique formellement au juge des faits la mesure dans laquelle et les fins pour lesquelles le témoignage peut être utilisé. La mise en garde est alors suffisante pour faire disparaître toute apparence d'injustice dont peut être entaché le procès. Cependant, non seulement le juge du procès en l'espèce n'a-t-il pas expressément rejeté le témoignage des policiers, mais il l'a utilisé pour étayer ses propres conclusions, conclusions qu'il a tirées après avoir entendu les témoignages attaqués. Dans ces circonstances, je suis d'avis que l'admission et l'acceptation du témoignage des policiers par le juge du procès ont créé, à tout le moins, une apparence d'injustice.

On a allégué que l'identification de Leaney par le sergent Cessford devrait être traitée différem-

differently from the identification by the other officers since Cessford had previous contact with Leaney. This may well be true. However, a *voir dire* ought to have been held by the trial judge to determine whether Cessford's knowledge was such that his opinion ought to have been admitted. In other words, would Cessford's knowledge have provided the trial judge with vital information which he would not otherwise have had? Even if I were to assume that Sergeant Cessford's testimony would have been ruled admissible had a *voir dire* been held, I find that Cessford's identification evidence cannot be separated from that of the other police officers. The effect of the identification evidence of the other police officers was to create an appearance of unfairness. This overall appearance cannot be dispelled by the fact that Cessford's evidence may have been admissible.

As a consequence, unless there is some way in which this appearance of unfairness can be dispelled, I do not think this Court can apply the proviso in s. 613(1)(b)(iii). It is my view that the appearance of unfairness could only be dispelled if no reliance were placed on the trial judge's reasons regarding the identification of the man in the videotape. The question then becomes whether there is sufficient evidence apart from the identification of Leaney through the videotape to compel the conclusion that the result reached by the trial judge was the only possible result. In considering this question I turn to the factors listed and relied upon by the majority of the Court of Appeal. In my opinion, these factors standing by themselves are wholly inadequate to allow for the application of s. 613(1)(b)(iii). The first factor listed, that Rawlinson and Leaney had met the previous day, is inaccurate in that, as Lamer J. points out, it was never established at trial that Leaney and Rawlinson met that day. All that was established at trial was that Leaney was present at Rawlinson's apartment and had met with an unidentified person. Rawlinson's apartment had the reputation of being "a shooting gallery", a place where numerous individuals met to traffic in and consume drugs. It is entirely conceivable that Leaney met someone other than Rawlinson the day before the break-in. As for factors two to five, none of them reveal any connection to Leaney. Factor six re-introduces the

ment de l'identification par les autres policiers puisque Cessford connaissait déjà Leaney. Cela peut bien être exact. Cependant, le juge du procès aurait dû tenir un voir-dire pour déterminer si la connaissance de Cessford était telle que son opinion aurait dû être admise. En d'autres termes, la connaissance de Cessford aurait-elle fourni au juge du procès des renseignements essentiels dont celui-ci n'aurait pas disposé par ailleurs? Même si je devais tenir pour acquis que le témoignage d'identification du sergent Cessford aurait été déclaré admissible s'il y avait eu un voir-dire, je conclus que ce témoignage ne peut pas être séparé de celui des autres policiers. Le témoignage d'identification des autres policiers a eu pour effet de créer une apparence d'injustice. Cette apparence générale ne peut pas être dissipée par le fait que le témoignage de Cessford ait pu être admissible.

En conséquence, à moins que cette apparence d'injustice ne puisse être dissipée de quelque façon, je ne crois pas que cette Cour puisse appliquer la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii). À mon avis, l'apparence d'injustice ne pourrait être dissipée que si on ne se fondait pas du tout sur les motifs du juge du procès concernant l'identification de l'homme sur la bande vidéo. On doit alors se demander s'il y a suffisamment d'éléments de preuve, outre l'identification de Leaney au moyen de la bande vidéo, pour entraîner nécessairement la conclusion que le résultat auquel est arrivé le juge du procès était le seul possible. Pour étudier cette question, j'examine les facteurs que la Cour d'appel à la majorité a énumérés et invoqués. À mon avis, ces facteurs sont tout à fait insuffisants en soi pour permettre l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii). Le premier facteur énuméré, savoir que Rawlinson et Leaney se sont rencontrés la veille, est inexact en ce que, comme le souligne le juge Lamer, il n'a jamais été établi au procès que Leaney et Rawlinson se sont rencontrés ce jour-là. Tout ce qu'on a établi au procès est que Leaney se trouvait à l'appartement de Rawlinson et qu'il y avait rencontré une personne non identifiée. L'appartement de Rawlinson avait la réputation d'être une «piquerie», un endroit où plusieurs individus se rencontraient pour acheter, vendre et consommer de la drogue. Il est tout à fait concevable que Leaney ait rencontré quelqu'un d'autre que Rawlinson la veille de l'intro-

issue of identification of Leaney by the police officers, an issue which I have already concluded created an appearance of unfairness.

Since the admissible evidence against Leaney is inadequate to compel the conclusion that a properly instructed trier of fact would necessarily have convicted him of the break and enter charge, I am unwilling to apply s. 613(1)(b)(iii). In the result, therefore, I would, along with Lamer J., order a new trial for Rawlinson and Leaney in respect of their robbery and firearms charges. Additionally, however, I would order a new trial for Leaney in respect of his break and enter charge.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—

#### Introduction

Rawlinson and Leaney appeal from their convictions of offences related to a robbery of one drugstore and a break-in of another drugstore, both in North Edmonton, over the course of the night of February 4-5, 1985. The main issue at trial and on appeal concerned the identity of the robbers and of the thieves. The evidence respecting identity took the form of eye-witness testimony about the robbery, some circumstantial evidence tending to connect the accused with the two crimes, and a videotape of the break-in, supplemented by the opinion evidence of five police officers as to the identity of the two thieves depicted therein.

I am satisfied that two fundamental errors occurred at trial. The first was that the trial judge treated evidence of the second incident, the break-in, as similar fact evidence going to the identifica-

duction par infraction. Quant aux quatre facteurs suivants, aucun d'eux ne révèle l'existence de quelque lien que ce soit avec Leaney. Le sixième facteur ramène la question de l'identification de Leaney par les policiers, qui, ai-je déjà conclu, crée une apparence d'injustice.

Puisque la preuve admissible contre Leaney est insuffisante pour entraîner nécessairement la conclusion qu'un juge des faits, bien instruit du droit, l'aurait forcément reconnu coupable d'introduction par effraction, je ne suis pas disposée à appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii). En conséquence, je suis d'avis, à l'instar du juge Lamer, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour Rawlinson et Leaney relativement aux accusations de vol qualifié et d'usage d'armes à feu portées contre eux. En outre, cependant, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour Leaney relativement à l'accusation d'introduction par effraction portée contre lui.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—

#### Introduction

Rawlinson et Leaney se pourvoient contre leurs déclarations de culpabilité relativement à des infractions de vol qualifié commis dans une pharmacie et d'introduction par effraction dans une autre pharmacie toutes les deux situées dans le nord d'Edmonton, au cours de la nuit du 4 au 5 février 1985. La principale question en litige soulevée au procès et en appel concerne l'identité des auteurs du vol qualifié et de l'introduction par effraction. La preuve d'identification est constituée de dépositions de témoins oculaires du vol qualifié, de certains éléments de preuve circonstancielle qui tendent à lier les accusés aux deux crimes et d'un enregistrement sur bande vidéo de l'introduction par effraction auquel se greffent les témoignages d'opinion de cinq agents de police relativement à l'identité des deux voleurs qui y apparaissent.

Je suis convaincue que deux erreurs fondamentales ont été commises au procès. La première réside dans le fait que le juge du procès a considéré la preuve du second incident, l'introduction par

tion of the accused on the charges arising out of the first incident, the robbery.

The second error was the admission of the evidence of the police officers as to the identity of the persons shown on the videotape. Four of the officers had no acquaintance with the accused and were in no better position than the trial judge to say whether the persons shown in the video were the accused. Thus their evidence could not assist and should not have been received. The fifth, Sergeant Cessford, knew one of the accused, Leaney, since childhood, and had spent time with him shortly before the two incidents. The judge erred in not determining as a preliminary matter the qualification of Sergeant Cessford before receiving his evidence, as well as that of the other police officers. However, this failure is irrelevant in the case of Cessford, since I am satisfied his evidence was clearly admissible in any event. I note in this regard that Cessford was cross-examined thoroughly as to his acquaintance with Leaney.

Error being established, the only question is whether the Court of Appeal erred in upholding the conviction under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Subsection 613(1) provides in part:

**613. (1)** On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law . . .

(b) may dismiss the appeal where

effraction, comme une preuve de faits similaires qui touche à l'identification des accusés relativement aux accusations découlant du premier incident, le vol qualifié.

<sup>a</sup> La seconde erreur réside dans l'admission des témoignages des agents de police relativement à l'identité des personnes qui apparaissent sur la bande vidéo. Quatre de ces agents de police ne <sup>b</sup> connaissaient pas les accusés et n'étaient pas mieux placés que le juge du procès pour déterminer si les personnes apparaissant sur la bande vidéo étaient les accusés. Leurs dépositions ne pouvaient être utiles et n'auraient pas dû être reçues. Le <sup>c</sup> cinquième agent, le sergent Cessford, connaissait l'un des accusés, soit Leaney, depuis son enfance et l'avait rencontré peu avant les deux incidents. Le juge a commis une erreur en ne statuant pas, à <sup>d</sup> titre préliminaire, sur l'habilité à témoigner du sergent Cessford avant de recevoir sa déposition et celle des autres agents de police. Cependant, cette omission est sans conséquence pour ce qui est de Cessford puisque je suis convaincue que sa déposition était nettement recevable de toute façon. Je <sup>e</sup> souligne que le sergent Cessford a subi un contre-interrogatoire poussé sur sa connaissance de Leaney.

<sup>f</sup> Des erreurs ayant été constatées, il reste seulement à savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant les déclarations de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Le paragraphe <sup>g</sup> 613(1) prévoit notamment:

**613. (1)** Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit . . .

<sup>j</sup> b) peut rejeter l'appel, si

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

### The Case Against Leaney

The main identification evidence against Leaney on the charges arising out the second incident, which I shall refer to as the break-in incident, was the evidence of the videotape and the testimony of the police officers concerning the identity of the thieves captured on the videotape.

The trial judge viewed the videotape several times and had ample opportunity during the course of the sixteen-day trial to form an opinion as to whether the persons shown on the tape were the accused. The tape contained several face shots of each accused. At the end of the trial, the trial judge stated that he had formed the firm conclusion that the persons shown on the videotape were the accused. His pronouncements make it clear that this opinion was formed independently of the evidence of any of the police officers on the question. He stated:

The two persons responsible for the commission of the offence came into the range of the camera. Again, the lighting was good, focus was good but I could see no distortion of the picture whatsoever. The two men can be described as the shorter of the two, male Caucasian, wearing a toque high on his head, jean jacket, pants, carrying a baseball bat. There are several good views of this person, and having observed Hugh Rawlinson in the courtroom over a period of 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they, the man in the video, and Hugh Rawlinson, in the courtroom, are one and the same.

The taller of the two, second person; on the video, he appears dark, long hair, Metis or Native appearance, very tall, much taller than Rawlinson and there's a perfect example when they are standing back to back when the hips of the taller man are almost to the height of the shoulders of Rawlinson, much taller man. Wearing a peaked cap of a baseball type which subsequently shows in the video a tree on the right-hand side of the indicator on the front of the cap which is similar to a cap seized by the police and was an exhibit. He's wearing a down-filled type ski jacket, jeans with jacket,

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

### La preuve contre Leaney

La principale preuve d'identification présentée contre Leaney relativement aux accusations découlant du second incident, que j'appellerai l'introduction par effraction, est constituée de la bande vidéo et des dépositions des agents de police au sujet de l'identité des voleurs dont l'image a été captée sur la bande vidéo.

Le juge du procès a visionné la bande vidéo plusieurs fois et a eu tout le loisir, pendant les seize jours que le procès a duré, de se former une opinion quant à savoir si les personnes apparaissant sur la bande étaient les accusés. La bande montrait de face, à plusieurs reprises, chacun des accusés. À la fin du procès, le juge a affirmé qu'il avait conclu sans hésitation que les personnes apparaissant sur la bande vidéo étaient les accusés. Ses propos indiquent clairement qu'il s'est formé cette opinion indépendamment des dépositions des agents de police sur le sujet. Il dit:

[TRADUCTION] Les deux auteurs des infractions se sont trouvés dans le champ de la caméra. Encore là, l'éclairage était bon ainsi que la mise au point; je n'ai pu constater de distorsion quelconque de l'image. Le moins grand des deux hommes apparaît comme un blanc, qui porte une tuque haut sur la tête, une veste et des pantalons en jean et qui transporte un bâton de baseball. Il y a plusieurs prises claires de cette personne et, après avoir observé Hugh Rawlinson dans la salle d'audience pendant 16 jours, j'affirme sans hésitation que l'homme qu'on voit sur la bande vidéo et Hugh Rawlinson qui se trouve dans la salle d'audience, sont une seule et même personne.

Le plus grand des deux hommes sur la bande vidéo paraît avoir le teint foncé, les cheveux longs, comme un métis ou un autochtone, et il semble très grand, beaucoup plus grand que Rawlinson, ce qui ressort particulièrement bien quand ils apparaissent dos à dos, alors que les hanches de la personne plus grande arrivent presque à la hauteur des épaules de Rawlinson; il est donc beaucoup plus grand. Il porte une coiffure garnie d'une visière du genre casquette de baseball qui, on le voit par la suite, porte un arbre à la droite de l'insigne en avant et qui est semblable à la casquette saisie par la police et

appearing above the waist, a comb, round shaped tail, in the right rear pocket. These are not as good—there is not as good a view of this face of this person, but again having had the opportunity to view the video and the accused, Frank Leaney in the court over 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they are one and the same; the man in the video is Frank Leaney.

Having reached this conclusion myself, I have no trouble in accepting the evidence of the police officers with their different knowledge of the two accused persons and how they in their own way were able to identify the two accused from the video.

Given the trial judge's clear statement that he arrived at his conclusion as to identity independently of the evidence of the police officers, their evidence assumes the character of mere surplusage, which does not vitiate the judge's conclusion that Leaney was one of persons shown on the video screen. To put it another way, the judge, properly instructing himself, concluded beyond a reasonable doubt that Leaney participated in the break-in. The fact that the judge had before him inadmissible evidence does not impair that independent conclusion, if he did not rely on the inadmissible evidence in reaching it.

It was also argued that quite apart from whether Leaney suffered actual prejudice as a result of the reception of the inadmissible evidence, its admission, and particularly the admission of the evidence of the four police officers who testified as to the identity of the persons shown on the video despite no familiarity of the accused, created an appearance of unfairness which amounted to a miscarriage of justice, making s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* inapplicable: see *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A. I cannot accept this submission. There is no appearance of unfairness where the judge expressly arrives at his or her conclusion on the critical issue independently of the inadmissible evidence. Judges often hear evidence which turns out to be inadmissible, for example on *voir dire*s.

produite comme pièce à conviction. Il porte un veston rembourré du genre veston de ski, des jeans et un veston qui paraît au dessus de la taille; on voit un peigne à manche arrondi dans la poche arrière droite. Les prises ne sont pas aussi bonnes—il n'y a pas d'image aussi bonne du visage de cette personne, mais, là encore, ayant eu l'occasion d'observer le vidéo et l'accusé Frank Leaney dans la salle d'audience pendant 16 jours, je n'hésite nullement à dire que ce sont une seule et même personne; la personne qui apparaît sur la bande vidéo est Frank Leaney.

Étant moi-même arrivé à cette conclusion, je n'ai aucune difficulté à accepter les dépositions des agents de police au sujet de la connaissance différente qu'ils ont des deux accusés et de la manière dont ils ont pu identifier les deux accusés au moyen de l'enregistrement vidéo.

En raison de l'affirmation catégorique du juge du procès qu'il est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire qui n'infirmes pas la conclusion du juge que Leaney est l'une des personnes apparaissant à l'écran. Autrement dit, le juge par un raisonnement juste a conclu, hors de tout doute raisonnable, que Leaney avait participé à l'introduction par effraction. Le fait que le juge ait pris connaissance d'éléments de preuve inadmissibles n'invalide pas cette conclusion indépendante, s'il ne s'est pas fié à cette preuve inadmissible pour y parvenir.

On a aussi soutenu que, tout à fait indépendamment de la question de savoir si Leaney a subi un préjudice réel par suite de la réception de la preuve inadmissible, cette preuve, son admission et plus particulièrement l'admission des dépositions des quatre agents de police qui ont témoigné relativement à l'identité des personnes apparaissant sur la bande vidéo, même s'ils ne connaissaient pas les accusés, a créé une apparence d'injustice qui équivaut à une erreur judiciaire grave ayant pour effet de rendre le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* inapplicable: voir *R. v. Hertrich* (1982), 137 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.), le juge Martin. Je ne puis faire droit à cette prétention. Il n'y a pas d'apparence d'injustice si le juge arrive expressément à sa conclusion sur une question cruciale indépendamment des témoignages qui se révèlent

So long as the judge does not consider such evidence in arriving at his or her independent conclusion, no unfairness can be said to arise, nor has there been a miscarriage of justice.

I conclude that the Court of Appeal did not err in concluding that the conviction of Leaney on the counts relating to the break-in should stand under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, notwithstanding the reception of inadmissible evidence. The test set out in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739 is met: there is no possibility that a reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict on the admissible evidence presented on the break-in incident.

I turn next to the convictions relating to the first incident, which I shall refer to as the robbery. In arriving at his conclusions as to identity on these offences, the trial judge erroneously referred to his conclusions on the break-in incident, praying in aid the doctrine of similar fact evidence. The question is whether there was sufficient evidence without using the identification on the break-in incident to permit the conclusion that no jury, properly instructed, could have acquitted Leaney on the charges relating to the robbery.

I agree with Lamer J. that the evidence is such that a reasonable jury could acquit Leaney on the charges relating to the robbery, and that the Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) to these charges.

#### The Case Against Rawlinson

Rawlinson does not appeal from his convictions arising out of the break-in incident. He appeals from his conviction for robbery and the associated firearms charge on the ground that the trial judge

inadmissibles. Il arrive souvent que les juges entendent des témoignages qui se révèlent inadmissibles par la suite comme, par exemple, lors d'un voir-dire. Dans la mesure où le juge ne considère pas ces éléments de preuve pour tirer sa propre conclusion, il ne peut y avoir ni injustice, ni erreur judiciaire grave.

Je conclus que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que la déclaration de culpabilité de Leaney concernant les chefs d'accusation relatifs à l'introduction par effraction devait être confirmée en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, malgré la réception d'éléments de preuve inadmissibles. Le critère établi dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739 est respecté: il n'y a pas de possibilité qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, ne conclue pas à la culpabilité compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés relativement à l'introduction par effraction.

J'aborde maintenant les déclarations de culpabilité relatives au premier incident que j'appellerai le vol qualifié. Pour arriver à ses conclusions concernant l'identité des auteurs de ces infractions, le juge du procès s'est référé à tort à ses conclusions au sujet de l'introduction par effraction et s'est appuyé sur la théorie de la preuve de faits similaires. La question qui se pose est de savoir s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve, indépendamment de l'identification relative à l'introduction par effraction, pour pouvoir conclure qu'aucun jury, ayant reçu des directives appropriées, aurait pu acquitter Leaney quant aux chefs d'accusation relatifs au vol qualifié.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire qu'il ressort de la preuve qu'un jury raisonnable aurait pu acquitter Leaney relativement aux accusations liées au vol qualifié et que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) à ces accusations.

#### La preuve contre Rawlinson

Rawlinson ne se pourvoit pas contre ses déclarations de culpabilité découlant de l'introduction par effraction. Il se pourvoit contre sa déclaration de culpabilité de vol qualifié et de l'accusation inci-



erred in using the evidence on the break-in charges as similar fact evidence on the robbery charges. There is no doubt that the trial judge wrongly considered that evidence. The only question is whether the Court of Appeal was correct in upholding the conviction under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The case against Rawlinson on the robbery charges, considered in the absence of the similar fact evidence from the break and enter charge, is impressive. It may be summarized as follows:

- (1) The boxes which were taken in the armed robbery were found just outside Rawlinson's apartment hours after the robbery, and he admitted to Lyseyko, a fellow inmate who testified for the prosecution at trial, that he had been involved in the placing of those boxes at that location.
- (2) Rawlinson tried to convince Lyseyko to take responsibility for the involvement alleged against him in relation to the robbery.
- (3) Some of the drugs were found in Rawlinson's anal cavity which were consistent with some of the drugs stolen during the robbery.
- (4) The weapon similar to the one described as being used in the robbery was turned over to the police as a result of a conversation with Rawlinson.
- (5) The description of one of the participants in the robbery matches the general description of Rawlinson.
- (6) The companion of the person matching Rawlinson's description in the robbery match the description of Leaney who was seen with Rawlinson on the videotape subsequent to the robbery.
- (7) Like Leaney, Rawlinson failed to testify in the face of this highly incriminating evidence.

dente de possession d'armes à feu pour le motif que le juge du procès a commis une erreur en utilisant la preuve relative aux accusations d'introduction par effraction comme preuve de faits similaires quant aux accusations de vol qualifié. Il n'y a pas de doute que le juge du procès a eu tort de considérer cette preuve. La seule question qui se pose est de savoir si la Cour d'appel a eu raison de confirmer la déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

La preuve présentée contre Rawlinson relative aux accusations de vol qualifié, prise indépendamment de la preuve de faits similaires liée à l'accusation d'introduction par effraction, est considérable. On peut la résumer ainsi:

- (1) Les boîtes emportées lors du vol à main armée qualifié ont été trouvées tout près de l'appartement de Rawlinson quelques heures seulement après ce vol et il a avoué à Lyseyko, un compagnon de cellule que la poursuite a fait témoigner au procès, qu'il avait participé au transport des boîtes à cet endroit.
- (2) Rawlinson a tenté de convaincre Lyseyko d'assumer la responsabilité de la participation qu'on lui reprochait en rapport avec le vol qualifié.
- (3) On a trouvé, dans le rectum de Rawlinson, des stupéfiants qui correspondaient à certains qui avaient été subtilisés pendant le vol qualifié.
- (4) Une arme semblable à celle qui aurait servi à commettre le vol qualifié a été remise à la police à la suite d'une conversation avec Rawlinson.
- (5) La description de l'un des auteurs du vol qualifié correspond à la description générale de Rawlinson.
- (6) La description du comparse de Rawlinson lors du vol qualifié correspond à celle de Leaney qui apparaît avec Rawlinson sur l'enregistrement vidéo réalisé après le vol qualifié.
- (7) À l'instar de Leaney, Rawlinson n'a pas déposé pour contredire cette preuve très incriminante.

It is well-established that in considering whether a conviction may be upheld under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the court may take into account the accused's failure to explain evidence which connects him with the crime: *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650, at p. 657.

I am of the view that a trial judge or jury, applying the law correctly to this evidence, could not possibly entertain a reasonable doubt as to the guilt of Rawlinson. The Court of Appeal was correct in concluding that no reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict Rawlinson on the admissible evidence presented at trial.

#### Conclusion

I would dismiss the appeals, save for Leaney's appeal on the robbery and firearms charges, which I would allow.

*Appeal of Frank Earl Leaney from convictions for robbery and for use of firearms in the commission of an offence allowed.*

*Appeal of Frank Earl Leaney from the conviction for break and enter dismissed, WILSON J. dissenting.*

*Appeal of Henry Hugh Rawlinson dismissed, LAMER and WILSON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Frank Earl Leaney: Molstad Gilbert, Edmonton.*

*Solicitors for the appellant Henry Hugh Rawlinson: Beresh & DePoe, Edmonton.*

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

Il est bien reconnu que, pour déterminer s'il y a lieu de confirmer une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la cour peut prendre en considération l'omission de l'accusé d'expliquer les éléments de preuve qui le relie au crime: *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650, à la p. 657.

Je suis d'avis qu'un juge du procès ou un jury, qui appliquerait le droit correctement à cette preuve, ne pourrait pas éventuellement avoir de doute raisonnable quant à la culpabilité de Rawlinson. La Cour d'appel a eu raison de conclure qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, n'aurait acquitté Rawlinson compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés au procès.

#### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois, sauf en ce qui concerne le pourvoi de Leaney relativement aux accusations de vol qualifié et de possession d'armes à feu que j'accueillerais.

*Pourvoi de Frank Earl Leaney contre les déclarations de culpabilité de vol qualifié et d'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'une infraction accueilli.*

*Pourvoi de Frank Earl Leaney contre la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction rejeté, le juge WILSON est dissidente.*

*Pourvoi de Henry Hugh Rawlinson rejeté, les juges LAMER et WILSON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant Frank Earl Leaney: Molstad Gilbert, Edmonton.*

*Procureurs de l'appellant Henry Hugh Rawlinson: Beresh & DePoe, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Herman Côté Appellant**

v.

**The Marmon Group of Canada Inc.  
Respondent**

INDEXED AS: DALLAIRE v. PAUL-ÉMILE MARTEL INC.

File No.: 20223.

1989: June 21; 1989: September 14.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier  
and Cory JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Prescription — Interruption — Joint and several debtors — Child injured by farm equipment — Action for damages brought against owner of equipment within prescription period — Manufacturer of equipment joined to action as defendant after prescription period expired — Out-of-court settlement between plaintiff and owner — Whether out-of-court settlement eliminated interruption of prescription caused by filing of action against other joint and several codebtors — Civil Code of Lower Canada, arts. 2224, 2231, 2262(2).*

*Civil responsibility — Manufacturer — Causation — Child injured by farm equipment — Action for damages against manufacturer — Causal link broken between acts allegedly committed by manufacturer and accident involving child — Action dismissed — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.*

In February 1974 an agricultural undertaking bought the poultry house of the appellant's father, retaining his services to continue operating and administering it. The poultry house was equipped with a conveyer manufactured by the respondent. This conveyer was used to remove the manure from the poultry house by means of a worm screw which turned inside a metal trough. The portion of the conveyer located outside the poultry house was covered by removable metal covers which were not equipped with any device to fix them to the trough. These covers had to be removable because the worm screw had a tendency to get blocked from time to time by an accumulation of manure in the trough. However, the covers were sometimes dislodged by a strong wind. On August 27, 1974, the appellant, then eleven years old, was working outside the poultry house and had no work to do on the conveyer. Despite this, the appellant straddled the conveyer trough. His right foot slipped and was caught by the worm screw. At the time of the

**Herman Côté Appellant**

c.

**The Marmon Group of Canada Inc. Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: DALLAIRE c. PAUL-ÉMILE MARTEL INC.

N° du greffe: 20223.

b 1989: 21 juin; 1989: 14 septembre.

Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka,  
Gonthier et Cory.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Prescription — Interruption — Débiteurs solidaires — Enfant blessé par une machine agricole — Action en dommages intentée contre le propriétaire de la machine agricole à l'intérieur du délai de prescription — Fabricant de la machine agricole joint à l'action en tant que défendeur après l'expiration du délai de prescription — Règlement hors cours entre le demandeur et le propriétaire — Le règlement hors cour a-t-il éliminé l'interruption de prescription provoquée par le dépôt de l'action contre les autres codébiteurs solidaires? — Code civil du Bas-Canada, art. 2224, 2231, 2262(2).*

*Responsabilité civile — Fabricant — Causalité — Enfant blessé par une machine agricole — Action en dommages contre le fabricant — Rupture du lien de causalité entre les faits et gestes reprochés au fabricant et l'accident subi par l'enfant — Action rejetée — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.*

En février 1974, une entreprise agricole s'est portée acquéreur du poulailler du père de l'appellant tout en retenant ses services afin qu'il continue à l'entretenir et à l'administrer. Le poulailler était équipé d'un écurer fabriqué par l'intimée. Cet écurer servait à évacuer le fumier du poulailler à l'aide d'une vis sans fin qui tournait à l'intérieur d'un dalot métallique. La partie de l'écurer située à l'extérieur du poulailler était recouverte de panneaux métalliques amovibles qui n'étaient pas munis d'un mécanisme permettant de les fixer au dalot. Il était nécessaire que ces panneaux soient amovibles parce que la vis sans fin avait tendance à se bloquer à l'occasion par accumulation de fumier dans le dalot. Cependant, ces panneaux étaient parfois délogés par grand vent. Le 27 août 1974, l'appellant, alors âgé de 11 ans, œuvrait à l'extérieur du poulailler et n'avait aucun travail à faire sur l'écurer. Malgré tout, l'appellant s'est placé les pieds des deux côtés du dalot de l'écurer. Son pied droit a glissé et a été happé par la vis sans fin. Au

accident the covers were lying on the ground beside the conveyer. Since April the appellant's father had failed to replace the metal covers on the outer trough. Eleven months later, an action for damages was brought against the agricultural undertaking and the respondent was joined to the action as a defendant by an amendment in November 1980, after the prescription period specified in art. 2262(2) *C.C.L.C.* had expired. A settlement was reached between the appellant and the agricultural undertaking shortly before the appeal in this Court was heard and only the appellant's action against the respondent was at issue in this appeal. This action was dismissed by the trial judge and his decision was affirmed by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Under arts. 1110 and 2231 *C.C.L.C.*, the interruption of prescription with respect to one joint and several debtor applies to all joint and several codebtors. The fact that an order can no longer be made on a joint and several basis because of the discontinuance resulting from the out-of-court settlement between the appellant and the agricultural undertaking does not alter the fact that the prescription was interrupted against the respondent by the filing of the action (art. 2224 *C.C.L.C.*), since at that time it was potentially a joint and several codebtor for the damage suffered by the appellant. Following the settlement, the action against the respondent therefore continued the interruption despite the absence of the other codebtors.

The accident suffered by the appellant was entirely caused by his own fault and that of his father, who neglected to ensure that the covers were in place. The users of equipment entailing dangers of which they are or should be aware have an obligation to use it carefully, in particular by using safety devices provided by the manufacturer. In the case at bar, the conveyer was not dangerous when the metal covers supplied by the respondent were in place. The appellant by his reckless act and his father by his negligence failed in their duty of care and thereby caused the accident. The failure to use the covers is a serious fault for which the respondent cannot be held responsible. The fact that the worm screw may have been dangerous was therefore not the cause of the accident, but merely occasioned it: the accident was rather due to the way in which the appellant and his father used the conveyer. A written warning by the manufacturer of the dangers in the equipment would not have helped to avoid the accident. Further, even if a danger might result from the covers being lifted or falling off during operation of the conveyer, indicating a defect in design, that is not what occurred here. The faults committed by the appellant and his

moment de l'accident, les panneaux gisaient sur le sol à côté de l'écurieur. Depuis le mois d'avril, le père de l'appelant avait négligé de replacer les panneaux métalliques sur le dalot extérieur. Onze mois plus tard, une action en dommages a été intentée contre l'entreprise agricole et l'intimée a été jointe à l'action en tant que défenderesse par amendement, en novembre 1980, soit après l'expiration du délai de prescription prévu au par. 2262(2) *C.c.B.-C.* Un règlement est intervenu entre l'appelant et l'entreprise agricole peu avant l'audition du pourvoi devant cette Cour et seule l'action de l'appelant contre l'intimée est en jeu dans ce pourvoi. Cette action a été rejetée par le juge de première instance et sa décision a été confirmée par la Cour d'appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

En vertu des art. 1110 et 2231 *C.c.B.-C.*, l'interruption de prescription à l'égard d'un débiteur solidaire vaut à l'égard de tous les codébiteurs solidaires. Le fait qu'une condamnation solidaire n'est plus possible à cause du désistement intervenu suite au règlement hors cours entre l'appelant et l'entreprise agricole n'élimine pas le fait que la prescription a été interrompue contre l'intimée par le dépôt de la demande en justice (art. 2224 *C.c.B.-C.*) puisqu'à ce moment, il était potentiellement codébiteur solidaire des dommages subis par l'appelant. À la suite du règlement, l'action contre l'intimée a donc continué l'interruption malgré l'absence des autres codébiteurs.

L'accident subi par l'appelant a été entièrement causé par sa propre faute et par celle de son père qui a négligé de s'assurer que les panneaux métalliques soient en place. Les utilisateurs d'un appareil comportant des dangers dont ils sont ou doivent être conscients ont l'obligation de s'en servir prudemment, notamment en utilisant les dispositifs de sécurité fournis par le fabricant. En l'espèce, l'écurieur ne comportait aucun danger lorsque muni des panneaux métalliques fournis par l'intimée. L'appelant, par son geste téméraire, et son père, par sa négligence, ont failli à leur obligation de prudence et ont, par le fait même, provoqué l'accident. Le défaut de se servir des panneaux est une faute grave que l'on ne peut imputer à l'intimée. Le fait que la vis sans fin ait comporté un danger n'est donc pas la cause de l'accident mais n'en a été que l'occasion et on doit plutôt l'attribuer à la façon dont l'appelant et son père se sont servis de l'écurieur. Un avertissement écrit du fabricant relatif aux dangers de l'appareil n'aurait pu contribuer à prévenir l'accident. De plus, même si un danger pouvait résulter de la levée ou chute des panneaux dans l'opération de l'écurieur d'où l'on conclurait à une faute de conception, ce n'est pas ce qui s'est produit ici. Les

father are a "new event", a *novus actus interveniens*, and were the cause of the damage as a whole suffered by the appellant.

#### Cases Cited

Referred to: *Parrot v. Thompson*, [1984] 1 S.C.R. 57.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1053, 1110, 2224, 2231, 2262(2).

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1985.  
Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.R.A. 542 (*sub nom. Ferme avicole Ste-Croix Ltée v. Côté*), affirming on the question of the respondent's liability a judgment of the Superior Court<sup>1</sup>, which dismissed the action for damages brought by the appellant against the respondent. Appeal dismissed.

*François Lamarre and Rita Vaillancourt*, for the appellant.

*Jacques Le May and Jean-François Gagnon*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—The present appeal arises from an action in civil liability brought by the appellant against the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée and Mr. Francis Côté, defendant in warranty, to obtain compensation for injuries suffered by the appellant when his foot was caught in an worm screw located in a conveyer used to remove the manure from a poultry house. By amendment, the appellant also sued the respondent as manufacturer of this equipment. The appellant had to undergo, *inter alia*, the amputation of his right leg about seven inches from his hip and the trial judge held that his permanent partial disability should be set at about 65 per cent.

<sup>1</sup> *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, Sup. Ct. (district of Alma), No. 160-05-000168-75, January 23, 1984.

fautes de l'appelant et de son père constituent un «événement nouveau», un *novus actus interveniens*, et sont à l'origine de l'ensemble du dommage subi par l'appelant.

#### Jurisprudence

<sup>a</sup> Arrêt mentionné: *Parrot c. Thompson*, [1984] 1 R.C.S. 57.

#### Lois et règlements cités

<sup>b</sup> *Code civil du Bas-Canada*, art. 1053, 1110, 2224, 2231, 2262(2).

#### Doctrine citée

<sup>c</sup> Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1985.  
Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.R.A. 542 (*sub nom. Ferme avicole Ste-Croix Ltée c. Côté*), qui a confirmé sur la question de la responsabilité de l'intimée un jugement de la Cour supérieure<sup>1</sup>, qui avait rejeté l'action en dommages-intérêts intentée par l'appelant contre l'intimée. Pourvoi rejeté.

*François Lamarre et Rita Vaillancourt*, pour l'appelant.

<sup>f</sup> *Jacques Le May et Jean-François Gagnon*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

<sup>g</sup> LE JUGE GONTHIER—Le présent pourvoi fait suite à une poursuite en responsabilité civile intentée par l'appelant contre la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée et M. Francis Côté, défendeur en garantie, afin d'obtenir réparation pour les blessures subies par l'appelant lorsque son pied s'est coincé dans une vis sans fin située à l'intérieur d'un écurateur servant à évacuer le fumier d'un poulailler. Par amendement, l'appelant a également poursuivi l'intimée à titre de fabricant de l'écurateur. L'appelant a dû subir entre autres une amputation de sa jambe droite à environ sept pouces de sa hanche et le juge de première instance a décidé que son incapacité partielle permanente devait être établie à environ 65 pour cent.

<sup>1</sup> *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, C.S. (district d'Alma), n° 160-05-000168-75, le 23 janvier 1984.

A settlement was reached between the appellant and the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée, owner of the poultry house, shortly before the hearing of the appeal, in which the latter admitted to partial liability, and the appellant therefore discontinued his claim against this party. As agreed in the out-of-court settlement, the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée also discontinued its action in warranty against Mr. Francis Côté, the appellant's father and an employee of the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée. Only the appellant's action against the respondent, the manufacturer of the conveyer, is at issue in this Court. This action was dismissed by the trial judge and his decision was affirmed by the Court of Appeal on this point: [1986] R.R.A. 542.

At the hearing the respondent raised a new argument based on prescription. The appellant's action was instituted on July 8, 1975 within the one-year prescription period prescribed by art. 2262(2) *C.C.L.C.* However, the respondent was joined as a defendant by an amendment on November 28, 1980, after the prescription period had expired. The respondent claimed that the out-of-court settlement between the appellant and the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée eliminated the interruption of prescription caused by the filing of the action against the other joint and several codebtors. This argument is without foundation. The interruption or suspension of prescription with respect to one joint and several debtor applies to all joint and several codebtors: arts. 1110 and 2231, para. 1, *C.C.L.C.*; see also M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité* (1986), p. 516, No. 1016. The fact that an order can no longer be made on a joint and several basis because of the discontinuance resulting from the out-of-court settlement does not alter the fact that the prescription was interrupted against the respondent by the filing of the action (art. 2224, para. 1, *C.C.L.C.*), since at that time it was potentially a joint and several codebtor for the damage suffered by the appellant. Following the settlement, the action against the respondent therefore continued the interruption despite the absence of the other codebtors. As we shall see, this is not a case where there is no joint and several liability because there is no civil liability on the part of the co-defendants. In my view this argument must be

Un règlement est intervenu entre l'appelant et la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée, propriétaire dudit poulailler, peu avant l'audition du présent pourvoi où celle-ci se reconnaît une part de responsabilité et l'appelant s'est donc désisté de son recours contre cette partie. En vertu de ce règlement hors cour, la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée s'est également désistée de son action en garantie contre M. Francis Côté, père de l'appelant et employé de la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée. Seule l'action de l'appelant contre l'intimée, fabricant de l'écureur, est en jeu devant cette Cour. Cette action a été rejetée par le juge de première instance et sa décision a été confirmée par la Cour d'appel sur cette question: [1986] R.R.A. 542.

Au cours de l'audition, l'intimée a soulevé un nouvel argument fondé sur la prescription. En effet, l'action de l'appelant a été intentée le 8 juillet 1975 à l'intérieur du délai de prescription d'un an prévu au par. 2262(2) *C.c.B.-C.* Cependant, l'intimée a été jointe en tant que défenderesse par amendement le 28 novembre 1980, soit après l'expiration de ce délai de prescription. L'intimée prétend que le règlement hors cours survenu entre l'appelant et la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée a éliminé l'interruption de prescription provoquée par le dépôt de l'action contre les autres codébiteurs solidaires. Cet argument est sans fondement. L'interruption ou la suspension de prescription à l'égard d'un débiteur solidaire vaut à l'égard de tous les codébiteurs solidaires: art. 1110 et 2231, al. 1, *C.c.B.-C.*; voir également M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité* (1986), p. 516, n° 1016. Le fait qu'une condamnation solidaire n'est plus possible à cause du désistement intervenu suite au règlement hors cours n'élimine pas le fait que la prescription a été interrompue contre l'intimée par le dépôt de la demande en justice (art. 2224, al. 1, *C.c.B.-C.*) puisqu'à ce moment, il était potentiellement codébiteur solidaire des dommages subis par l'appelant. À la suite du règlement, l'action contre l'intimée a donc continué l'interruption malgré l'absence des autres codébiteurs. Comme nous le verrons, il ne s'agit pas d'un cas d'absence de solidarité en raison d'une absence de responsabilité civile de la part des codéfendeurs. À mon avis, cet argument doit être rejeté. La seule question qui demeure en litige

rejected. The only question still at issue in this Court is whether the Superior Court or the Court of Appeal made an error of law or a manifest error of fact in dismissing the appellant's action against the respondent.

A brief review of the facts is necessary. In February 1974 the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée bought Mr. Francis Côté's poultry house, retaining his services to continue operating and administering the poultry house. The appellant, who was then eleven years old, had helped his father with the farm work since age eight or nine. The poultry house sold to the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée was equipped with a conveyer, which was used to remove the manure from the poultry house by means of a worm screw which turned inside a metal trough. The conveyer went under the poultry house and came out at the end of the building at an angle of about 30 degrees; its end, raised about 12 feet, was held up by metal pillars set in a concrete foundation. The manure was carried up the trough by the worm screw and fell from its end into a spreader. The horizontal and sloping sections of the screw were connected by a universal joint which permitted regular and continuous movement.

The upper side of the conveyer trough was installed in the floor and was open to receive the manure. However, the sloping portion of the conveyer located outside the poultry house was covered by removable metal covers which were not equipped with any device to fix them to the trough. These covers had to be removable, because the worm screw had a tendency to get blocked from time to time by an accumulation of manure in the trough. However, the covers were sometimes dislodged by a strong wind.

From April to August 1974, Mr. Francis Côté failed to replace the metal covers on the outer trough, so that at the time of the accident these covers were lying on the ground beside the conveyer. The trial judge properly noted that Mr. Francis Côté could easily have corrected the situation, at minimal expense:

devant cette Cour est de déterminer si la Cour supérieure ou la Cour d'appel ont commis une erreur de droit ou une erreur manifeste de fait en rejetant l'action de l'appelant contre l'intimée.

a

Un bref rappel des faits s'impose. En février de 1974, la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée se portait acquéreur du poulailler de M. Francis Côté tout en retenant les services de ce dernier afin qu'il continue à entretenir et à administrer ce poulailler. L'appelant, alors âgé de 11 ans, aidait son père depuis l'âge de 8 ou 9 ans dans l'exécution des travaux de la ferme. Or, le poulailler vendu à la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée était équipé d'un écurer qui servait à évacuer le fumier du poulailler à l'aide d'une vis sans fin qui tournait à l'intérieur d'un dalot métallique. L'écurer passait en dessous du poulailler pour sortir à l'extérieur du bâtiment à un angle d'environ 30 degrés et son extrémité, surélevée d'environ une douzaine de pieds, était soutenue par des piliers métalliques ancrés dans une fondation de béton. Le fumier montait dans le dalot à l'aide de la vis sans fin et tombait à son extrémité dans une épanduse. La section horizontale et la section inclinée de la vis sans fin étaient reliées par un joint universel qui assurait un mouvement régulier et continu.

f

La partie supérieure du dalot de l'écurer était installée à l'intérieur du plancher et était ouverte de façon à recevoir le fumier. Cependant, la partie inclinée de l'écurer située à l'extérieur du poulailler était recouverte de panneaux métalliques amovibles qui n'étaient pas munis d'un mécanisme permettant de les fixer au dalot. Il était nécessaire que ces panneaux soient amovibles parce que la vis sans fin avait tendance à se bloquer à l'occasion par accumulation de fumier dans le dalot. Cependant, ces panneaux étaient parfois délogés par grand vent.

D'avril à août 1974, M. Francis Côté a négligé de remplacer les panneaux métalliques sur le dalot extérieur de sorte que lors de l'accident ces panneaux gisaient sur le sol à côté de l'écurer. Le juge de première instance note avec raison que M. Francis Côté aurait facilement pu remédier à la situation, et ce, à peu de frais:

[TRANSLATION] The covers were supplied with the conveyer and were installed with it, and if they were blown off by the wind because they were not securely fixed this was not due to a latent defect, and the owner was responsible for providing ordinary maintenance of the conveyer and for doing whatever was necessary to secure the covers in place, which was in fact done after Herman's accident. Martel [the owner of the Ferme avicole de Ste-Croix Ltée] noted that this cost him less than \$50, using plywood sheets, hinges and hooks. What was done some time after the accident could easily have been done before it happened, since the covers had been left on the ground for at least three months, from April to August 1974. [Emphasis added.]

On August 27, 1974, the appellant was working outside the poultry house and had no work to do on the conveyer. His duties were to take the manure and spread it on the fields. Despite this, the appellant straddled the conveyer trough. His right foot slipped and was caught by the worm screw.

The appellant argued that the respondent was responsible for the damage suffered by him because it had placed no warning in the vicinity of the conveyer indicating the dangers involved in its use. The appellant further argued that the design of the conveyer was defective because it should have been designed so that no blockage could occur in the trough, thereby eliminating the need to have removable covers. In the appellant's submission, the covers should at least have had some anchoring so they could be attached to the trough. The appellant accordingly alleged that there were two separate faults: failure to inform the public that the conveyer was dangerous and placing a dangerous product on the market.

In my view, it is not necessary to decide whether the facts alleged by the appellant are faults within the meaning of art. 1053 C.C.L.C. In my opinion any causal link between the acts the respondent is alleged to have committed and the accident suffered by the appellant was broken and the appellant has thus not established all the elements required to entail the respondent's civil liability for the damage suffered.

Les panneaux ont été fournis avec l'écureur et ils ont été mis en place lors de l'installation et s'il partaient au vent dû à une mauvaise fixation, ceci n'est pas un défaut caché et le propriétaire avait l'obligation de voir à l'entretien normal de cet écureur et de prendre les dispositions nécessaires pour fixer les panneaux à leur place ce qui d'ailleurs a été fait après l'accident d'Herman. Martel [propriétaire de la Ferme avicole de Ste-Croix Ltée] souligne que ceci lui a coûté moins de 50 \$ en utilisant des feuilles de «plywood», des charnières et des crochets. Ce qui a été fait quelque temps après l'accident aurait pu facilement être fait avant l'accident puisque les panneaux ont été laissés par terre pendant une période d'au moins trois mois soit d'avril à août 1974. [Je souligne.]

Le 27 août 1974, l'appellant œuvrait à l'extérieur du poulailler et n'avait aucun travail à faire sur l'écureur. Sa tâche consistait à prendre le fumier et à le répandre sur les champs. Malgré tout, l'appellant s'est placé les pieds des deux côtés du dalot de l'écureur. Son pied droit a glissé et a été happé par la vis sans fin.

L'appellant prétend que l'intimée est responsable des dommages qu'il a subi parce qu'elle n'a installé aucun avertissement aux abords de l'écureur concernant les dangers que comporte son utilisation. L'appellant prétend également que la conception de l'écureur est déficiente parce que l'écureur aurait dû être conçu de façon à ce qu'aucun blocage ne se produise dans le dalot éliminant ainsi la nécessité de faire en sorte que les panneaux soient amovibles. Selon l'appellant, les panneaux auraient au moins dû être munis d'un ancrage permettant de les fixer au dalot. L'appellant allègue donc l'existence de deux fautes distinctes, soit le défaut d'informer le public sur le caractère dangereux de l'écureur et le fait d'avoir mis un produit dangereux sur le marché.

À mon avis, il n'est pas nécessaire de déterminer si les faits allégués par l'appellant constituent des fautes au sens de l'art. 1053 C.c.B.-C. En effet, je suis d'avis qu'il y a eu rupture de tout lien de causalité entre les faits et gestes reprochés à l'intimée et l'accident subi par l'appellant et que ce dernier n'a donc pas prouvé tous les éléments nécessaires pour que l'intimée soit tenue responsable des dommages qu'il a subis.



It is well known that under art. 1053 *C.C.L.C.* a person can only be held liable in delict if the damage suffered by the victim is the "direct consequence" of one or more faults: *Parrot v. Thompson*, [1984] 1 S.C.R. 57, at p. 71; see also J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), at p. 189. It is clear that any injury suffered by a victim may have been caused by a number of events. However, no one can be held liable for a fault which had no consequence and the court must at all times determine whether the occurrences alleged against a defendant were causal in nature. Professor Baudouin, now a judge of the Quebec Court of Appeal, properly states in his text referred to above that certain events, designated by the expression *novus actus interveniens*, can break any direct connection between the fault and the damage suffered by the victim, even though according to the so-called theory of adequate causation the damage might have been caused by the fault, at p. 187:

[TRANSLATION] In seeking a causal link that is logical, direct and immediate, the courts have placed particular emphasis on the effect of a *novus actus interveniens*, that is a new event, independent of the will of the perpetrator of the fault, which breaks the direct connection between the fault and the injury, although according to the system of adequate causation the wrongful act could by itself objectively have caused the damage and the perpetrator could have foreseen its consequences.

According to Professor Baudouin, the theory of adequate causation holds that an event which makes the causing of injury objectively possible or appreciably increases the likelihood that damage will be caused is an adequate cause giving rise to civil liability under art. 1053 *C.C.L.C.* (*op. cit.*, at p. 179). This theory must be rejected to the extent that it is taken to make the perpetrator of a wrongful act liable without any evidence that the act did actually cause the damage in whole or in part. In this connection one must ask *inter alia* whether the fault of the victim or a third party, or an event not involving fault, were the cause of the damage as a whole. This requires an assessment of the events leading to the damage, their sequence

Il est reconnu qu'en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, la responsabilité civile délictuelle d'une personne ne peut être retenue que si les dommages subis par la victime sont la «conséquence directe» d'une ou de plusieurs fautes: *Parrot c. Thompson*, [1984] 1 R.C.S. 57, à la p. 71; voir également J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), à la p. 189. Il est évident que tout préjudice souffert par une victime peut avoir été causé par de nombreux événements. Cependant, nul ne peut être tenu responsable d'une faute qui a été sans conséquence et le tribunal doit en tout temps évaluer le caractère causal des événements reprochés à un défendeur. Le professeur Baudouin, maintenant de la Cour d'appel du Québec, écrit avec justesse dans son traité précité que certains événements, désignés par l'expression *novus actus interveniens*, peuvent rompre toute relation directe entre la faute et le préjudice subi par la victime même si, selon la théorie dite de la causalité adéquate, le dommage aurait pu être causé par la faute, à la p. 187:

Dans sa recherche d'un lien causal ayant un caractère logique, direct et immédiat, la jurisprudence accorde une importance particulière à l'effet du *novus actus interveniens*, c'est-à-dire l'événement nouveau, indépendant de la volonté de l'auteur de la faute et qui rompt la relation directe entre la faute et le préjudice, même si, selon le système de la causalité adéquate, l'acte fautif pouvait à lui seul objectivement provoquer le dommage et l'agent prévoir les conséquences de celui-ci.

Selon le professeur Baudouin, la théorie de la causalité adéquate prévoit qu'un événement qui rend objectivement possible la réalisation d'un préjudice ou qui accroît sensiblement la possibilité de réalisation du dommage constitue une cause adéquate entraînant responsabilité civile sous l'art. 1053 *C.c.B.-C.* (*op. cit.*, à la p. 179). Cette théorie doit être rejetée dans la mesure où elle permettrait de retenir la responsabilité de l'auteur d'un geste fautif sans preuve que ce geste a effectivement causé le dommage en partie ou en totalité. Pour ce faire, on doit se demander, entre autres choses, si la faute de la victime ou d'un tiers ou encore un événement n'impliquant pas de faute n'ont pas été les causes de l'ensemble du dommage. Il s'agit là d'une question d'appréciation des événements qui ont précédé le dommage, de leur succession dans le

and their causal connection with the damage suffered.

In my view, the accident suffered by the appellant was entirely caused by his own fault and that of his father, who neglected to ensure that the covers were in place and who had even stopped using them more than three months before the accident. It is clear that the use of the conveyer involved some danger. In the circumstances, however, it would not appear that a written warning by the manufacturer might have helped to avoid the accident. The appellant was not unaware that the worm screw was dangerous when he straddled the trough. The trial judge noted in his reasons that the appellant is an intelligent person, that he could perceive the danger and had been warned of it by his father. I see no reason to disagree with the trial judge's opinion on this point: the appellant committed this rash act despite his father's warning. Failure to warn the appellant of the dangers involved in using the conveyer was therefore not the cause of the accident.

The appellant further argued that the design of the conveyer was inadequate because the equipment should have been so designed that it would be unnecessary for the covers to be removable and because the covers should at least have been equipped with hooks. It is perhaps true that the conveyer could have been designed to be safer, and it is true that without protection the worm screw did represent a danger. However, the respondent had provided adequate covers capable of ensuring safety and which could be used without great difficulty. To my mind the fact that they were removable and had no fasteners did not make them inadequate, although it had an effect on the operation of the conveyer, making it necessary to put them back from time to time. However, the appellant had stopped using the covers for three months. The accident was caused by the failure to use them. It was a serious fault for which the respondent cannot be held responsible.

The appellant's accident did not occur because the conveyer was dangerous but rather because it was carelessly used. The users of equipment entail-

temps et de leur relation causale avec le préjudice subi.

À mon avis, l'accident subi par l'appellant a été entièrement causé par sa propre faute et par celle de son père qui a négligé de s'assurer que les panneaux soient en place, ayant même cessé de les utiliser depuis plus de trois mois avant l'accident. Il est évident que l'utilisation de l'éculeur présentait certains dangers. Eu égard aux circonstances, cependant, il ne paraît pas qu'un avertissement écrit du fabricant aurait pu contribuer à éviter l'accident. En effet, l'appellant n'ignorait pas que la vis sans fin comportait un danger lorsqu'il s'est placé les pieds sur les deux côtés du dalot. Le juge de première instance note dans ses motifs que l'appellant est une personne intelligente, qu'il pouvait percevoir le danger et en avait été averti par son père. Je ne vois aucune raison de contredire l'opinion du juge de première instance à ce sujet; l'appellant a commis ce geste téméraire malgré l'avertissement de son père. Ce n'est donc pas un défaut d'avertir l'appellant des dangers que comporte l'utilisation de l'éculeur qui est à l'origine de l'accident.

L'appellant prétend aussi que la conception de l'éculeur était inadéquate parce que cet appareil aurait dû être conçu de façon à ce qu'il ne soit pas nécessaire que les panneaux soient amovibles et parce que ces panneaux auraient dû à tout le moins être munis de crochets. Il est peut-être vrai que l'éculeur aurait pu être conçu de façon à ce qu'il soit plus sécuritaire et il est vrai qu'en l'absence de protection la vis sans fin constituait un danger. Cependant, l'intimée avait fourni des panneaux adéquats pour assurer la sécurité et susceptibles d'être utilisés sans inconvénient sérieux. En effet, à mon sens leur amovibilité et l'absence d'attache ne les rendaient pas inadéquats quoiqu'ayant une incidence sur l'opération de l'éculeur qui demandait qu'on les remplace à l'occasion. Or, l'appellant a cessé de se servir des panneaux, ceci depuis trois mois. C'est ce défaut de s'en servir qui a été la cause de l'accident. C'était là une faute grave qu'on ne peut imputer à l'intimée.

L'accident de l'appellant ne s'est pas produit parce que l'éculeur était dangereux mais plutôt parce qu'il a été utilisé imprudemment. Les utilisations

ing dangers of which they are or should be aware have an obligation to use it carefully, in particular by using safety devices provided by the manufacturer. The conveyer was not dangerous when the metal covers were in place. The appellant and his father Mr. Francis Côté failed in their duty of care and thereby caused the appellant's accident. The fact that the worm screw may have been dangerous was therefore not the cause of the appellant's accident, but merely occasioned it: the accident was rather due to the way in which the appellant and his father used the conveyer.

Even if a danger might result from the covers being lifted or falling off during operation of the conveyer, indicating a defect in design, that is not what occurred here. The faults committed by the appellant and his father are a "new event", a *novus actus interveniens*, and were the cause of the damage as a whole suffered by the appellant.

In my view the appeal should therefore be dismissed, with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Cain, Lamarre, Larouche, Wells, Chicoutimi.*

*Solicitors for the respondent: Flynn, Rivard, Québec.*

teurs d'un appareil comportant des dangers dont ils sont ou doivent être conscients ont l'obligation de s'en servir prudemment, notamment en utilisant les dispositifs de sécurité fournis par le fabricant.

<sup>a</sup> L'écuireur ne comportait aucun danger lorsque muni des panneaux métalliques. L'appelant et son père, M. Francis Côté, ont failli à leur obligation de prudence et ont, par le fait même, provoqué l'accident de l'appelant. Le fait que la vis sans fin ait comporté un danger n'est donc pas la cause de l'accident de l'appelant mais n'en a été que l'occasion et on doit plutôt l'attribuer à la façon dont l'appelant et son père se sont servis de l'écuireur.

<sup>c</sup> Même si un danger pouvait résulter de la levée ou chute des panneaux dans l'opération de l'écuireur d'où l'on concluerait à une faute de conception, ce n'est pas ce qui s'est produit ici. Les fautes de l'appelant et de son père constituent un «événement nouveau», un *novus actus interveniens*, et sont à l'origine de l'ensemble du dommage subi par l'appelant.

<sup>e</sup> À mon avis, le présent pourvoi devrait donc être rejeté, avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

<sup>f</sup> *Procureurs de l'appelant: Cain, Lamarre, Larouche, Wells, Chicoutimi.*

*Procureurs de l'intimée: Flynn, Rivard, Québec.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 3, 1989 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 1989 Vol. 2**

**Cited as [1989] 2 S.C.R. 429-681**

**Renvoi [1989] 2 R.C.S. 429-681**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by  
GUY Y. GOULARD, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor  
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secretaries  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1989.

## CONTENTS

### **Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng ..... 429**

Contracts — Employment contract — Mandate — Breach of employee's obligation of honesty and loyalty toward his employer — Trader employed by bank to purchase and sell foreign currencies — Trader making transactions for his own benefit using bank's funds and making transactions on behalf of bank's clients but requesting secret commission — Whether bank may recover profits made by trader — Whether trader considered a mandatary of the bank — Civil Code of Lower Canada, arts. 411, 1713.

### **Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. .... 574**

Commercial law — Confidentiality — Mining companies discussing possible joint venture — Confidential exploration results disclosed during discussions — High potential property adjacent to lands of exploration company — Mining company in receipt of information purchasing property for own use — Whether or not company in breach of duty respecting confidences — Whether or not company in breach of fiduciary duty — If so, the appropriate remedy.

Industrial and intellectual property — Trade secrets — Confidentiality — Mining companies discussing possible joint venture — Confidential exploration results disclosed during discussions — High potential property adjacent to lands of

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par  
GUY Y. GOULARD, C.R.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtière en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

Arrêtières  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secrétaires  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1989.

## SOMMAIRE

### **Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng ..... 429**

Contrats — Contrat de travail — Mandat — Manquement à l'obligation d'honnêteté et de loyauté de l'employé envers son employeur — Cambiste au service de la banque pour acheter et vendre des devises étrangères — Le cambiste a effectué des opérations pour son propre profit en utilisant les fonds de la banque, ainsi que des opérations pour des clients de la banque moyennant des commissions secrètes — La banque peut-elle recouvrer les profits réalisés par le cambiste? — Le cambiste est-il considéré mandataire de la banque? — Code civil du Bas-Canada, art. 411, 1713.

### **Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd. .... 574**

Droit commercial — Renseignements confidentiels — Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe — Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions — Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration — La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage — La compagnie a-t-elle violé une obligation fondée sur des rapports de confiance? — La compagnie a-t-elle violé une obligation fiduciaire? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

Propriété industrielle et intellectuelle — Secrets commerciaux — Renseignements confidentiels — Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe — Résultats

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

exploration company — Mining company in receipt of information purchasing property for own use — Whether or not company in breach of duty respecting confidences — If so, the appropriate remedy.

Trusts and trustees — Fiduciary duty — Trade secrets — Confidentiality — Mining companies discussing possible joint venture — Confidential exploration results disclosed during discussions — High potential property adjacent to lands of exploration company — Mining company in receipt of information purchasing property for own use — Whether or not company in breach of fiduciary duty — If so, the appropriate remedy.

Remedies — Unjust enrichment — Restitution — Constructive trust — Nature of constructive trust — When constructive trust available.

### **R. v. L. (J.E.) ..... 510**

Criminal law — Young offenders — Transfer to ordinary court — Requirements — Young offender charged with first degree murder — Crown's application for transfer to ordinary court dismissed by Youth Court judge — Youth Court's decision affirmed by Court of Queen's Bench but reversed by Court of Appeal — Nature of burden on the Crown for transfer to ordinary court — Nature of review on appeal — Test for transfer — Whether Court of Appeal erred in ordering youth to be transferred to ordinary court — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 16.

### **R. v. M. (S.H.) ..... 446**

Criminal law — Young offenders — Transfer to ordinary court — Requirements — Young offender just under 18 years of age charged with first degree murder — Crown's application for transfer to ordinary court dismissed by Youth Court judge — Youth Court's decision affirmed by Court of Queen's Bench but reversed by Court of Appeal — Nature of burden on the Crown for transfer to ordinary court — Nature of review on appeal — Test for transfer — Whether Court of Appeal erred in ordering youth to be transferred to ordinary court — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 16.

### **Tremblay v. Daigle ..... 530**

Injunction — Injunction against abortion — Foetal rights — Father's rights — Unmarried woman seeking abortion — Father of unborn child granted an interlocutory injunction to stop abortion — Whether injunction should have been granted — Whether foetus has a right to life under Quebec legislation — Whether potential father has a right to veto the mother's decision to have an abortion — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 752.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Right to life — Father of unborn child obtaining an injunction to prevent mother from having an abortion — Whether foetus a "human being" under the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1, 2.

Civil law — Legal status of unborn child — Father of unborn child obtaining an injunction to prevent mother from having an

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions — Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration — La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage — La compagnie a-t-elle violé une obligation fondée sur des rapports de confiance? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

Fiducies et fiduciaires — Obligation fiduciaire — Secrets commerciaux — Renseignements confidentiels — Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe — Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions — Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration — La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage — La compagnie a-t-elle violé une obligation fiduciaire? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

Réparations — Enrichissement sans cause — Restitution — Fiducie par interprétation — Nature de la fiducie par interprétation — Quand peut être imposée une fiducie par interprétation?

### **R. c. L. (J.E.) ..... 510**

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Renvoi à la juridiction normalement compétente — Exigences — Jeune contrevenant accusé de meurtre au premier degré — Demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public et rejetée par le juge du tribunal pour adolescents — Décision du tribunal pour adolescents confirmée par la Cour du Banc de la Reine mais infirmée par la Cour d'appel — Nature du fardeau de preuve incombant au ministère public quant au renvoi devant la juridiction normalement compétente — Nature de l'examen en appel — Critère du renvoi — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ordonnant le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 16.

### **R. c. M. (S.H.) ..... 446**

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Renvoi à la juridiction normalement compétente — Exigences — Jeune contrevenant âgé de près de 18 ans accusé de meurtre au premier degré — Demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public et rejetée par le juge du tribunal pour adolescents — Décision du tribunal pour adolescents confirmée par la Cour du Banc de la Reine mais infirmée par la Cour d'appel — Nature du fardeau de preuve incombant au ministère public quant au renvoi devant la juridiction normalement compétente — Nature de l'examen en appel — Critère du renvoi — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ordonnant le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 3, 16.

### **Tremblay c. Daigle ..... 530**

Injonction — Injonction contre un avortement — Droits du foetus — Droits du père — Femme célibataire voulant se faire avorter — Injonction interlocutoire empêchant l'avortement accordée au père de l'enfant non encore né — L'injonction

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

abortion — Whether foetus recognized as a juridical person under the Civil Code — Civil Code of Lower Canada, arts. 18, 338, 345, 608, 771, 838, 945, 2543.

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Injunction — Father of unborn child seeking an injunction to prevent mother from having an abortion — No state action involved — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked to support the injunction.

## SOMMAIRE (Fin)

aurait-elle dû être accordée? — La législation québécoise reconnaît-elle au fœtus le droit à la vie? — Le père en puissance a-t-il le droit d'opposer un veto à la décision de la mère de se faire avorter? — Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 752.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Droit à la vie — Le père d'un enfant non encore né obtient une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter — Le fœtus est-il un «être humain» au sens de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, préambule, art. 1, 2.

Droit civil — Statut juridique de l'enfant non encore né — Le père d'un enfant non encore né obtient une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter — Le Code civil reconnaît-il au fœtus la personnalité juridique? — Code civil du Bas Canada, art. 18, 338, 345, 608, 771, 838, 945, 2543.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Injonction — Le père d'un enfant non encore né demande une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter — Aucune mesure de l'État n'est en cause — La Charte canadienne des droits et libertés peut-elle être invoquée au soutien de l'injonction?





**Bank of Montreal Appellant**

v.

**Philippe Kuet Leong Ng Respondent**

and

**Elizabeth Tan Yan Wong Mis en cause**

and

**Pierre Shin Pong and Bank of Montreal  
Tiers-saisis**

INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. KUET LEONG NG

File No.: 20473.

1989: March 16; 1989: September 28.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier and  
Cory JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Contracts — Employment contract — Mandate — Breach of employee's obligation of honesty and loyalty toward his employer — Trader employed by bank to purchase and sell foreign currencies — Trader making transactions for his own benefit using bank's funds and making transactions on behalf of bank's clients but requesting secret commission — Whether bank may recover profits made by trader — Whether trader considered a mandatary of the bank — Civil Code of Lower Canada, arts. 411, 1713.*

The respondent was employed by the appellant as its chief foreign currency trader for Quebec. His principal function was to purchase and sell foreign currencies on behalf of the appellant. He was also called upon to give advice and make foreign exchange transactions on behalf of major clients of the appellant. He was authorized on his own initiative to commit the appellant in respect of foreign currency transactions up to a limit of \$40,000,000 per day. The respondent, in the course of his activities, carried out transactions which enabled him to realize large profits. These transactions fell into two categories: first, transactions for the account of a client, without the client's knowledge, and made in fact for the respondent's own account using appellant's funds. There were also smaller transactions in the name of the respondent's sister. Second, transactions made for two of appellant's clients on the secret condition that he receive one half of any trading profits. Respondent's actions

**Banque de Montréal Appelante**

c.

**Philippe Kuet Leong Ng Intimé**

a

et

**Elizabeth Tan Yan Wong Mise en cause**

et

b

**Pierre Shin Pong et Banque de Montréal  
Tiers-saisis**RÉPERTORIÉ: BANQUE DE MONTRÉAL c. KUET  
LEONG NG

c

N° du greffe: 20473.

1989: 16 mars; 1989: 28 septembre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier  
et Cory.

d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Contrats — Contrat de travail — Mandat — Manquement à l'obligation d'honnêteté et de loyauté de l'employé envers son employeur — Cambiste au service de la banque pour acheter et vendre des devises étrangères — Le cambiste a effectué des opérations pour son propre profit en utilisant les fonds de la banque, ainsi que des opérations pour des clients de la banque moyennant des commissions secrètes — La banque peut-elle recouvrer les profits réalisés par le cambiste? — Le cambiste est-il considéré mandataire de la banque? — Code civil du Bas-Canada, art. 411, 1713.*

e

L'intimé était au service de l'appelante en qualité de cambiste en chef pour le Québec. Il avait pour fonction principale l'achat et la vente de devises étrangères pour le compte de l'appelante. Il était aussi appelé à donner des avis et à effectuer des opérations de change pour le compte de clients importants de l'appelante. Il était autorisé, de sa propre initiative, à engager l'appelante à l'égard des opérations de change jusqu'à concurrence de 40 000 000 \$ par jour. L'intimé, dans l'exercice de ses fonctions, a effectué des opérations qui lui ont permis de réaliser pour son propre compte des profits considérables. Ces opérations se divisent en deux catégories: premièrement, des opérations pour le compte d'un client à l'insu de ce dernier, qui étaient effectuées en réalité pour le propre compte de l'intimé à l'aide des deniers de l'appelante. Il y avait aussi quelques opérations de moindre importance au nom de la sœur de l'intimé. Deuxièmement, des opérations effectuées pour deux clients de

f

g

h

i

j

contravened the ethical regulations imposed upon the appellant's employees and his employment was terminated. The appellant then instituted an action against the respondent to recover the profits. The appellant did not allege any loss or damage attributable to the acts of the respondent. The Superior Court dismissed the action and the judgment was affirmed by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

With respect to the first group of transactions, inasmuch as these were carried out contrary to the employer's instructions and, therefore, without authority by the respondent for his own benefit, using the appellant's funds, the respondent was in the position of a possessor in bad faith (art. 411 C.C.L.C.) and was obligated to remit to the appellant not only the capital of the funds which he used, but also any increase in value and fruits thereof. In effect, he appropriated to himself funds of the appellant fraudulently and without colour of right and has no legal title to the benefits of his fraud.

With respect to the second group of transactions, although the respondent's entitlement to the profits was by reason of a private arrangement with the clients, the trading itself which produced the profits was conducted by the respondent acting in the course of his employment and as representative of the appellant. Whether the respondent's relationship with the appellant be characterized purely as one of lease and hire of services, that is of employer and employee, or one of mandate in this respect, the fact remains that the respondent was acting in a representative capacity for the appellant, carrying on its business. (This is also true for the first group of transactions carried on for his own benefit under fictitious names.) Under these circumstances, the principle set forth in art. 1713 C.C.L.C., whereby the mandatary is bound to render an account of his administration and to deliver and pay over all that he has received under the authority of the mandate, even if it were not due, must be given effect to. This obligation, while expressly imposed by art. 1713 dealing with the contract of mandate, attaches rather to the underlying function and relationship between the parties to the contract. It indeed gives effect to a much broader policy of the civil law for the protection of honesty and good faith in the execution of contracts, including contracts of employment. An employee's obligation of good faith encompasses, at a minimum, conscientious execution of his contractual obligations. The intensity of the employee's obligation of good faith increases with the

l'appelante à la condition secrète que l'intimé touche la moitié des profits réalisés. Les actes de l'intimé contrevenaient aux règles de déontologie imposées aux employés de l'appelante et il a été congédié. L'appelante a alors engagé une action contre l'intimé pour recouvrer les profits réalisés. L'appelante n'a pas allégué l'existence d'un préjudice ou de dommages imputables aux actes de l'intimé. La Cour supérieure a rejeté l'action et son jugement a été confirmé par la Cour d'appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En ce qui concerne le premier groupe d'opérations, dans la mesure où elles ont été effectuées contrairement aux instructions de l'employeur, et par conséquent sans que l'intimé soit autorisé à les effectuer, pour son propre compte, à l'aide des deniers de l'appelante, l'intimé se trouvait dans la situation du possesseur de mauvaise foi (art. 411 C.c.B.-C.) et il était tenu de remettre à l'appelante non seulement le principal des fonds utilisés, mais aussi sa plus-value et ses fruits, le cas échéant. De fait, il s'est emparé des deniers de l'appelante frauduleusement et sans apparence de droit, et il n'a aucun droit aux bénéfices de sa fraude.

Pour ce qui est du second groupe d'opérations, même si le droit de l'intimé aux profits réalisés procédait d'une entente intervenue privément avec les clients, les opérations de change elles-mêmes dont découlent les profits ont été effectuées par l'intimé dans le cadre de son emploi et en sa qualité de représentant de l'appelante. Peu importe que les rapports entre l'intimé et l'appelante soient qualifiés simplement de louage de services, c'est-à-dire de rapports entre employeur et employé, ou de mandat à cet égard, il reste que l'intimé agissait en qualité de représentant de l'appelante, voyant aux affaires de celle-ci. (Cela s'applique aussi à la première catégorie d'opérations que l'intimé a effectuées pour son propre compte sous des noms fictifs.) Dans ces circonstances, il faut appliquer le principe énoncé à l'art. 1713 C.c.B.-C., selon lequel le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant. Cette obligation, bien qu'elle soit expressément imposée par l'art. 1713 qui traite du mandat, se rattache plutôt à la fonction et aux rapports sous-jacents entre les parties au contrat. En réalité, elle met à exécution un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats, y compris les contrats de travail. L'obligation de bonne foi qui incombe à l'employé comprend, à tout le moins, l'exécution consciencieuse de ses obligations contractuelles. L'intensité de l'obligation de bonne foi imposée à

responsibility attached to the position held by the employee.

In this case, to allow the respondent to retain the profits would go contrary to the principle that no one should profit from his own wrongdoing. Respondent's actions constituted a breach of good faith and loyalty and indeed an appropriation by the respondent to his own benefit of services which he had committed to the appellant. His status as an employee does not signify that the respondent need not, like senior officers or directors, account for his conduct. If good faith is the foundation of every contract of employment, it requires that to each measure of trust and authority placed in the employee correspond a like measure of responsibility and obligation. A senior employee, such as the respondent, who enjoys control over large sums of the employer's money must be held accountable for his disposition of those funds and is required to turn over to the employer profits made through the abuse of his position. Without such accountability, the respondent's commitment to execute in good faith his obligations under the contract of employment is without substance, just as the mandatary's obligation to exercise the skill and care of a prudent administrator would be empty without the obligation to render an account of his administration, or the director's obligation to act in the best interests of the corporation would be meaningless if the director was not required to disgorge profits gained in breach of that obligation.

#### Cases Cited

Referred to: *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 Q.B. 455; *McDonald v. Rankin* (1890), 7 M.L.R. 44 (S.C.); *Giguère v. Colas* (1915), 48 C.S. 198; *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz v. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671; *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164; *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32.

#### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 69.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 411, 610, 1049, 1056c, 1484, 1485, 1701, 1706, 1713.  
*Code pénal* (France), art. 177.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426 [am. c. 27, (1st Supp.), s. 56].

#### Authors Cited

Camerlynck, G. H. *Le contrat de travail*, 2<sup>e</sup> éd. Dans G. H. Camerlynck, éd., *Droit du travail*, t. 1. Paris: Dalloz, 1982.

l'employé augmente avec la responsabilité qui se rattache au poste qu'il occupe.

En l'espèce, permettre à l'intimé de conserver les profits réalisés serait aller à l'encontre du principe selon lequel nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions. Les actes de l'intimé constituaient une violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté qui lui incombait et, voire même, un détournement à son propre profit des services qu'il s'était engagé à rendre à l'appelante. Sa qualité d'employé ne signifie pas que l'intimé n'avait pas, à l'instar des cadres supérieurs et des administrateurs, à rendre compte de ses actes. Si la bonne foi est le fondement de tout contrat de travail, elle exige qu'à la confiance et à l'autorité accordées à l'employé corresponde une part égale de responsabilités et d'obligations. Un employé supérieur qui, à l'instar de l'intimé, jouit d'un contrôle sur de larges sommes d'argent de l'employeur doit être tenu responsable de l'usage qu'il en fait, et il lui faut remettre à l'employeur les profits réalisés grâce à l'exercice abusif de ses fonctions. S'il n'était tenu de rendre compte, l'engagement de l'intimé à exécuter de bonne foi les obligations afférentes à son contrat de travail serait dévalorisé, tout comme d'ailleurs l'obligation du mandataire de faire preuve de la compétence et de la diligence propres à un administrateur prudent s'il n'avait pas à rendre compte de sa gestion, ou que l'obligation de l'administrateur d'une société d'agir dans l'intérêt de celle-ci s'il n'était pas tenu de rendre les profits réalisés en violation de cette obligation.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 B.R. 455; *McDonald v. Rankin* (1890), 7 M.L.R. 44 (C.S.); *Giguère v. Colas* (1915), 48 C.S. 198; *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz c. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671; *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164; *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 411, 610, 1049, 1056c, 1484, 1485, 1701, 1706, 1713.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 426 [mod. chap. 27 (1<sup>er</sup> supp.), art. 56].  
*Code pénal* (France), art. 177.  
*Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), chap. B-3, art. 69.

#### Doctrine citée

Camerlynck, G. H. *Le contrat de travail*, 2<sup>e</sup> éd. Dans G. H. Camerlynck, éd., *Droit du travail*, t. 1. Paris: Dalloz, 1982.

Catala, Nicole et Jacques Aaron. *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise*. Paris: Librairies techniques, 1971.

Javillier, Jean-Claude. *Manuel de droit du travail*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.

Martel, Maurice et Paul. *La compagnie au Québec: les aspects juridiques*. Montréal: Éditions Thélème, Inc., 1982.

Troplong, M. *Droit civil expliqué*, t. 16. Paris: Charles Hingray, 1846.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

*Colin K. Irving*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—At issue in the present case are the obligations of an employee who, having the authority and duty to enter into binding contracts on behalf of his employer, enters upon such contracts for his own account or the account of others, using the funds of the employer or of others, and thereby receives secret commissions for his own profit.

The respondent, having been declared bankrupt following the entering of the appeal to this Court, the case proceeded to hearing with leave of the Court, [1987] 2 S.C.R. v, and consent of the trustee in bankruptcy *ex parte* in the absence of any representation on behalf of the respondent or the trustee.

### 1. The Facts

The respondent since 1979 was employed by the appellant Bank as its chief foreign currency trader for Quebec reporting only to the senior manager foreign exchange of the Bank for Canada in Toronto. His principal function was the purchase and sale of foreign currencies on behalf of the appellant which included determining the price thereof. He was also called upon to give advice and make foreign exchange transactions on behalf of major clients of the appellant who had been

Catala, Nicole et Jacques Aaron. *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise*. Paris: Librairies techniques, 1971.

Javillier, Jean-Claude. *Manuel de droit du travail*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.

Martel, Maurice et Paul. *La compagnie au Québec: les aspects juridiques*. Montréal: Éditions Thélème, Inc., 1982.

Troplong, M. *Droit civil expliqué*, t. 16. Paris: Charles Hingray, 1846.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

*Colin K. Irving*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—La question en litige en l'espèce porte sur les obligations d'un employé qui, délégué à la passation de contrats exécutoires pour le compte de son employeur, conclut de tels contrats pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, en se servant des deniers de son employeur ou de ceux d'autrui et touche ainsi des commissions secrètes pour son propre profit.

L'intimé ayant été déclaré en faillite après que cette Cour eut été saisie de ce pourvoi, l'affaire a été instruite *ex parte* avec l'autorisation de la Cour, [1987] 2 R.C.S. v, et le consentement du syndic, en l'absence de représentations pour le compte de l'intimé ou du syndic.

### h 1. Les faits

L'intimé, au service de la Banque appelante depuis 1979 en qualité de cambiste en chef pour le Québec, était responsable uniquement auprès du directeur des opérations sur devises de la Banque pour le Canada, à Toronto. Il avait pour fonction principale l'achat et la vente de devises étrangères pour le compte de l'appelante, et il devait notamment en établir le prix. Il était aussi noté à donner des avis et à effectuer des opérations de change pour le compte de clients importants de

authorized to deal with him directly rather than through their own branch of the Bank. He was authorized on his own initiative to commit the appellant in respect of foreign currency transactions up to a limit of \$40,000,000 per day.

A document entitled "Employee Relations" issued by the appellant to its employees, including the respondent, contains the following policy statement:

Employees must not involve themselves in any outside activities or accept any gifts, inducements, or rewards which could compromise them in the fulfillment of their duties or which could affect their sound judgment or the performance of their duties. Examples of situations which could contravene this part of the policy are:—

- a) Ownership of any significant financial share in or personal involvement in a business which deals with the Bank either as a customer or as a supplier; in certain instances, the ownership of equity by an employee in a competing business enterprise might create or appear to create a conflict situation.
- b) Holding a position with or acting as an agent of or consultant for an outside firm. Exception: an employee may be asked or authorized to act as a director or officer of an outside business where it is felt to be in the Bank's interest.
- c) Taking advantage, for personal gain, of a business opportunity known because of one's position with the Bank.
- d) Accepting from any individual or organization monetary inducements, free travel or discounts on goods or services in any amount, or entertainment or gifts beyond a nominal value.
- e) Speculating in any commodity or real estate that is or is likely to be required by the Bank.

These are examples of activities which might influence or, equally important, might appear to influence an employee to act contrary to the ethical standards we expect.

All employees are required to disclose to their superiors, in writing or as may be otherwise authorized, all business, commercial or financial interests or activities where such interests or activities might be construed as creating an actual or potential conflict with their duties of employment. Managers are required to see that such

l'appelante qui avaient été autorisés à traiter avec lui directement plutôt que par l'entremise de leur propre succursale de la Banque. Il était autorisé, de sa propre initiative, à engager l'appelante à l'égard des opérations de change jusqu'à concurrence de 40 000 000 \$ par jour.

Un document intitulé «Relations de travail» publié par l'appelante à l'intention de ses employés, y compris l'intimé, contient la déclaration de principe suivante:

Il est interdit à notre personnel d'accepter des cadeaux, des offres attrayantes ou des récompenses et de s'engager dans des activités extérieures susceptibles de le compromettre dans l'exercice de ses fonctions, d'affecter son jugement ou de nuire à l'exécution de son travail. Voici quelques situations de nature à contrevenir à cette norme:—

- a) Avoir des intérêts financiers importants dans une entreprise qui fait affaire avec la Banque, à titre de client ou de pourvoyeur, ou y jouer un rôle actif; dans certains cas, le fait d'être actionnaire d'une entreprise concurrente peut placer ou sembler placer un employé dans une situation embarrassante à l'égard de la Banque.
- b) Occuper un poste dans une autre entreprise ou être son agent ou son conseiller. Exception: la Banque peut demander à un employé de (ou l'autoriser à) faire partie du conseil d'administration ou des cadres d'une autre entreprise si elle juge cette exception dans l'intérêt de la Banque.
- c) Profiter, en vue d'un gain personnel, d'une transaction avantageuse grâce au poste que l'on occupe à la Banque.
- d) Accepter d'un particulier ou d'une entreprise des avantages financiers, un voyage gratuit, des remises sur des produits ou des services de quelque montant que ce soit, des repas, des consommations ou des cadeaux dépassant une valeur modeste.
- e) Spéculer sur des biens meubles ou immeubles dont la Banque a besoin ou qu'elle est susceptible d'acquérir.

Ce sont là des activités qui pourraient inciter ou, ce qui importe autant, pourraient sembler inciter un employé à agir contrairement aux normes d'éthique que nous exigeons.

Les employés sont tous tenus de dévoiler à leurs supérieurs, par écrit ou sous toute autre forme autorisée, toutes entreprises, tous intérêts commerciaux ou financiers et toutes activités extérieures auxquels leur participation pourrait être considérée comme une situation venant actuellement ou éventuellement en conflit avec

statements are submitted and that actions taken and decisions made within their jurisdictions are free from any influence of conflicting interest.

In addition, the Bank's inspectors are directed to report on any situation or circumstance which is thought to give rise to an actual or apparent conflict of interest.

The respondent in the course of his activities as foreign currency trader carried out transactions which enabled him to realize profits for his own account in an amount of \$660,135.82. These fell into two major categories:

- 1) Foreign exchange transactions for the account of one Joseph Kruger or the Kruger Paper group of companies. However, these transactions were unknown to the Kruger principals and were in fact made for the respondent's own account, using the funds or credit of the appellant. In the same category were also a few smaller transactions in the name of the respondent's sister.
- 2) In the other category were transactions for two clients of the appellant who had been authorized to deal directly with the respondent. The respondent agreed to trade for them on the condition that he receive one half of any trading profits.

## 2. The Courts Below

### *Superior Court of Quebec*

The trial judge rejected the appellant's contention that the respondent must be considered as its mandatary and that, by virtue of art. 1713 C.C.L.C., it was entitled to the profits received by him under the authority of his mandate. Marquis J. observed that the importance and nature of the respondent's work did not alter the nature of the legal relationship between the employer and the employee. He remained an employee of the appellant which hired his expert services in return for a salary. He had no administrative duties. The acts committed by the respondent were not of themselves illegal and the fact that they contravened the ethical regulations imposed upon the appellant's employees did not result in the application of art. 1713.

leurs fonctions à la Banque. Les directeurs sont tenus d'exiger de telles déclarations et d'éviter que toute décision qui relève de leur compétence soit incompatible avec les intérêts de la Banque.

*a* En outre, les inspecteurs de la Banque doivent signaler toute situation ou circonstance qu'ils jugent incompatible avec les intérêts de la Banque, même en apparence.

*b* L'intimé, dans l'exercice de ses fonctions de cambiste, a effectué des opérations qui lui ont permis de réaliser des profits pour son propre compte s'élevant à 660 135,82 \$. Ces opérations se divisent en deux catégories principales:

- c* 1) Des opérations de change pour le compte d'un certain Joseph Kruger ou du groupe de compagnies Kruger Paper. Or, les mandants Kruger n'étaient pas au courant de ces opérations qui étaient faites en réalité pour le propre compte de l'intimé à l'aide des deniers ou du crédit de l'appelante. Dans la même catégorie, se trouvaient aussi quelques opérations de moindre importance au nom de la sœur de l'intimé.
- d* 2) L'autre catégorie comprend des opérations effectuées pour deux clients de l'appelante qui avaient été autorisés à traiter directement avec l'intimé. Ce dernier avait convenu d'effectuer des opérations de change pour eux à la condition de toucher la moitié des profits réalisés.

## 2. Les tribunaux d'instance inférieure

### *La Cour supérieure de la province de Québec*

*e* Le juge de première instance a rejeté la prétention de l'appelante que l'intimé devait être considéré comme étant son mandataire et qu'en vertu de l'art. 1713 C.c.B.-C., elle avait droit aux profits qu'il a réalisés dans l'exercice de son mandat. Le juge Marquis a souligné que l'importance et la nature du travail de l'intimé ne modifiait pas la nature des rapports juridiques entre l'employeur et l'employé. Il demeurait un employé de l'appelante qui retenait ses services d'expert en contrepartie d'un salaire. Il n'avait aucune fonction administrative. Les actes de l'intimé n'étaient pas illégaux en soi, et le fait qu'ils aient contrevenu aux règles de déontologie imposées aux employés de l'appelante n'entraînait pas l'application de l'art. 1713.

In arriving at his conclusion, the trial judge noted that the appellant had neither alleged nor proven any loss of damage attributable to the acts of the respondent. The actions were judged reprehensible by the employer and the respondent's employment was terminated. They did not however give rise to an obligation by the respondent to account to the appellant for the profits he received.

### *Court of Appeal*

The Court of Appeal agreed with the trial judge's conclusion that, despite the importance of his position, the respondent was simply an employee of the appellant and not a mandatary: (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160. The appellant had not entrusted the respondent with the management of a lawful business within the meaning of art. 1701 *C.C.L.C.* and, therefore, he was not subject to any fiduciary duty. For these reasons, the Court of Appeal held that the present case must be distinguished on its facts from the decision of the Supreme Court of Canada in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592.

Nor was the Court of Appeal persuaded that the respondent was required to turn over the profits to his employer in accordance with a directive issued by the appellant to its employees because he had effected the transactions for his own purposes during working hours and made use of confidential information. Although the respondent may have violated the terms of his employment by conducting his personal affairs during business hours and thereby may have exposed himself to the risk of being fired, it did not follow that he was required to remit the profits to the appellant. Furthermore, the evidence did not establish that the respondent had acted upon confidential information in the sense of the directive in question.

### 3. Analysis

With respect to the first group of transactions, inasmuch as these were carried out contrary to the employer's instructions and, therefore, without authority by the respondent for his own personal account or benefit, using the appellant's funds or

En parvenant à sa conclusion, le juge de première instance a noté que l'appelante n'avait ni allégué ni prouvé l'existence d'un préjudice ou de dommages imputables aux actes de l'intimé. Ces actes avaient été jugés répréhensibles par l'employeur, qui avait congédié leur auteur, mais ils n'imposaient toutefois pas l'obligation à l'intimé de rendre compte à l'appelante des profits qu'il avait touchés.

### *La Cour d'appel*

La Cour d'appel s'est dite d'accord avec la conclusion du juge de première instance que, malgré l'importance de ses fonctions, l'intimé était simplement un employé de l'appelante et non son mandataire: (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160. L'appelante ne lui avait pas confié la gestion d'une affaire licite au sens de l'art. 1701 *C.c.B.-C.* et, par conséquent, il n'était tenu à aucune obligation de fiduciaire. Pour ces motifs, la Cour d'appel a statué que les faits en l'espèce devaient se distinguer de ceux qui étaient en cause dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592.

La Cour d'appel n'était pas convaincue non plus que l'intimé était tenu de remettre les profits à son employeur, conformément à une directive de l'appelante à l'intention de ses employés, parce qu'il avait effectué les opérations litigieuses pour son propre compte pendant les heures ouvrables et qu'il s'était servi de renseignements confidentiels. Bien que l'intimé puisse avoir violé les conditions de son emploi en s'occupant de ses affaires personnelles au cours des heures ouvrables et qu'il puisse s'être ainsi exposé au risque d'être congédié, il ne s'ensuit pas qu'il est tenu de remettre à l'appelante les profits réalisés. En outre, la preuve n'établissait pas que l'intimé avait agi en se servant de renseignements confidentiels au sens de la directive en question.

### 3. Analyse

En ce qui concerne le premier groupe d'opérations, dans la mesure où elles ont été effectuées contrairement aux instructions de l'employeur et, par conséquent, sans que l'intimé soit autorisé à les effectuer, pour son propre compte ou avantage, à



credit, the respondent was in the position of a possessor in bad faith (art. 411 *C.C.L.C.*) and was obligated to remit to the appellant not only the capital of the funds which he used, but also any increase in value and fruits thereof. In effect, he appropriated to himself funds of the appellant fraudulently and without colour of right and has no legal title to the benefits of his fraud.

With reference to the other profits realized by the respondent by way of a 50 percent share of the profits obtained from foreign exchange trading for two clients of the appellant by private arrangement between the respondent and these clients, even though the respondent's entitlement to them was by reason of this private arrangement with the two clients, the trading itself which produced the profits was conducted by the respondent acting in the course of his employment and as representative of the appellant Bank. The respondent's authority to conduct these transactions was as a representative of the appellant carrying on its affairs, albeit for the benefit of the appellant's clients. Whether the respondent's relationship with the appellant be characterized purely as one of lease and hire of services, that is of employer and employee, or one of mandate in this respect, the fact remains that the respondent was acting in a representative capacity for the appellant, carrying on its business. This is also true, moreover, for the first group of transactions carried on for his own benefit under fictitious names.

Under these circumstances, the principle set forth in art. 1713 *C.C.L.C.*, whereby the mandatar is bound to render an account of his administration and to deliver and pay over all that he has received under the authority of the mandate, even if it were not due, must be given effect to. This obligation, while expressly imposed by art. 1713 dealing with the contract of mandate, and obviously applicable to this contract, attaches rather to the underlying function and relationship between the parties to the contract. It indeed gives effect to a much broader policy of the civil law for the protection of honesty and good faith in the execution of contracts.

l'aide des deniers ou du crédit de l'appelante, l'intimé se trouvait dans la situation du possesseur de mauvaise foi (art. 411 *C.c.B.-C.*) et il était tenu de remettre à l'appelante non seulement le principal des fonds utilisés, mais aussi sa plus-value et ses fruits, le cas échéant. De fait, il s'est emparé des deniers de l'appelante frauduleusement et sans apparence de droit, et il n'a aucun droit aux bénéfices de sa fraude.

Pour ce qui est des autres profits réalisés par l'intimé grâce à sa part de 50 pour 100 des profits découlant des opérations de change effectuées pour deux clients de l'appelante à la suite d'une entente intervenue privément entre l'intimé et ces clients, même si le droit de l'intimé à cet égard procédait de cette entente privée avec les deux clients, les opérations de change elles-mêmes dont découlent les profits ont été effectuées par l'intimé dans le cadre de son emploi et en sa qualité de représentant de la Banque appelante. L'intimé était autorisé à effectuer ces opérations en sa qualité de représentant de l'appelante voyant aux affaires de celle-ci, bien que ce fût pour le bénéfice des clients de l'appelante. Peu importe que les rapports entre l'intimé et l'appelante soient qualifiés simplement de louage de services, c'est-à-dire de rapports entre employeur et employé, ou de mandat à cet égard, il reste que l'intimé agissait en qualité de représentant de l'appelante, voyant aux affaires de celle-ci. Cela s'applique également à la première catégorie d'opérations que l'intimé a effectuées pour son propre compte sous des noms fictifs.

Dans ces circonstances, il faut appliquer le principe énoncé à l'art. 1713 *C.c.B.-C.*, selon lequel le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant. Cette obligation, bien qu'elle soit expressément imposée par l'art. 1713 qui traite du mandat et qu'elle soit manifestement applicable à ce contrat, se rattache plutôt à la fonction et aux rapports sous-jacents entre les parties au contrat. En réalité, elle met à exécution un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats.

This appears to me implicit in the decision of the Court of Appeal in *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 Q.B. 455, dealing with secret commissions obtained by the defendant, a salaried employee holding the position of superintendent of the Printing Bureau of the Federal Government, whose duties included purchasing.

Lacoste C.J. writes, at pp. 458-59:

[TRANSLATION] However, his bribes were due to his capacity as an agent and the transactions he made in that capacity. The considerations that led merchants to pay them to him arose out of the sales he made to the government. The bribes thus arose from those sales, made as part of the mandate. They were incidental to an act authorized by the mandator. I think it is sound law to say that a mandatary is not permitted to derive secret profits from the transactions he carries out for his mandator, whatever name is given to those profits. The rejection of such a rule would continually place the mandator's interests at risk. Everything the mandatary receives in connection with the transactions carried out in the course of a mandate belongs to the mandator as of right. That is the general rule, and bribes received are no exception. French writers agree on this point with the English courts.

This principle is summarized in the judgment itself, as follows:

[TRANSLATION] Whereas in principle the mandatary, to avoid rendering an account to his mandator for the illicit profits he may have made in performing his mandate, or in connection therewith, cannot argue his own wrongdoing;

However, the consequences of the obligation of good faith in contracts of employment as such have not been, to my knowledge, examined by either the courts or by academics in Quebec. In France, however, both the jurisprudence and the doctrine accept that the principle of good faith gives rise to an obligation of loyalty. The following excerpts of recognized labour law texts illustrate the extent of this obligation of loyalty:

[TRANSLATION] By the contract of employment the employer has undertaken to provide work corresponding to the employment held by the employee. The latter does the work in accordance with conditions determined by the contract or established in the trade. Such performance must be personal (art. 1237, C. civ.) and conscien-

Cela me paraît implicite dans l'arrêt de la Cour d'appel *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 B.R. 455, qui concernait des commissions secrètes versées au défendeur, un employé salarié qui occupait le poste de surintendant de l'Imprimerie du gouvernement fédéral, et dont les fonctions comprenaient notamment celle d'acheteur.

Le juge en chef Lacoste écrit, aux pp. 458 b et 459:

Mais c'est cependant à sa qualité de mandataire et aux transactions qu'il a faites en cette qualité qu'il doit ses pots de vin. Les motifs qui ont induit les marchands à les lui payer venaient des ventes qu'ils faisaient au gouvernement. Les pots de vin découlaient donc de ces ventes faites dans l'exécution du mandat. Ils forment un incident d'un acte autorisé par le mandant. Il me paraît de saine doctrine de dire qu'il n'est pas permis à un mandataire de tirer des profits secrets des transactions qu'il fait pour son mandant quelque nom que l'on donne à ces profits. La négation d'une telle doctrine mettrait continuellement en péril les intérêts du mandant. Tout ce que le mandataire reçoit en rapport avec des transactions faites dans l'exécution d'un mandat revient de droit au mandant. Voilà la règle générale et les pots de vin reçus ne font pas exception. Les auteurs français sont d'accord sur ce point avec la jurisprudence anglaise.

Le jugement lui-même résume ainsi le principe en cause:

Considérant qu'en principe, le mandataire ne peut arguer de sa propre turpitude, pour se dispenser de rendre compte à son mandant des profits illicites qu'il a pu faire dans l'exécution de son mandat, ou à l'occasion d'icelui;

Cependant, à ma connaissance, ni les tribunaux ni les commentateurs au Québec ne se sont penchés sur les conséquences de l'obligation de faire preuve de bonne foi dans les contrats de travail. Mais en France, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine, on reconnaît que le principe de la bonne foi engendre une obligation d'être loyal. Les extraits suivants de textes reconnus en matière de droit du travail illustrent l'étendue de cette obligation de loyauté:

Par le contrat de travail, l'employeur s'est engagé à fournir du travail correspondant à l'emploi occupé par le salarié. Ce dernier exécute le travail dans les conditions déterminées par le contrat ou pratiquées par la profession. Cette exécution doit être effectuée personnellement (art. 1237 C. civ.), de façon consciencieuse, en s'abste-

tious and one must refrain from any act of competition, as well as observing professional secrecy. The performance must be loyal (art. 1134(3), C. civ.)

(Javillier, *Manuel de droit du travail* (1986), at pp. 142-43.)

[TRANSLATION] The employee, on the other hand, is expected to give *loyal and indeed faithful service*. Legally, one cannot require of him devotion beyond the correct performance of his duties; as a matter of fact, he will be unable in some cases to avoid employer pressure. From his managers especially, an employer expects such devotion and fidelity that he can place complete confidence in them.

This duty of loyalty clearly implies that the employee will devote all his efforts during working hours to the undertaking; if he works for third parties outside those hours, he should *avoid competing with his employer directly or indirectly*. In general, any act of unfair competition with the employer (such as clandestine cooperation with a representative of another business, luring an employee away to another company and so on) would make the employee liable.

(Catala and Aaron, *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise* (1971), at pp. 67-68.)

[TRANSLATION] Under art. 1134(3) of the Code Civil, agreements must be performed in good faith. In view of the personal nature of working relations, such an obligation would seem to apply here with particular force.

(Camerlynck, ed., *Droit du travail*, t. 1: *Le contrat de travail* (2nd ed. 1982), at p. 244.)

In summary, then, an employee's obligation of good faith encompasses, at a minimum, conscientious execution of his contractual obligations. However, the intensity of the employee's obligation of good faith increases with the responsibility attached to the position held by the employee. As Catala and Aaron state, *op. cit.*, "[f]rom his managers especially, an employer expects such devotion and fidelity that he can place complete confidence in them."

In France, as in Canada, a breach of the employee's obligation of honesty and loyalty toward his employer is sanctioned not only in private law but by the criminal law as well. Article

nant de tout acte de concurrence et en respectant le secret professionnel. L'exécution doit être loyale (art. 1134, al. 3, C. civ.)

<sup>a</sup> (Javillier, *Manuel de droit du travail* (1986), aux pp. 142 et 143.)

Du salarié, d'autre part, on attend un *comportement loyal, voire fidèle*. Juridiquement, on ne peut exiger de lui un dévouement excédant l'accomplissement correct de sa tâche; en fait, dans certains cas, il ne pourra se dérober à la pression patronale. De ses cadres, surtout, l'employeur escompte un dévouement et une fidélité qui lui permettent d'avoir en eux une totale confiance.

<sup>b</sup> Ce devoir de loyauté implique évidemment que le salarié consacre à l'entreprise tous ses efforts pendant les heures de service; si, en dehors de ces heures, il travaillait pour des tiers, il devrait *éviter de concurrencer directement ou indirectement son employeur*. De façon générale, tout acte de concurrence déloyale à l'égard de l'employeur (ex.: collaboration clandestine avec l'agent d'une autre entreprise, débauchage d'un salarié au profit d'une autre société, etc.) engagerait la responsabilité du travailleur.

<sup>c</sup> (Catala et Aaron, *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise* (1971), aux pp. 67 et 68.)

Aux termes de l'article 1134, alinéa 3 du code civil, les conventions doivent être exécutées de bonne foi. <sup>d</sup> Étant donné le caractère personnel des relations de travail, pareille obligation peut paraître s'imposer ici avec une force particulière.

(Camerlynck, éd., *Droit du travail*, t. 1: *Le contrat de travail* (2<sup>e</sup> éd. 1982), à la p. 244.)

En résumé, donc, l'obligation de bonne foi qui incombe à l'employé comprend, à tout le moins, l'exécution consciencieuse de ses obligations contractuelles. Toutefois, l'intensité de l'obligation de bonne foi imposée à l'employé augmente avec la responsabilité qui se rattache au poste qu'il occupe. Comme le disent plus haut Catala et Aaron, *op. cit.*, «[d]e ses cadres, surtout, l'employeur escompte un dévouement et une fidélité qui lui permettent d'avoir en eux une totale confiance».

<sup>e</sup> En France, comme au Canada, la violation de l'obligation d'honnêteté et de loyauté auquel est tenu l'employé envers son employeur est sanctionnée non seulement par le droit privé mais aussi par

177, para. 3, of the *Code pénal* reads in part as follows:

[TRANSLATION] Any clerk, employee or servant, salaried or paid in any manner whatever, who either directly or through an intermediary without the knowledge or consent of his employer, either solicits or accepts offers or promises or solicits or receives gifts, presents, commissions, discounts or premiums for doing or not doing any part of his duties shall be liable to imprisonment from one to three years and/or a fine of 900 to 20,000 Fr.

In Canada, agents or employees who corruptly demand or receive secret commissions commit an indictable offence, punishable by up to five years' imprisonment (s. 426 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46).

There is no doubt that a breach of the obligation of good faith can ground the dismissal of the employee; equally, a breach of the obligation of good faith can give rise, like a breach of any contractual obligation, to the employee's responsibility for damages caused to the employer by the breach. Neither of these traditional sanctions for breach of the contract of employment addresses the situation where, as in the case at bar, the employee profits from his misconduct, but causes no loss to the employer.

To admit that the law of Quebec allows the respondent in the case at bar to retain the \$660,135.82 he obtained through the breach of his contractual obligations to the appellant would go contrary to the principle that no one should profit from his own wrongdoing. However, Quebec jurisprudence has long held that in the case of senior officers and directors a breach of the obligation of loyalty entails the responsibility to disgorge gains made as a result of that breach. As early as 1890, and thus long before the elaboration of directors' and officers' fiduciary duties under the common law in this Court's decision in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*, the Quebec courts have considered that senior officers and directors are mandataries of the company which employs them and are therefore bound by the provisions of arts. 1701 to 1731 *C.C.L.C. McDonald v. Rankin* (1890); 7 M.L.R. 44 (S.C.), *Giguère v. Colas*

le droit criminel. L'article 177, par. 3, du *Code pénal* est rédigé en partie ainsi:

Sera puni d'un emprisonnement d'une à trois années et d'une amende de 900 F à 20,000 F ou de l'une de ces deux peines seulement tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque, qui, soit directement, soit par personne interposée, aura à l'insu et sans le consentement de son patron soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi.

Au Canada, les mandataires ou les employés qui, par corruption, exigent ou acceptent des commissions secrètes commettent un acte criminel punissable d'une peine d'emprisonnement d'au plus cinq ans (art. 426 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46).

Il ne fait aucun doute que la violation de l'obligation de faire preuve de bonne foi peut justifier le renvoi de l'employé. De la même façon, la violation de cette obligation peut, comme la violation de toute obligation contractuelle, engager la responsabilité de l'employé à l'égard du préjudice qu'il a ainsi causé à son employeur. Aucune de ces sanctions classiques pour violation d'un contrat de travail ne vise la situation où, comme en l'espèce, l'employé profite de sa mauvaise conduite, mais sans causer de préjudice à son employeur.

Admettre que le droit québécois permet à l'intimé en l'espèce de conserver les 660 135,82 \$ qu'il a tirés de la violation de ses obligations contractuelles envers l'appelante serait aller à l'encontre du principe selon lequel nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions. Cependant, la jurisprudence québécoise porte depuis longtemps que la violation de l'obligation de loyauté à laquelle sont tenus les cadres supérieurs engendre leur responsabilité de rendre les profits réalisés à la suite de cette violation. Dès 1890, et donc bien avant que cette Cour énonce dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, les obligations de fiduciaire qui incombent en *common law* aux dirigeants et aux cadres, les tribunaux du Québec ont considéré que les cadres supérieurs étaient des mandataires de la compagnie qui les emploie et qu'ils étaient par conséquent liés par les dispositions des art. 1701 à 1731 *C.c.B.-C.*: voir l'arrêt *McDonald v. Rankin*

(1915), 48 C.S. 198. The equation of the obligations of a mandatary to mandator with the obligations of director or senior officer to the company still forms part of Quebec law. Dugas J. in *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz v. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671 (S.C.), writes at pp. 2672-73:

[TRANSLATION] If Entreprises C.J.C. Ltée had been created by letters patent issued in a province where common law rules govern the conduct of company directors, a simple reference to the Supreme Court judgment in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* would suffice to censure respondents' conduct . . .

The civil law only recognizes a trust in exceptional cases and does not recognize the existence of a trust between a manager and the property of the company managed by him. The civil law defines the connection between a manager and the company he manages as a mandate . . .

As mentioned, among the obligations of the mandatary is the obligation to render account, as set out in art. 1713 *C.C.L.C.*:

1713. The mandatary is bound to render an account of his administration, and to deliver and pay over all that he has received under the authority of the mandate, even if it were not due; subject nevertheless to his right to deduct therefrom the amount of his disbursements and charges in the execution of the mandate . . .

Article 1713 requires the mandatary to account for and deliver not only all that he received in the execution in good faith of his mandate, but also all that he may have received through an abuse of the authority conferred upon him. This obligation exists even though the mandator may have no right to the property wrongfully received by the mandatary. Troplong, in his *Droit civil expliqué* (1846), t. 16, discusses, in the context of art. 1993 *C.N.*, the justification for the obligation at pp. 406-9:

[TRANSLATION] Now, let us see what must be decided if the mandatary has used on its own the mandator's thing in order to obtain profits that are naturally unfair or illicit, for example to practise usury.

(1890), 7 M.L.R. 44 (C.S.), *Giguère v. Colas* (1915), 48 C.S. 198. Le droit du Québec établit toujours un parallèle entre les obligations qu'assume le mandataire envers son mandant et celles qu'assume le cadre supérieur envers sa compagnie. Le juge Dugas, dans la décision *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz c. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671 (C.S.), écrit aux pp. 2672 et 2673:

Si la compagnie Entreprises C.J.C. Ltée avait été créée par lettres patentes émises dans une province où les règles de la *common law* gouvernent la conduite des administrateurs de compagnies, il suffirait de se référer à l'arrêt de la Cour suprême *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley* pour censurer la conduite des intimés . . .

Le droit civil ne reçoit la motion (*sic*) de fiducie qu'exceptionnellement et n'admet pas qu'une fiducie s'établisse entre l'administrateur et les biens de la compagnie qu'il administre. Le droit civil définit le lien qui s'établit entre l'administrateur et la compagnie qu'il administre comme un mandat . . .

Comme on l'a dit, parmi les obligations du mandataire figure celle de rendre compte, comme le prévoit l'art. 1713 *C.c.B.-C.*:

1713. Le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant; sauf néanmoins son droit de déduire du montant, ses déboursés et son dû à raison de l'exécution du mandat . . .

L'article 1713 exige que le mandataire rende compte non seulement de tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de bonne foi de son mandat et le remette, mais qu'il agisse de la même façon à l'égard de tout ce qu'il peut avoir reçu en abusant de l'autorité qui lui était conférée. Cette obligation existe même si le mandant peut n'avoir aucun droit sur le bien que le mandataire a acquis illicitement. Troplong, dans son ouvrage intitulé *Droit civil expliqué* (1846), t. 16, traite, dans le contexte de l'art. 1993 du *C.N.*, de la justification de cette obligation, aux pp. 406 à 409:

Maintenant, voyons ce qui doit être décidé si le mandataire s'est servi de son chef de la chose du mandant pour en retirer des profits naturellement injustes ou illicites, par exemple, pour faire l'usure.

It does not matter whether the capital loaned by the mandatary produced legitimate interest or interest at a usurious level. The mandatary must account for everything to his mandator.

Should these ideas be applied under the Code Civil? I think they should, and to find the reason for this solution it is necessary to go back to the concepts I explained in my commentary on *Gambling*, on the theory of *condictio ob turpem causam*.

The mandator and the mandatary are not in an equal position. The latter has committed a wrong and the former is innocent. On what basis then could the alleged retention by the mandatary rest? Could he rely on the rule *In pari causâ melior est causa possidentis*?

Besides this unequal situation which makes an estoppel inapplicable, there is another consideration: the public interest and morality require that the perpetrator of a wrongful act should not profit thereby, as that would encourage wrongdoing; and in case of doubt it is always better to opt for the interpretation the least favourable to the person who has transgressed public standards of conduct, and the most conducive to his punishment!! After all, it is to be hoped that the mandator will correct a wrong that was not due to turpitude on his part.

The obligation of mandataries, and by analogy, of directors and senior officers, to turn over all that they have gained through their position, even though ill-gotten, rests, at least in part, on the simple moral principle that "the perpetrator of a wrongful act should not profit thereby, as that would encourage wrongdoing". The application of this simple principle in the case at bar would require the respondent to turn over to the appellant the profits he made through the abuse of his position as foreign exchange broker with the Bank of Montreal. The Superior Court and the Court of Appeal both took the position that the principle could not apply since the respondent was a mere employee rather than a mandatary or a senior officer or director of the appellant. But the principle that one should not profit from one's own bad faith or wrongdoing is not exclusive to the contract of mandate. The principle appears elsewhere in the *Civil Code*: it is, after all, a fundamental moral precept. Thus, for example, the heir who has been convicted of killing or attempting to kill the

Que les capitaux prêtés par le mandataire aient rapporté des intérêts légitimes, qu'ils en aient rapporté d'usuraires, il n'importe. Le mandataire doit compte à son mandant de la totalité.

Ces idées doivent-elles être suivies sous le Code civil? Je le pense, et, pour trouver la raison de cette solution, il faut remonter aux notions que j'ai exposées, dans mon commentaire du *Jeu*, sur la théorie de la *condictio ob turpem causam*.

Entre le mandant et le mandataire la position n'est pas égale. Le second a commis un délit, le premier en est innocent. Sur quoi donc se fonderait la rétention préten due par le mandataire? Pourrait-il se prévaloir de la règle: *In pari causâ melior est causa possidentis*?

À cette inégalité de situation qui rend la fin de non-recevoir inapplicable, se joint une autre considération: l'intérêt public et la morale veulent que l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire; et, dans le doute, il vaut toujours mieux préférer l'interprétation la plus défavorable à celui qui a offensé l'honnêteté publique, et la mieux appropriée à sa punition!! Après tout, il est permis d'espérer que le mandant réparera un mal qu'il n'a pas eu la méchanceté de faire.

L'obligation des mandataires et, par analogie, celle des cadres supérieurs, de remettre tout ce qu'ils ont obtenu grâce à leur position, même s'ils l'ont mal acquis, repose, tout au moins en partie, sur le simple principe moral selon lequel «l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire». L'application de ce simple principe en l'espèce exigerait que l'intimé remette à l'appelante les profits qu'il a réalisés en abusant de ses fonctions de cambiste auprès de la Banque de Montréal. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux été d'avis que ce principe ne pouvait s'appliquer puisque l'intimé était un simple employé plutôt qu'un mandataire ou un cadre supérieur de l'appelante. Mais le principe voulant que l'on ne doive pas tirer profit de sa mauvaise foi ou de ses mauvaises actions ne s'applique pas exclusivement au mandat. Ce principe se trouve ailleurs dans le *Code civil*: après tout, il constitue un précepte moral fondamental. Ainsi, l'héritier qui a été déclaré coupable d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt est

deceased is excluded from the succession (art. 610); the possessor in bad faith of property must give the produce as well as the thing itself to the true owner (art. 411); the person who receives what is not due is bound to restore the thing received with the interest and profits it ought to have produced (art. 1049). Indeed, the *Civil Code* looks with disfavour upon situations inducive to persons turning to personal benefit activities which are to be carried out for the benefit of others. Articles 1484 and 1485 *C.C.L.C.* go so far as making administrators, agents and other persons under a duty to the owner of a property incapable of becoming buyers of such property either by themselves or by persons interposed. A similar prohibition is found in art. 1706. Likewise, a double mandate is held to be contrary to public policy unless it is disclosed to both parties or is implied in the duties of the mandatary, as in the case of brokers, factors and other commercial agents.

The fact that there is no express provision in the *Civil Code* to the effect that an employee who profits from the breach of his obligation of good faith to his employer must turn over those profits to the employer does not necessarily indicate that such a rule is no part of the law of Quebec. There is no express provision requiring the directors and senior officers of a company to turn over profits they have gained through the abuse of their position, but that did not prevent the courts from achieving that very result by recognizing the similarity in the relationship between the director or senior officer and corporation and between mandator and mandatary, even though directors and senior officers are not true mandataries of a corporation (see Martel, *La compagnie au Québec: les aspects juridiques* (1982), at pp. 21-4 to 21-6).

The obligations of directors and senior officers are imposed upon them not because they are true mandataries of their corporation or of the shareholders, but because of the nature of the control they exercise over the affairs of the corporation. This control resembles in many aspects the control a mandatary may have over the affairs of his

exclu de la succession (art. 610); le possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire véritable (art. 411); celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû est tenu de restituer la chose reçue, avec les intérêts ou les profits qu'elle aurait dû produire (art. 1049). En fait, le *Code civil* réproouve les situations qui incitent les gens à tourner à leur propre profit des activités qui doivent être exercées au profit d'autres personnes. Les articles 1484 et 1485 *C.c.B.-C.* vont jusqu'à frapper les administrateurs, mandataires et autres personnes qui ont des obligations envers le propriétaire d'un bien d'incapacité de s'en porter acquéreur, soit par eux-mêmes, soit par parties interposées. On trouve une disposition semblable à l'art. 1706. De même, le double mandat est considéré contraire à l'ordre public à moins qu'il ne soit révélé aux deux parties ou compris implicitement dans les obligations du mandataire, comme dans le cas des courtiers, facteurs et autres agents de commerce.

Le fait que le *Code civil* ne prévoit pas expressément que l'employé qui tire profit de la violation de son obligation de faire preuve de bonne foi envers son employeur doit remettre à ce dernier les profits qu'il a réalisés ne signifie pas nécessairement que ce principe ne fait pas partie du droit québécois. Il n'existe non plus aucune disposition qui oblige les administrateurs et les cadres supérieurs d'une compagnie à rendre les profits qu'ils ont réalisés en abusant de leurs fonctions, mais cela n'a pas empêché les tribunaux d'obtenir ce résultat en reconnaissant la similitude des rapports existant entre un administrateur ou un cadre supérieur et une société d'une part, et entre le mandant et son mandataire d'autre part, bien que les administrateurs et les cadres supérieurs ne soient pas de véritables mandataires de la société (voir Martel, *La compagnie au Québec: les aspects juridiques* (1982), aux pp. 21-4 à 21-6).

Les obligations des administrateurs et des cadres supérieurs leur sont imposées non parce qu'ils sont de véritables mandataires de leur société ou des actionnaires, mais en raison de la nature du contrôle qu'ils exercent sur les affaires de la société. Ce contrôle ressemble à bien des égards au contrôle que peut exercer le mandataire sur les affai-

mandator, and thus the responsibilities and obligations imposed on senior officers and directors correspond to those fixed by the *Civil Code* for mandataries.

In this, the principles of civil law have been found no different from those of the common law: *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164 (C.A.), *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32 (C.A.) The fiduciary obligation recognized in these circumstances in the common law translates in the civil law into terms of good faith and loyalty of the employee to the employer and the avoidance of conflict of interest including seeking an advantage which is incompatible with the terms of employment. Such incompatibility and conflict must be measured by the terms of the employment or other relationship between the parties.

Laskin J., as he then was, in expressing the reasons of this Court in the case of *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*, gives some illustration of the extent of the obligation (at p. 605-6):

Like Grant J., the trial judge, I do not think it matters whether O'Malley and Zarzycki were properly appointed as directors of Canaero or whether they did or did not act as directors. What is not in doubt is that they acted respectively as president and executive vice-president of Canaero for about two years prior to their resignations. To paraphrase the findings of the trial judge in this respect, they acted in those positions and their remuneration and responsibilities verified their status as senior officers of Canaero. They were "top management" and not mere employees whose duty to their employer, unless enlarged by contract, consisted only of respect for trade secrets and for confidentiality of customer lists. Theirs was a larger, more exacting duty which, unless modified by statute or by contract (and there is nothing of this sort here), was similar to that owed to a corporate employer by its directors. I adopt what is said on this point by Gower, *Principles of Modern Company Law*, 3rd ed., 1969, at p. 518 as follows:

res de son mandant, et ainsi donc les responsabilités et les obligations imposées aux cadres supérieurs correspondent à celles que le *Code civil* prescrit dans le cas des mandataires.

<sup>a</sup> À cet égard, on a considéré que les principes du droit civil ne différaient pas de ceux de la *common law*: *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164 (C.A.), *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32 (C.A.) L'obligation de fiduciaire que la *common law* reconnaît dans ces circonstances trouve son équivalent en droit civil dans la bonne foi et la loyauté que doit témoigner l'employé à son employeur, et dans les efforts qu'il doit déployer pour éviter les conflits d'intérêts, notamment pour éviter de rechercher des avantages incompatibles avec les conditions de son emploi. L'incompatibilité et les conflits en question s'apprécient en fonction des conditions d'emploi et des autres rapports qui existent entre les parties.

<sup>e</sup> Quand il a rendu les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, le juge Laskin, plus tard Juge en chef, a donné une idée de l'étendue de l'obligation en cause (aux pp. 605 et 606):

<sup>f</sup> À l'instar du Juge Grant, le juge de première instance, je ne crois pas qu'il importe que O'Malley et Zarzycki aient été régulièrement nommés administrateurs de Canaero ou qu'ils aient agi ou non comme administrateurs. Ce qui est incontestable, c'est qu'ils ont respectivement exercé les fonctions de président et de vice-président exécutif de Canaero pendant environ deux ans avant leur démission. Pour paraphraser les conclusions du juge de première instance à ce sujet, ils ont exercé ces fonctions et leur rémunération et leurs responsabilités confirmaient leur situation de fonctionnaires supérieurs de Canaero. Ils faisaient partie de la «haute direction» et ils n'étaient pas de simples employés dont l'obligation envers leur employeur, à moins qu'elle n'ait été étendue par contrat, ne consistait qu'à respecter les secrets professionnels et le caractère confidentiel des listes de clients. Leur obligation est plus considérable, plus rigoureuse et, à moins que sa nature ait été modifiée par la loi ou par contrat (et rien ne l'indique en l'espèce), elle s'apparente à l'obligation qui lie les administrateurs à leur compagnie employeur. Sur ce point, j'adopte l'opinion suivante exprimée par Gower, *Principles of Modern Company Law*, 3<sup>e</sup> éd., 1969, p. 518:



... these duties, except in so far as they depend on statutory provisions expressly limited to directors, are not so restricted but apply equally to any officials of the company who are authorized to act on its behalf, and in particular to those acting in a managerial capacity. [Emphasis added.]

In the case at bar, the terms of employment contained specific conditions pertaining to conflict of interest and dealings by employees for their own benefit. The courts below acknowledged that the respondent's actions were in breach of these terms and that this breach was a valid cause of dismissal. This breach, however, also constituted a breach of good faith and loyalty and indeed an appropriation by the respondent to his own benefit of services which he had committed to the appellant.

A senior employee, such as the respondent, may not exercise a control over the affairs of his employer that is as great as that of a senior officer or a director. Nonetheless, the respondent's position invested him with the power to commit up to \$40,000,000 per day in foreign currency transactions on behalf of the appellant, and his status as an employee does not signify that the respondent need not account for his conduct. If good faith is the foundation of every contract of employment, it requires that to each measure of trust and authority placed in the employee correspond a like measure of responsibility and obligation. An employee, such as the respondent, who enjoys control over large sums of the employer's money must be held accountable for his disposition of those funds and is required to turn over to the employer profits made through the abuse of his position. Without such accountability, the respondent's commitment to execute in good faith his obligations under the contract of employment is without substance, just as the mandatary's obligation to exercise the skill and care of a prudent administrator would be empty without the obligation to render an account of his administration, or the director's obligation to act in the best interests of the corporation would be meaningless if the director was not required to disgorge profits gained in breach of that obligation.

[TRADUCTION] ... ces obligations, sauf dans la mesure où elles sont assujetties à des dispositions légales qui ne s'appliquent expressément qu'aux administrateurs, ne sont pas ainsi limitées, mais s'appliquent également à tout fonctionnaire de la compagnie autorisé à agir en son nom, et, en particulier, à ceux qui exercent des fonctions de gestion. [Je souligne.]

En l'espèce, les conditions d'emploi concernées contenaient des dispositions expresses applicables aux conflits d'intérêts et aux opérations effectuées par les employés pour leur propre profit. Les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que les actions de l'intimé violaient ces conditions et que cette violation constituait un motif légitime de renvoi. Cependant, cette violation constituait également une violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté qui incombait à l'intimé et, voire même, un détournement à son propre profit des services qu'il s'était engagé à rendre à l'appelante.

Il se peut qu'un employé supérieur tel que l'intimé n'exerce pas sur les affaires de son employeur un contrôle aussi considérable que celui d'un cadre supérieur ou d'un administrateur. Néanmoins, les fonctions de l'intimé l'habilitaient à engager jusqu'à 40 000 000 \$ par jour dans des opérations de change pour le compte de l'appelante, et sa qualité d'employé ne signifie pas que l'intimé n'avait pas à rendre compte de ses actes. Si la bonne foi est le fondement de tout contrat de travail, elle exige qu'à la confiance et à l'autorité accordées à l'employé corresponde une part égale de responsabilités et d'obligations. Un employé qui, à l'instar de l'intimé, jouit d'un contrôle sur de larges sommes d'argent de l'employeur doit être tenu responsable de l'usage qu'il en fait, et il lui faut remettre à l'employeur les profits réalisés grâce à l'exercice abusif de ses fonctions. S'il n'était tenu de rendre compte, l'engagement de l'intimé à exécuter de bonne foi les obligations afférentes à son contrat de travail serait dévalorisé, tout comme d'ailleurs l'obligation du mandataire de faire preuve de la compétence et de la diligence propres à un administrateur prudent s'il n'avait pas à rendre compte de sa gestion, ou que l'obligation de l'administrateur d'une société d'agir dans l'intérêt de celle-ci s'il n'était pas tenu de rendre les profits réalisés en violation de cette obligation.

The principle underlying both arts. 411 and 1713 of the *Civil Code* which are but an expression of the common saying "ill-gotten goods seldom prosper" ("*bien mal acquis ne profite pas*") is applicable and must be given effect to. With respect, I conclude that the lower courts misdirected themselves in law and, for this reason, I would allow the appeal.

The amount of the profit realized by the respondent, as found by the trial judge, is not in dispute. The appeal is therefore allowed and, having regard to the fact that the respondent is now an undischarged bankrupt and that the proceedings have been continued by authorization of this Court, *nec et pro tunc*, under s. 69 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, with the consent of the trustee in bankruptcy, the respondent is declared indebted to the appellant in the amount of \$660,135.82 for having fraudulently obtained the same and is condemned to pay said amount to appellant, with interest and the special indemnity provided under art. 1056c of the *Civil Code*, the whole with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: McMaster Meighen, Montréal.*

Le principe sous-jacent aux art. 411 et 1713 du *Code civil*, qui ne sont que l'expression de l'adage «*bien mal acquis ne profite pas*», est applicable et doit être mis à exécution. En toute déférence, je conclus que les tribunaux d'instance inférieure se sont mal instruits du droit et, pour ce motif, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Le montant du profit réalisé par l'intimé, fixé par le juge de première instance, n'est pas contesté. Le pourvoi est donc accueilli, et comme l'intimé est maintenant un failli non libéré et que les procédures se sont poursuivies avec l'autorisation de cette Cour, *nec et pro tunc*, en vertu de l'art. 69 de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), chap. B-3, avec le consentement du syndic, il est déclaré que l'intimé doit à l'appelante la somme de 660 135,82 \$ pour avoir frauduleusement obtenu ce montant et qu'il est condamné à le verser à l'appelante, plus les intérêts ainsi que l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c du *Code civil*, le tout avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: McMaster Meighen, Montréal.*

**S.H.M. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. M. (S.H.)

File No.: 20508.

1989: April 27; 1989: September 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Young offenders — Transfer to ordinary court — Requirements — Young offender just under 18 years of age charged with first degree murder — Crown's application for transfer to ordinary court dismissed by Youth Court judge — Youth Court's decision affirmed by Court of Queen's Bench but reversed by Court of Appeal — Nature of burden on the Crown for transfer to ordinary court — Nature of review on appeal — Test for transfer — Whether Court of Appeal erred in ordering youth to be transferred to ordinary court — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 16.*

S.H.M. and another youth, J.E.L., were charged with first degree murder and with possession of stolen property. The Crown brought an application to have them transferred to ordinary court pursuant to s. 16 of the *Young Offenders Act*. The Crown contended that on April 30, 1986, they accompanied a homosexual male to his home. The man allegedly attempted sexual relations with one of the youth who struck him and rendered him unconscious. The youths then bound the man with electrical wire, strangled him and concealed the body in the basement. They lived in the victim's house some days and tried to dispose of his stereo and computer equipment. S.H.M. was almost 18 years old at the time of the alleged offences. Emotionally he is described as being thirteen or fourteen. He had a prior conviction for two counts of gross indecency involving 9 and 10-year-old boys. S.H.M., who had a difficult childhood, claimed that he was also a victim of sexual abuse when he was younger. He was described by psychiatrists and social workers as an extremely self-conscious, insecure young man. A social history report prepared on S.H.M.

**S.H.M. Appelant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. c. M. (S.H.)

N° du greffe: 20508.

1989: 27 avril; 1989: 28 septembre.

b

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

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

c

*Droit criminel — Jeunes contrevenants — Renvoi à la juridiction normalement compétente — Exigences — Jeune contrevenant âgé de près de 18 ans accusé de meurtre au premier degré — Demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public et rejetée par le juge du tribunal pour adolescents — Décision du tribunal pour adolescents confirmée par la Cour du Banc de la Reine mais infirmée par la Cour d'appel — Nature du fardeau de preuve incombant au ministère public quant au renvoi devant la juridiction normalement compétente — Nature de l'examen en appel — Critère du renvoi — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ordonnant le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 3, 16.*

S.H.M. et un autre adolescent, J.E.L., ont été accusés de meurtre au premier degré et de possession de biens volés. Le ministère public a demandé leur renvoi devant la juridiction normalement compétente en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le ministère public prétend que, le 30 avril 1986, ils ont accompagné un homosexuel jusque chez lui. On allègue que cet homme a tenté d'avoir des relations sexuelles avec un des adolescents qui l'a frappé jusqu'à ce qu'il perde connaissance. Les adolescents ont alors attaché l'homme avec du fil électrique, l'ont étranglé et ont dissimulé son corps dans le sous-sol. Ils sont restés quelques jours dans la maison de la victime et ont essayé de vendre ses appareils stéréo et son ordinateur. S.H.M. avait près de 18 ans à l'époque des infractions reprochées. Il est décrit comme ayant 13 ou 14 ans sur le plan émotif. Il avait déjà été déclaré coupable de deux accusations de grossière indécence mettant en cause deux garçons de 9 et 10 ans. S.H.M., qui a eu une enfance difficile, prétend aussi avoir été victime d'agressions sexuelles pendant son enfance. Les psychiatres et les travailleurs sociaux le

indicated that adult prison "will be destructive for this young person" and that "the combination of his immaturity, sexual identity confusion, and exaggerated need for approval by others will be disastrous for him in the prison culture".

The Youth Court judge considered the factors set out in s. 16(2) of the Act and the principles set out in s. 3 and declined to order the transfer. He concluded that there was a "heavy onus" on the Crown to establish why a transfer should be granted. The Court of Queen's Bench upheld the ruling. The Court of Appeal reversed the judgment. The court rejected the Youth Court judge's conclusion that there was a heavy onus on the applicant seeking an order for transfer and found that under s. 16(9) and (10) the provincial appellate courts must apply their own discretion in reviewing the circumstances of the case. After a review of the relevant factors and considerations, the court concluded that it was in "the interests of society, having regard to the needs of S.H.M.", that the youth be transferred to ordinary court. This appeal is to determine (1) whether there was a burden on the Crown to establish that the transfer should be made; (2) whether provincial reviewing tribunals have an independent discretion in deciding the question of transfer; and (3) whether the Court of Appeal properly applied the test for transfer.

*Held* (La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The Court of Appeal did not err in the view it took of the nature of the burden on the Crown. The party seeking transfer to ordinary court must persuade the court that, having regard to the factors set out in s. 16(2) and (3) of the Act, the case should be transferred. While, in this sense, there is a burden on the party seeking transfer, the burden should not be regarded as a heavy one. Section 16 does not confine the transfer to ordinary court to exceptional cases but is consistent with the conclusion that transfer must appear as the right or proper solution. The question is whether the judge is satisfied, after weighing and balancing all the relevant considerations, that the case should be transferred to ordinary court.

The Court of Appeal was correct in its conclusion that the Act conferred on it the discretion to independently evaluate whether a transfer should be made. Section

décrivent comme un jeune homme souffrant d'insécurité et très timide. Un rapport sur ses antécédents sociaux indique que la prison pour adultes aurait «un effet destructeur pour cet adolescent» et que «l'effet combiné de son immaturité, de sa confusion quant à son identité sexuelle et de son besoin exagéré d'être approuvé par les autres serait désastreux pour lui en milieu carcéral».

Le juge du tribunal pour adolescents a considéré les facteurs énoncés au par. 16(2) de la Loi et les principes énumérés à l'art. 3, et a refusé d'ordonner le renvoi. Il a conclu que le ministère public devait s'acquitter d'un «lourd fardeau» pour justifier un renvoi. La Cour du Banc de la Reine a confirmé sa décision. La Cour d'appel a infirmé ce jugement. La cour a rejeté la conclusion du juge du tribunal pour adolescents selon laquelle le requérant d'une ordonnance de renvoi doit s'acquitter d'un lourd fardeau et a conclu que les tribunaux d'appel provinciaux doivent, en vertu des par. 16(9) et (10), exercer leur propre pouvoir discrétionnaire dans l'examen des circonstances de l'espèce. Après avoir étudié les facteurs et considérations pertinents, la cour a conclu qu'il était «dans l'intérêt de la société, compte tenu des besoins de S.H.M.» de renvoyer l'adolescent à la juridiction normalement compétente. Ce pourvoi vise à déterminer: (1) Quel fardeau, s'il en est, incombe au ministère public pour démontrer que le renvoi se justifie? (2) Les juridictions provinciales d'examen ont-elles un pouvoir discrétionnaire indépendant sur la question du renvoi? (3) La Cour d'appel a-t-elle correctement appliqué le critère du renvoi?

*Arrêt:* (les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur quant à la nature du fardeau de preuve incombant au ministère public. La partie qui requiert le renvoi devant la juridiction normalement compétente doit convaincre la cour que, compte tenu des facteurs énumérés aux par. 16(2) et (3) de la Loi, l'affaire devrait être renvoyée. En ce sens, un fardeau de preuve est imposé à la partie qui demande le renvoi, mais il n'y a pas lieu de le considérer comme un lourd fardeau. L'article 16 ne limite pas le renvoi aux cas exceptionnels, mais il est compatible avec la conclusion que le renvoi doit apparaître comme la bonne solution ou la solution appropriée. La question est de savoir si, après avoir soupesé tous les facteurs pertinents, le juge est convaincu que l'affaire devrait être renvoyée devant la juridiction normalement compétente.

La Cour d'appel a eu raison de conclure que la Loi lui conférait le pouvoir discrétionnaire d'évaluer de façon indépendante la question de savoir s'il fallait ordonner le

16(9) and (10) of the Act empower the superior court of the province to review the decision of the Youth Court judge and, "in its discretion", to confirm or reverse it. The Court of Appeal has the same mandate in reviewing the decision of the superior court judge. While the reviewing court must base its decision on the findings of fact made by the Youth Court judge and give due deference to that judge's evaluation of the evidence, the Act confers on the provincial reviewing court a discretion to make an independent evaluation and to arrive at an independent conclusion on those facts. This involves evaluation, not only of whether the court below made an error of law or jurisdiction, but of whether its conclusions are correct based on the factors set out in the Act.

The Court of Appeal properly applied the relevant factors for transfer from Youth Court to ordinary court. The Court of Appeal considered the seriousness of the offence, as well as the age of the accused and the inappropriateness of a three-year sentence under the Act (given the heinous nature of the alleged crimes), to be important factors. But the court also properly bore in mind all the factors which must be considered under s. 16. It is inevitable that, in the course of the review, some factors will assume greater importance than others, depending on the nature of the case and the viewpoint of the tribunal. The Act does not require that all factors be given equal weight, but only that each be considered.

This Court has no power under the Act to substitute its discretion for that of the court below. The jurisdiction of the Court is limited to correction of error in the proceedings below.

*Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting):* The transfer of a youth to ordinary court should only be ordered in exceptional cases. In view of the history, purpose and basic philosophy of the legislation as well as the English and French texts of s. 16(1), the transfer of a youth to ordinary court under s. 16 must propose itself to the Youth Court judge's mind as the only appropriate solution. The decision to release a youth to the ordinary criminal enforcement process represents an abdication by the youth system of its exclusive jurisdiction to deal with young offenders and deprives the youth of his entitlement to the rehabilitative philosophy and treatment resources of the system specially designed to meet his needs. Here, the Court of Appeal misconceived the burden of proof required for a transfer. Section 16 sets a threshold more onerous than simply "favouring" transfer. The burden falls squarely on the applicant to per-

renvoi. Les paragraphes 16(9) et (10) de la Loi confèrent à la cour supérieure de la province le «pouvoir discrétionnaire» de confirmer ou d'infirmier la décision du tribunal pour adolescents. La Cour d'appel a le même mandat pour l'examen de la décision du juge de la cour supérieure. Bien que la juridiction d'examen doive fonder sa décision sur les conclusions de fait du tribunal pour adolescents et respecter son évaluation de la preuve, la Loi confère à la cour provinciale saisie en révision le pouvoir discrétionnaire de procéder à une évaluation indépendante et de rendre une conclusion distincte à partir des faits. Cela signifie qu'il faut déterminer non seulement si le tribunal d'instance inférieure a fait une erreur de droit ou de compétence mais déterminer également si ses conclusions sont justifiées compte tenu des divers facteurs énumérés dans la Loi.

La Cour d'appel a correctement appliqué les facteurs pertinents au renvoi du tribunal pour adolescents à la juridiction normalement compétente. La Cour d'appel a considéré que la gravité de l'infraction ainsi que l'âge de l'accusé et le caractère inadéquat de la peine de trois ans prévue par la Loi (compte tenu de la nature odieuse des crimes) étaient des facteurs importants. La cour a aussi correctement tenu compte de tous les facteurs qui doivent être examinés en vertu de l'art. 16. Il est inévitable qu'au cours de l'examen, certains facteurs occupent une plus grande place que d'autres, selon la nature de l'affaire et le point de vue du tribunal. La Loi n'exige pas qu'on accorde la même importance à tous les facteurs mais seulement que chacun soit considéré.

Notre Cour n'a pas le pouvoir de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du tribunal d'instance inférieure. La compétence de la Cour se limite à la rectification d'erreurs dans les procédures des tribunaux d'instance inférieure.

*Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents):* Le renvoi d'un adolescent à la juridiction normalement compétente ne devrait être ordonné que dans des cas exceptionnels. Vu l'historique, l'objet et l'esprit fondamental de la Loi ainsi que les versions française et anglaise du par. 16(1), le renvoi d'un adolescent à la juridiction normalement compétente en vertu de l'art. 16 doit s'imposer au juge du tribunal pour adolescents comme la seule solution appropriée. La décision de soumettre le jeune contrevenant à la procédure normalement applicable en droit criminel représente une abdication du système pour adolescents de sa compétence exclusive sur les jeunes contrevenants et prive l'adolescent de son droit à la philosophie particulière à la réadaptation et aux modalités de traitement qu'offre un système conçu spécialement pour répondre à ses besoins. En l'espèce, la Cour d'appel a mal interprété le fardeau

suade the Youth Court that no solution other than transfer is appropriate in the circumstances of a particular case. The Court of Appeal's error pervaded its assessment of the evidence relating to the elements to be considered in s. 16.

Under s. 16(9) and (10) of the Act, a provincial reviewing court is not authorized to substitute its own evaluation of the circumstances for the evaluation of the Youth Court. The scope of the discretion to review a matter properly brought into appeal must be interpreted in light of the general economy of the Act and of the legislative grant of exclusive jurisdiction to a specialized tribunal empowered to make the initial determination at the transfer hearing. The discretion to confirm or reverse the decision of the Youth Court under s. 16(9) and (10) can only be exercised in cases where there is a serious ground for intervention. Errors of fact as well as errors of law would constitute such serious grounds, but the test is intended to allow a somewhat broader basis for review. In some cases, it could allow the discretion to review to be exercised where there is a substantial discrepancy between the reviewing court's and the Youth Court's assessment of the relevant factors. This test recognizes the privileged position of the transfer hearing judge in determining questions of fact in the Youth Court's area of expertise and makes fitting allowance for the judge's familiarity with the resources of the youth care system, while at the same time breathing life into the right of appeal.

In this case, the Court of Appeal erred in proceeding on the basis that it could simply substitute its own appreciation as to whether a transfer should be ordered. The Youth Court judge considered the factors set out in s. 16(2) and was convinced that the Crown had failed on its burden to show why a transfer should be ordered. In the Youth Court judge's view, the element of seriousness of the offence and the circumstances surrounding it, which favoured transfer, were outweighed by the other elements, which were either neutral or weighed against transfer. The available treatment facilities and the character of the youth gave rise to a sufficient likelihood that treatment would be successful. As the youth would not be likewise amenable to rehabilitation in the ordinary penal system, the balancing test under s. 16(1) and (2) required that S.H.M. not be transferred. This is a case where the additional expertise of the Youth Court and its privileged situation in assessing the expert testimony

de preuve requis pour un renvoi. L'article 16 établit un test plus sévère que celui de facteurs «militant en faveur» du renvoi. Il incombe entièrement au requérant de convaincre le tribunal pour adolescents qu'il n'y a pas d'autre solution que le renvoi dans les circonstances d'un cas donné. L'erreur de la Cour d'appel a faussé l'ensemble de son appréciation de la preuve des éléments à examiner en vertu de l'art. 16.

Les paragraphes 16(9) et (10) de la Loi ne permettent pas à un tribunal provincial de révision de substituer sa propre évaluation des circonstances à celle du tribunal pour adolescents. L'étendue du pouvoir discrétionnaire d'examiner une affaire portée en appel doit être interprétée à la lumière de l'économie générale de la Loi et de la compétence exclusive que la Loi confère à un tribunal spécialisé qui a le pouvoir de rendre la décision initiale lors de l'audition du renvoi. Le pouvoir discrétionnaire de confirmer ou d'infirmer la décision d'un tribunal pour adolescents en vertu des par. 16(9) et (10) ne peut être exercé que dans les cas où il existe un motif sérieux justifiant l'intervention. Les erreurs de fait ainsi que les erreurs de droit constitueraient de tels motifs sérieux mais le test proposé est destiné à reconnaître une portée un peu plus large à la révision. Dans certains cas, ce test justifierait l'exercice du pouvoir discrétionnaire là où il existe un écart important entre l'évaluation des facteurs pertinents par le tribunal pour adolescents et par le tribunal de révision. Tout en conservant une signification réelle au droit d'appel, ce test reconnaît la situation privilégiée du juge qui entend la demande de renvoi lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de fait qui relèvent du domaine d'expertise du tribunal pour adolescents et sa familiarité avec les ressources d'un système conçu pour la protection des adolescents.

En l'espèce la Cour d'appel a commis une erreur en procédant sur la base qu'elle pouvait simplement substituer sa propre opinion à celle du tribunal pour déterminer si le renvoi devait être ordonné. Le tribunal pour adolescents a considéré les facteurs énumérés au par. 16(2) et était convaincu que la poursuite ne s'était pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'un renvoi devrait être ordonné. De l'avis du tribunal pour adolescents, l'élément de la gravité de l'infraction et de ses circonstances, qui militait en faveur d'un renvoi, était supplanté par les autres éléments, qui étaient ou neutres ou ne militaient pas en faveur d'un renvoi. L'existence de moyens de traitement et le caractère de l'adolescent étaient de nature à indiquer une possibilité suffisante de succès du traitement. Puisque l'adolescent ne répondrait pas aussi bien aux mesures de réhabilitation dans le système pénal ordinaire, le test établi aux par. 16(1) et (2) exigeait que S.H.M. ne soit pas renvoyé. Il s'agit ici

should have prevailed over only minor differences of opinion in the Court of Appeal. No error of law or of fact was committed by the Youth Court. In the absence of any serious ground for intervention, this conclusion should have determined the fate of S.H.M. as regards his transfer to the ordinary court system.

### Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702; *Kent v. United States*, 383 U.S. 541 (1966); *R. v. Chamberlain* (1974), 15 C.C.C. (2d) 379; *R. v. Cole* (1975), 25 C.C.C. (2d) 140; *R. v. Boisvert (No. 2)* (1981), 63 C.C.C. (2d) 362; *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368; *R. v. R.M.C.* (1987), 33 C.C.C. (3d) 136; *R. v. N.B.* (1985), 21 C.C.C. (3d) 374; *R. v. A.* (1986), 3 Q.A.C. 16; *R. v. W.Y.* (1988), 4 W.C.B. (2d) 267; *R. v. S.J.H.* (1986), 76 N.S.R. (2d) 163; *R. v. M.* (1985), 23 C.C.C. (3d) 538; *R. v. M.A.Z.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 144; *R. v. J.R.D.* (1988), 17 Q.A.C. 81; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes, Ltd.*, [1947] A.C. 109 (P.C.), aff'g [1946] S.C.R. 139; *Rowntree Co. v. Paulin Chambers Co.*, [1968] S.C.R. 134; *Canadian Motorways Ltd. v. Laidlaw Motorways Ltd.*, [1974] S.C.R. 675; *R. v. L.A.M.* (1986), 33 C.C.C. (3d) 364.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Arrest, Trial and Imprisonment of Youthful Offenders*, S.C. 1894, c. 58, preamble, ss. 2, 3.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 157, 218(1) [rep. & sub. 1973-74, c. 38, s. 3; rep. & sub. 1974-75-76, c. 105, s. 5], 246 [am. 1972, c. 13, s. 22; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 295 [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 23], 313(a) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 28; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 30; rep. & sub. 1985, c. 19, s. 50], 609 [am. 1972, c. 13, s. 55; am. 1974-75-76, c. 105, s. 17; 1985, c. 19, s. 141].

*Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1952, c. 160, ss. 9, 26, 38.

*Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 4, 9, 26, 37, 38.

d'un cas où l'expertise additionnelle du tribunal pour adolescents et sa position privilégiée pour évaluer les témoignages d'experts auraient dû prévaloir sur des divergences d'opinions mineures de la Cour d'appel. Le tribunal pour adolescents n'a fait aucune erreur de fait ou de droit. En l'absence de motifs sérieux d'intervention, cette conclusion aurait dû déterminer une fois pour toutes le sort de S.H.M. quant à son renvoi devant la juridiction normalement compétente.

### b Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

c

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702; *Kent v. United States*, 383 U.S. 541 (1966); *R. v. Chamberlain* (1974), 15 C.C.C. (2d) 379; *R. v. Cole* (1975), 25 C.C.C. (2d) 140; *R. v. Boisvert (No. 2)* (1981), 63 C.C.C. (2d) 362; *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368; *R. v. R.M.C.* (1987), 33 C.C.C. (3d) 136; *R. v. N.B.* (1985), 21 C.C.C. (3d) 374; *R. v. A.* (1986), 3 Q.A.C. 16; *R. v. W.Y.* (1988), 4 W.C.B. (2d) 267; *R. v. S.J.H.* (1986), 76 N.S.R. (2d) 163; *R. v. M.* (1985), 23 C.C.C. (3d) 538; *R. v. M.A.Z.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 144; *R. v. J.R.D.* (1988), 17 Q.A.C. 81; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes, Ltd.*, [1947] A.C. 109 (C.P.), conf. [1946] R.C.S. 139; *Rowntree Co. v. Paulin Chambers Co.*, [1968] R.C.S. 134; *Canadian Motorways Ltd. c. Laidlaw Motorways Ltd.*, [1974] R.C.S. 675; *R. v. L.A.M.* (1986), 33 C.C.C. (3d) 364.

### Lois et règlements cités

*Acte concernant l'arrestation, le procès et l'emprisonnement des jeunes délinquants*, S.C. 1894, chap. 58, préambule, art. 2, 3.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 157, 218(1) [abr. & rempl. 1973-74, chap. 38, art. 3; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 5], 246 [mod. 1972, chap. 13, art. 22; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 295 [abr. & rempl. 1972, chap. 13, art. 23], 313(a) [abr. & rempl. 1972, chap. 13, s. 28; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 30; abr. & rempl. 1985, chap. 19, art. 50], 609 [mod. 1972, chap. 13, art. 55; mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 17; 1985, chap. 19, art. 141].

*Loi des jeunes délinquants*, S.R.C. 1927, chap. 108, art. 23, 33.

*Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1927, c. 108, ss. 23, 33.  
*Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40, preamble, ss. 7, 22, 31.  
*Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46, ss. 9, 26, 37, 38.  
*Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1906, c. 148.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 [am. 1974-75-76, c. 18, s. 5].  
*Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 2(1) "ordinary court", "youth court", 3, 5, 16.

*Loi des jeunes délinquants, 1908*, S.C. 1908, chap. 40, préambule, art. 7, 22, 31.  
*Loi des jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, chap. 46, art. 9, 26, 37, 38.  
*Loi des prisons publiques et de réforme*, S.R.C. 1906, chap. 148.  
*Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41 [mod. 1974-75-76, chap. 18, art. 5].  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 2(1) «juridiction normalement compétente», «tribunal pour adolescents», 3, 5, 16.  
*Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1952, chap. 160, art. 9, 26, 38.  
*Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 4, 9, 26, 37, 38.

#### Authors Cited

Béliveau, Pierre and Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Translated by Josef Muskatel. Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.  
 Bowker, Marjorie Montgomery. "Waiver of Juveniles to Adult Court Under the Juvenile Delinquents Act: Applicability of Principles to Young Offenders Act" (1987), 29 *Crim. L.Q.* 368.  
 Canada. Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency. *Juvenile Delinquency in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1965.  
 Canada. Solicitor General's Committee on Proposals for new legislation to replace the Juvenile Delinquents Act. *Young Persons in Conflict with the Law*. Ottawa: Ministry of the Solicitor General, 1975.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Robert, 1986, "exiger", "imposer".  
 Morley, Jane. "Transfer of Children to the Ordinary Criminal Courts: A Case of Legislative Limbo" (1979), 5 *Queen's L.J.* 288.  
 Reid, Robert F. and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 35 C.C.C. (3d) 515, 78 A.R. 309, [1987] 5 W.W.R. 136, setting aside a judgment of Miller A.C.J.Q.B. rendered January 9, 1987, affirming a judgment of a Youth Court judge (1986), 17 W.C.B. 322, dismissing the Crown's application for transfer to ordinary court pursuant to s. 16 of the *Young Offenders Act*. Appeal dismissed, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

#### Doctrine citée

Béliveau, Pierre et Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981.  
 Bowker, Marjorie Montgomery. «Waiver of Juveniles to Adult Court Under the Juvenile Delinquents Act: Applicability of Principles to Young Offenders Act» (1987), 29 *Crim. L.Q.* 368.  
 Canada. Comité du ministère de la Justice sur la délinquance juvénile. *Délinquance juvénile au Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1965.  
 Canada. Comité du ministère du Solliciteur général sur les propositions formulées en remplacement de la Loi sur les jeunes délinquants. *Loi sur les Jeunes qui ont des démêlés avec la Justice*. Ottawa: Ministère du Solliciteur général, 1975.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Robert, 1986, «exiger», «imposer».  
 Morley, Jane. «Transfer of Children to the Ordinary Criminal Courts: A Case of Legislative Limbo» (1979), 5 *Queen's L.J.* 288.  
 Reid, Robert F. and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.  
 POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 35 C.C.C. (3d) 515, 78 A.R. 309, [1987] 5 W.W.R. 136, qui a annulé un jugement du juge en chef adjoint Miller, de la Cour du Banc de la Reine, rendu le 9 janvier 1987, confirmant un jugement d'un juge du tribunal pour adolescents (1986), 17 W.C.B. 322, qui avait rejeté une demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Pourvoi rejeté, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents.



*Richard A. Stroppel*, for the appellant.

*Jack Watson*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal concerns the requirements for transfer of young offenders from Youth Court to ordinary court under the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110.

The appellant, a youth as defined by the *Young Offenders Act*, was charged with another youth, J.E.L., with the offence of first degree murder, contrary to s. 218(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and possession of stolen property of a value exceeding \$1000, contrary to s. 313(a) of the *Criminal Code*. The proceedings against the two youths proceeded separately until the appeal to this Court. In each case, the Crown applied to have S.H.M. and J.E.L., respectively, transferred to ordinary court for trial pursuant to s. 16 of the *Young Offenders Act*. Each of the youths successfully resisted the applications in Youth Court and in the Alberta Court of Queen's Bench on review. The Crown then appealed each case to the Alberta Court of Appeal. In separate judgments the Court of Appeal ordered that both youths should be transferred to adult court. This Court granted S.H.M. leave to appeal the order of the Court of Appeal pursuant to s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, on October 2, 1987, [1987] 2 S.C.R. x, and granted J.E.L. leave to appeal on April 25, 1988, [1988] 1 S.C.R. x. The appeals were heard together before this Court on April 27, 1989.

### The Facts

The Crown alleges that on April 30, 1986 S.H.M. and J.E.L. accompanied a wealthy male of about fifty years of age to a store to rent two "adult" movies and then to his home. The man, a homosexual, was known to the youths. There is

*Richard A. Stroppel*, pour l'appellant.

*Jack Watson*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Ce pourvoi porte sur les conditions du renvoi de jeunes contrevenants du tribunal pour adolescents à la juridiction normalement compétente, en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110.

L'appellant, un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, a été accusé, avec un autre adolescent, J.E.L., de meurtre au premier degré en contravention du par. 218(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et de possession de biens volés d'une valeur supérieure à 1 000 \$, en contravention de l'al. 313a) du *Code criminel*. Les poursuites contre les deux adolescents se sont déroulées séparément jusqu'au pourvoi devant notre Cour. Dans chaque cas, conformément à l'art. 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le ministère public a demandé que S.H.M. et J.E.L., respectivement, soient renvoyés devant la juridiction normalement compétente pour y subir leur procès. Chacun des adolescents s'est opposé à cette demande et a eu gain de cause devant le tribunal pour adolescents et devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, en révision. Dans les deux cas, le ministère public a alors interjeté appel à la Cour d'appel de l'Alberta. Dans des jugements distincts, la Cour d'appel a ordonné que les deux adolescents soient renvoyés devant le tribunal pour adultes. Conformément à l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, notre Cour a accordé à S.H.M., le 2 octobre 1987, [1987] 2 R.C.S. x, et à J.E.L., le 25 avril 1988, [1988] 1 R.C.S. x, l'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance de la Cour d'appel. La Cour a entendu les pourvois en même temps le 27 avril 1989.

### Les faits

Le ministère public allègue que le 30 avril 1986, S.H.M. et J.E.L. ont accompagné dans un magasin un homme riche, d'environ 50 ans, pour y louer deux films «pour adultes» et qu'ils se sont ensuite rendus chez lui. L'homme, un homosexuel, était

some evidence the man may have attempted sexual relations with J.E.L., whereupon J.E.L. struck the man in the head and stomach, rendering him unconscious. It is alleged that the youths then bound the man with electrical wire and strangled him with such force that a bone in his neck was broken. He died from asphyxiation by strangulation. The youths are alleged to have then taken the body to the basement of the house where they attempted to conceal it in a piece of carpet. They continued to reside in the victim's house at least until May 2, 1986 whilst commencing the wholesale disposition of the victim's stereo and computer equipment. The body was not found until two weeks later as a consequence of attempts by the owner of the video store to find out why the deceased had not returned the videos. A coroner placed the death on or about May 1, 1986.

S.H.M. was 17 years and 11 months old at the time of the alleged offence. He had a prior conviction for two counts of gross indecency involving two male children aged 9 and 10 years respectively, for which he had received a suspended sentence with three years' probation. His childhood appears to have been a difficult one. His father was a chronic alcoholic who left home when S.H.M. was 7 or 8 years old. S.H.M. claims that he had been the victim of sexual abuse by an older brother over a three-year period when he was 7 to 10 years old. A pre-disposition report prepared in 1984 when he faced the charges of gross indecency suggests that this experience severely traumatized S.H.M. and may have contributed to the acts which gave rise to his conviction. S.H.M. left home at a relatively early age, although there is some dispute between the appellant and his mother as to exactly when he did leave; he claims he was thrown out when he was 11 years old, while she states that he left of his own volition when he was 15. Part of the difficulty in obtaining an accurate history of his early years stems from his having a "tendency to deceit or exaggeration" related to attempts to gain sympathy. S.H.M.'s pre-disposition report quotes his mother as stating that S.H.M. is no longer welcome in the family home and she is not prepared

connu des deux adolescents. Certains éléments de preuve indiquent que cet homme aurait tenté d'avoir des relations sexuelles avec J.E.L. et que J.E.L. l'aurait alors frappé à la tête et au ventre, jusqu'à ce qu'il perde connaissance. On allègue que les adolescents ont alors lié l'homme avec du fil électrique et l'ont étranglé avec une telle force qu'un os de son cou s'est cassé. Il est mort d'asphyxie par strangulation. On allègue que les jeunes ont ensuite transporté le corps au sous-sol de la maison et qu'ils ont tenté de le dissimuler dans un morceau de tapis. Ils sont restés au domicile de la victime jusqu'au 2 mai 1986 au moins et ont commencé à vendre systématiquement les appareils stéréo et l'équipement d'ordinateur de la victime. Ce n'est que deux semaines plus tard que le corps a été découvert par suite des démarches du propriétaire du magasin de cassettes vidéos qui cherchait à savoir pourquoi la victime n'avait pas rendu les cassettes. Un coroner a fixé la date du décès au 1<sup>er</sup> mai 1986 ou vers cette date.

S.H.M. avait 17 ans et 11 mois à la date de l'infraction. Il avait déjà été déclaré coupable de deux accusations de grossière indécence mettant en cause deux garçons âgés respectivement de 9 et 10 ans, pour lesquelles le tribunal avait prononcé un sursis avec trois ans de probation. Son enfance paraît avoir été difficile. Son père était un alcoolique chronique et avait quitté la maison lorsque S.H.M. avait 7 ou 8 ans. S.H.M. prétend que, de l'âge de 7 à 10 ans, il a été victime d'agressions sexuelles par un frère plus âgé. Le rapport pré-décisionnel préparé en 1984, alors que S.H.M. était accusé de grossière indécence, indique que cette expérience l'avait profondément traumatisé et avait pu contribuer aux actes à l'origine de sa déclaration de culpabilité. S.H.M. a quitté le foyer familial alors qu'il était relativement jeune, bien que sa mère et lui ne s'entendent pas sur la date exacte de son départ; il prétend avoir été mis à la porte à l'âge de 11 ans, alors que sa mère prétend qu'il est parti de son propre gré à l'âge de 15 ans. La difficulté à obtenir des renseignements exacts concernant son enfance tient en partie à sa [TRA-DUCTION] «tendance à tromper ou à exagérer» pour s'attirer de la sympathie. Dans un extrait du rapport pré-décisionnel concernant S.H.M., sa mère affirme qu'il n'est plus le bienvenu dans la

to support him emotionally or financially in the future.

S.H.M. has been the subject of several studies and reports by psychiatrists, social workers and psychologists. The general picture that emerges is that of an extremely self-conscious, insecure young man. Laycraft C.J.A. in the Alberta Court of Appeal described him thus: "He is shy, introverted, self conscious, easily hurt and perceives himself to be isolated and disliked by his teachers and his peers". He has also been described as "passive", and "more a follower than a leader". Testing reveals his IQ to be at 84 which is "low average" or "dull normal". While his physical age at the time of the offence was almost eighteen, emotionally he is described as being thirteen or fourteen. The report prepared by the defence psychiatrist found that S.H.M. had a "predominantly neurotic personality, having feelings of inferiority, being insecure and unassertive, and hiding his feelings"; he is also seen as "pessimistic and possibly suicidal". A social history prepared by the Edmonton John Howard Society stated that adult prison "will be destructive for this young person" and that "[t]he combination of his immaturity, sexual identity confusion, and exaggerated need for approval by others will be disastrous for him in the prison culture".

#### Relevant Statutory Provisions

The *Young Offenders Act* specifies that a young person charged with a criminal offence is to be tried in Youth Court, rather than in ordinary court in accordance with the law applicable to an adult offender. The procedures in Youth Court differ from those in ordinary court in a number of respects. They are less formal, and are before a judge alone rather than before judge and jury. Moreover, the consequences of conviction in Youth Court are also much less severe than in ordinary court; the minimum disposition under the *Criminal Code* for the offence of first degree murder is life imprisonment in a federal penitentiary without eligibility for parole for 25 years, while the max-

imale et qu'elle n'a pas l'intention de l'aider ni émotionnellement ni financièrement à l'avenir.

S.H.M. a fait l'objet de plusieurs études et rapports préparés par des psychiatres, des travailleurs sociaux et des psychologues. L'image générale qui en ressort nous met en présence d'un jeune homme extrêmement timide et souffrant d'insécurité. Le juge en chef Laycraft de la Cour d'appel de l'Alberta le décrit ainsi: [TRADUCTION] «Il est gêné, introverti, timide, facilement blessé et se considère seul et rejeté de ses professeurs et de ses pairs». Il a également été décrit comme un être «passif» et «plus suiveur que meneur». Les tests d'intelligence indiquent que son Q.I. est de 84, ce qui est considéré comme «moyen faible» ou «normal inférieur». Bien qu'agé de près de 18 ans au moment de l'infraction, il est décrit comme ayant 13 ou 14 ans sur le plan émotif. Selon le rapport préparé par le psychiatre de la défense, S.H.M. a une [TRADUCTION] «personnalité essentiellement névrotique, a des sentiments d'infériorité, souffre d'insécurité, est incertain et cache ses sentiments»; il y est décrit également comme «pessimiste et peut-être suicidaire». Selon le rapport sur ses antécédents sociaux préparé par la John Howard Society d'Edmonton, la prison pour adultes [TRADUCTION] «aura un effet destructeur pour cet adolescent» et «[l]'effet combiné de son immaturité, de sa confusion quant à son identité sexuelle et de son besoin exagéré d'être approuvé par les autres, sera désastreux pour lui en milieu carcéral».

#### Les dispositions législatives applicables

La *Loi sur les jeunes contrevenants* dit expressément qu'un adolescent accusé d'une infraction criminelle doit subir son procès devant le tribunal pour adolescents plutôt que devant la juridiction normalement compétente selon les règles de droit applicables à un contrevenant adulte. Les procédures du tribunal pour adolescents diffèrent à plusieurs égards de celles de la juridiction normalement compétente. Elles sont moins formelles et se déroulent devant un juge seul plutôt que devant juge et jury. En outre, les conséquences d'une déclaration de culpabilité devant le tribunal pour adolescents sont moins sévères que devant la juridiction normalement compétente; en vertu du

imum disposition under the *Young Offenders Act* for any offence, including first degree murder, is three years in a youth detention centre.

The *Young Offenders Act* provides that in appropriate circumstances a young person may be transferred from Youth Court to ordinary court and tried in accordance with the law ordinarily applicable to an adult charged with the offence. Section 16(1) and (2) set out the factors which the Youth Court judge shall consider in deciding whether or not to transfer a youth to adult court. These subsections provide:

16. (1) At any time after an information is laid against a young person alleged to have, after attaining the age of fourteen years, committed an indictable offence other than an offence referred to in section 483 of the *Criminal Code* but prior to adjudication, a youth court may, on application of the young person or his counsel, or the Attorney General or his agent, after affording both parties and the parents of the young person an opportunity to be heard, if the court is of the opinion that, in the interest of society and having regard to the needs of the young person, the young person should be proceeded against in ordinary court, order that the young person be so proceeded against in accordance with the law ordinarily applicable to an adult charged with the offence.

(2) In considering an application under subsection (1) in respect of a young person, a youth court shall take into account

(a) the seriousness of the alleged offence and the circumstances in which it was allegedly committed;

(b) the age, maturity, character and background of the young person and any record or summary of previous findings of delinquency under the *Juvenile Delinquents Act* [c. J-3 of the Revised Statutes of Canada, 1970] or previous findings of guilt under this or any other Act of Parliament or any regulation made thereunder;

(c) the adequacy of this Act, and the adequacy of the *Criminal Code* or other Act of Parliament that would apply in respect of the young person if an order were

*Code criminel*, la peine minimale pour l'infraction de meurtre au premier degré est l'emprisonnement à vie dans un pénitencier fédéral sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 25 ans alors que la peine maximale en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* pour toute infraction, y compris celle de meurtre au premier degré, est de trois ans dans un centre de détention pour adolescents.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* prévoit que, dans les circonstances appropriées, un adolescent peut être renvoyé du tribunal pour adolescents devant la juridiction normalement compétente pour qu'il y soit jugé en conformité avec les règles normalement applicables à un adulte accusé de la même infraction. Les paragraphes 16(1) et (2) énumèrent les facteurs que le juge du tribunal pour adolescents doit examiner pour décider s'il doit ordonner le renvoi devant la juridiction normalement compétente:

16. (1) Dans les cas où l'adolescent, qui, à la suite d'une dénonciation, se voit imputer un acte criminel autre que celui visé à l'article 483 du *Code criminel*, qu'il aurait commis après avoir atteint l'âge de quatorze ans, le tribunal pour adolescents peut, en tout état de cause avant de rendre son jugement, sur demande de l'adolescent ou de son avocat, du procureur général ou de son représentant et après avoir donné aux deux parties et aux père et mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre, ordonner le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente pour qu'il y soit jugé en conformité avec les règles normalement applicables en la matière, s'il estime que, dans l'intérêt de la société et compte tenu des besoins de l'adolescent, le renvoi de la cause devant cette juridiction s'impose.

(2) Le tribunal pour adolescents saisi d'une demande présentée en vertu du paragraphe (1) et visant un adolescent doit tenir compte des éléments suivants:

a) la gravité de l'infraction et ses circonstances;

b) l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent, de même que tout résumé des délits antérieurs relevant de la *Loi sur les jeunes délinquants* [chap. J-3 des Statuts révisés du Canada de 1970] ou des déclarations de culpabilités antérieures intervenues dans le cadre de la présente loi, ou de toute autre loi du Parlement ou de leurs règlements d'application;

c) l'opportunité, compte tenu des circonstances de l'espèce, de soumettre l'adolescent à la présente loi ou au *Code criminel* ou à une autre loi du Parlement, si

made under subsection (1), to meet the circumstances of the case;

(d) the availability of treatment or correctional resources;

(e) any representations made to the court by or on behalf of the young person or by the Attorney General or his agent; and

(f) any other factors that the court considers relevant.

In addition to considering the factors enumerated in s. 16, s. 3(2) of the *Young Offenders Act* requires that the Youth Court judge also consider the principles set out in s. 3(1) in deciding whether or not to transfer a youth to ordinary court. Section 3 provides:

3. (1) It is hereby recognized and declared that

(a) while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults, young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions;

(b) society must, although it has the responsibility to take reasonable measures to prevent criminal conduct by young persons, be afforded the necessary protection from illegal behaviour;

(c) young persons who commit offences require supervision, discipline and control, but, because of their state of dependency and level of development and maturity, they also have special needs and require guidance and assistance;

(d) where it is not inconsistent with the protection of society, taking no measures or taking measures other than judicial proceedings under this Act should be considered for dealing with young persons who have committed offences;

(e) young persons have rights and freedoms in their own right, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or in the *Canadian Bill of Rights*, and in particular a right to be heard in the course of, and to participate in, the processes that lead to decisions that affect them, and young persons should have special guarantees of their rights and freedoms;

(f) in the application of this Act, the rights and freedoms of young persons include a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the protection of society, having regard to the needs of young persons and the interests of their families;

une ordonnance était rendue en conformité avec le paragraphe (1);

d) l'existence de moyens de traitement ou de réadaptation;

e) les observations qui lui ont été présentées par l'adolescent ou en son nom, par le procureur général ou par le représentant de celui-ci;

f) tous autres éléments qu'il considère pertinents.

b En plus d'examiner les facteurs énumérés à l'art. 16, le par. 3(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* exige que le juge du tribunal pour adolescents tienne également compte des principes énoncés au par. 3(1) pour décider du renvoi devant la juridiction normalement compétente. L'article 3 prévoit:

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

d a) Les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits;

e b) la société, bien qu'elle doive prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour prévenir la conduite criminelle chez les adolescents, doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite;

f c) la situation des jeunes contrevenants requiert surveillance, discipline et encadrement; toutefois, l'état de dépendance où ils se trouvent, leur degré de développement et de maturité leur créent des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance;

g d) il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager, s'il est décidé d'agir, la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, compte tenu de la protection de la société;

h e) les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ou dans la *Déclaration canadienne des droits*, et notamment le droit de se faire entendre au cours du processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés étant assortis de garanties spéciales;

i j f) dans le cadre de la présente loi, le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société, compte tenu des besoins des adolescents et des intérêts de leur famille;

(g) young persons have the right, in every instance where they have rights or freedoms that may be affected by this Act, to be informed as to what those rights and freedoms are; and

(h) parents have responsibility for the care and supervision of their children, and, for that reason, young persons should be removed from parental supervision either partly or entirely only when measures that provide for continuing parental supervision are inappropriate.

(2) This Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

Section 16 of the Act provides for review of the decision of the Youth Court judge; s. 16(9) provides for an appeal as of right to a judge of the provincial superior court; and s. 16(10) provides that the decision of the superior court may in turn be reviewed, with leave, by the Court of Appeal of the province. In each case the reviewing court is empowered not only to review the decision in question but to confirm or reverse it in its discretion. Section 16(9) and (10) read as follows:

(9) Subject to subsection (11), an order made in respect of a young person under subsection (1) or a refusal to make such an order shall, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the youth court, be reviewed by the superior court and that court may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the youth court.

(10) A decision made in respect of a young person by a superior court under subsection (9) may, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the superior court, with the leave of the court of appeal, be reviewed by that court, and the court of appeal may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the superior court.

The Act makes no provision for the exercise of an independent discretion by this Court. In the absence of a special statutory jurisdiction, the usual rules governing this Court's interference with the exercise of judicial discretion by intermediate appellate courts apply. Interference with the exercise of such discretion is premised on error

g) les adolescents ont le droit, chaque fois que la présente loi est susceptible de porter atteinte à certains de leurs droits et libertés, d'être informés du contenu de ces droits et libertés;

h) les père et mère assument l'entretien et la surveillance de leurs enfants; en conséquence les adolescents ne sauraient être entièrement ou partiellement soustraits à l'autorité parentale que dans les seuls cas où les mesures comportant le maintien de cette autorité sont contre-indiquées.

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

L'article 16 de la Loi prévoit que la décision du juge du tribunal pour adolescents peut être révisée; le par. 16(9) prévoit un appel de plein droit devant un juge d'une cour supérieure provinciale et le par. 16(10) prévoit que la décision de la cour supérieure peut à son tour être révisée, avec permission, par la cour d'appel de la province. Dans chaque cas, la juridiction d'examen a non seulement le pouvoir d'examiner la décision en question, mais dispose aussi du pouvoir discrétionnaire de la confirmer ou de l'infirmer. Voici les par. 16(9) et (10):

(9) Sous réserve du paragraphe (11), l'ordonnance concernant un adolescent rendue en vertu du paragraphe (1) ainsi que le refus de rendre une telle ordonnance sont, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, examinés par la cour supérieure. La cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision du tribunal pour adolescents.

(10) La décision concernant un adolescent rendue par une cour supérieure en vertu du paragraphe (9) peut, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, et avec la permission de la cour d'appel, être révisée par celle-ci. La cour d'appel dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision de la cour supérieure.

Aucune disposition de la Loi ne prévoit l'exercice, par notre Cour, d'un pouvoir discrétionnaire indépendant. En l'absence de disposition législative conférant une compétence spéciale, les règles habituelles d'intervention de notre Cour dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours d'appel intermédiaires s'appliquent. L'intervention dans l'exer-

of law or jurisdiction in the court below. Moreover, this Court will interfere with the exercise of discretion by an intermediate court of appeal only “on those rare occasions when it perceives legal principles of national, and more particularly constitutional, significance to be at stake”: *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, at p. 510, *per Wilson J.* (in dissent, but not on this point). If these requirements are not met, this Court will not interfere with the exercise of judicial discretion conferred by statute on the court from which the appeal is brought. Thus, the scope for review by this Court is narrow.

### Judgments

It is necessary to examine the decisions of the Youth Court judge and the justice of the Queen’s Bench who reviewed that decision in some detail, in order to put in proper perspective the decision of the Court of Appeal which is under appeal.

#### *Youth Court: Judge Gerhart*

The Youth Court judge stated that in considering whether or not to transfer the appellant to adult court under s. 16(1) he was to take into consideration: the factors listed in s. 16(2) of the *Young Offenders Act*; the principles set out in s. 3; and a pre-disposition report pursuant to s. 16(3).

Relying on the Crown assertions, the Youth Court judge stated that the “seriousness of the alleged offences and the circumstances alleged surrounding their commission, without more, would seem to weigh in favor of a transfer”. In his opinion, however, other factors indicated a contrary conclusion: “[o]n the whole, the evidence submitted with respect to the age, maturity, character, background, and record of the young person have not persuaded the Court that it is essential that S.H.M. be transferred to adult court”. He stated that there was no evidence before the court with respect to the necessity for confinement for treatment longer than available under the *Young*

cice de ce pouvoir discrétionnaire est fondée sur une erreur de droit ou de compétence commise par la cour d’instance inférieure. En outre, notre Cour n’interviendra dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’une cour d’appel intermédiaire que «dans les rares cas où elle juge que des principes de droit d’importance nationale, et plus particulièrement d’importance sur le plan constitutionnel, sont en jeu»: *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, à la p. 510, le juge Wilson (dissidente sur d’autres points). En l’absence de ces conditions, notre Cour n’interviendra pas dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi au tribunal dont la décision est portée en appel. La portée de la révision effectuée par notre Cour est donc limitée.

### Les jugements des tribunaux d’instance inférieure

Il faut examiner la décision du juge du tribunal pour adolescents et celle du juge de la Cour du Banc de la Reine, qui a fait une revue détaillée de la première, afin de placer dans son contexte l’arrêt de la Cour d’appel qui fait l’objet du présent pourvoi.

#### *Le tribunal pour adolescents: le juge Gerhart*

Le juge du tribunal pour adolescents a affirmé que pour décider du renvoi de l’appelant devant la juridiction normalement compétente en application du par. 16(1), il devait tenir compte des facteurs énumérés au par. 16(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, des principes énoncés à l’art. 3 et du rapport prédécisionnel établi en application du par. 16(3).

S’appuyant sur les arguments présentés par la poursuite, le juge du tribunal pour adolescents a affirmé que [TRADUCTION] «[l]a gravité des infractions et les circonstances entourant leur perpétration, sans plus, militent en faveur du renvoi». Cependant, à son avis, d’autres facteurs tendaient à la conclusion contraire: [TRADUCTION] «[d]ans l’ensemble, la preuve présentée quant à l’âge, la maturité, le caractère, les antécédents, et le dossier de l’adolescent, n’a pas convaincu la cour qu’il était essentiel que S.H.M. soit renvoyé devant le tribunal pour adultes». Il a affirmé qu’aucune preuve ne lui avait été présentée quant à la nécessité de détenir S.H.M. pour un traitement plus

*Offenders Act*, and that S.H.M. would be adequately treated in either the young offender or adult systems.

Having considered the factors relevant to determining if a transfer should be made, the Youth Court judge turned to the question of the onus upon the Crown to justify the transfer of the appellant from Youth Court to adult court. He concluded that there was a "heavy onus" on the Crown to establish why a transfer should be granted. In the result, he dismissed the application.

*Alberta Court of Queen's Bench: Miller A.C.J.*

Miller A.C.J. felt that the Provincial Court judge had canvassed the relevant considerations, and had addressed his mind to the appropriate legal principles. He detected no error of law and concluded that the Provincial Court judge had properly exercised his discretion. He confirmed the decision of the Youth Court judge.

*Alberta Court of Appeal: Laycraft C.J.A., Hetherington and Irving J.J.A.*

Laycraft C.J.A. delivered the judgment of the Court of Appeal, reversing the decision below and ordering that the charges be transferred to ordinary court: (1987), 78 A.R. 309. He reviewed the salient provisions of the *Young Offenders Act* and noted that the legislation was designed to balance the interests of society with the interests of the young offender, which often conflict.

Laycraft C.J.A. rejected the Youth Court judge's conclusion that there is a heavy onus on the applicant seeking an order for transfer to ordinary court (at p. 316):

In my view it is not useful (and, indeed, not correct) to consider these basic conflicts in terms of onus as did Judge Gerhart. Unless a transfer order is made the case will remain in Youth Court; in this sense the Crown, which seeks to change the status quo, will not succeed unless it persuades the court that the balancing of the

long que celui prévu en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et que S.H.M. serait traité de façon appropriée tant dans le système pour adolescents que dans le système pour adultes.

<sup>a</sup> Ayant considéré les facteurs pertinents pour décider d'un renvoi, le juge du tribunal pour adolescents a ensuite abordé la question du fardeau de preuve dont le ministère public devait s'acquitter pour justifier le renvoi de l'appelant du tribunal pour adolescents au tribunal pour adultes. Il a conclu que le ministère public devait s'acquitter d'un [TRADUCTION] «lourd fardeau» pour justifier un renvoi. En définitive, il a rejeté la demande.

<sup>c</sup> *La Cour du Banc de la Reine: le juge en chef adjoint Miller*

<sup>d</sup> Le juge en chef adjoint Miller a estimé que le juge de la Cour provinciale avait examiné les facteurs pertinents et avait tenu compte des principes juridiques appropriés. Il n'a décelé aucune erreur de droit et a conclu que le juge de la Cour provinciale avait exercé son pouvoir discrétionnaire correctement. Il a confirmé la décision du juge du tribunal pour adolescents.

*La Cour d'appel de l'Alberta: le juge en chef Laycraft et les juges Hetherington et Irving*

<sup>f</sup> Le juge en chef Laycraft a rendu l'arrêt de la Cour d'appel et infirmé la décision du tribunal d'instance inférieure en ordonnant que les accusations soient jugées devant la juridiction normalement compétente: (1987), 78 A.R. 309. Il a examiné les dispositions pertinentes de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et a souligné que la Loi visait à trouver un équilibre entre les intérêts de la société et ceux du jeune contrevenant, intérêts qui entrent souvent en conflit.

<sup>i</sup> Le juge en chef Laycraft a rejeté la conclusion du juge du tribunal pour adolescents selon laquelle le requérant d'une ordonnance de renvoi devant la juridiction normalement compétente doit s'acquitter d'un lourd fardeau (à la p. 316):

[TRADUCTION] À mon avis, il n'est pas utile (ni d'ailleurs approprié) de considérer ces notions fondamentales sous l'angle du fardeau de preuve, comme l'a fait le juge Gerhart. À moins qu'une ordonnance de renvoi ne soit rendue, le tribunal pour adolescents reste saisi de l'affaire; en ce sens, le ministère public qui veut



factors favours transfer. But I respectfully disagree with Judge Gerhart's view that the Crown was required "to discharge a heavy onus" or that it was helpful to consider whether the transfer order was "essential". That term connotes some sort of emergency to which a transfer to adult court was the only possible answer.

Laycraft C.J.A. was also of the opinion that the Queen's Bench judge had erred in concluding that the appeal should be dismissed because the Provincial Court judge had applied the proper principles. In his opinion, the provincial appellate court under s. 16(9) and (10) must apply its own discretion in reviewing the circumstances of the case. He stated (at p. 316):

Sections 16(9) and 16(10), in my opinion, establish different rules for the appellate tribunal than would usually apply. In each case the proceeding is a review rather than an appeal and in each case the appellate tribunal is specifically empowered "in its discretion" to confirm or reverse the decision brought before it. Each appellate tribunal has a new discretion to exercise. Of course, the appellate tribunals do not hear the evidence, de novo, and the usual rules will apply to pay deference to the advantage enjoyed by the trial judge in seeing and hearing the witnesses. I respectfully disagree, however, with the approach that this case could be answered, on the review in Court of Queen's Bench, by determining whether the Youth Court Judge had correctly stated the principles or the governing sections to be applied. The appellate judge had, himself, to exercise a discretion.

Turning to the factors required to be considered under s. 16 and s. 3 of the Act, Laycraft C.J.A. stated (at p. 316):

The "interest of society" to which the section refers includes the protection of society, itself, from the offender, as well as the enforcement of the standard of penalty which Parliament has seen fit to fix for first degree murder. That crime attracts the most serious sanction in our criminal law. The sanction sets forth the reaction of Canadian society to the crime, as seen by the enactment of its elected representatives. By contrast the three year maximum penalty prescribed by the **Young Offenders Act** may be seen, in some cases, as an absurdly inadequate response.

modifier le statu quo ne peut avoir gain de cause que s'il convainc la cour que les facteurs à considérer militent en faveur du renvoi. Toutefois, je ne partage pas l'opinion du juge Gerhart que le ministère public devait s'acquitter d'un «lourd fardeau» ou qu'il était utile de se demander si l'ordonnance de renvoi était «essentielle». Ce terme laisse entendre qu'il y a une sorte d'urgence et que le renvoi devant un tribunal pour adultes est la seule solution possible.

*b* Le juge en chef Laycraft était également d'avis que le juge de la Cour du Banc de la Reine avait commis une erreur en concluant que l'appel devrait être rejeté parce que le juge de la Cour provinciale avait appliqué les principes appropriés. À son avis, le tribunal d'appel provincial doit, en vertu des par. 16(9) et (10), exercer son propre pouvoir discrétionnaire dans l'examen des circonstances de l'espèce. Il a affirmé (à la p. 316):

*d* [TRADUCTION] À mon avis, les par. 16(9) et (10), énoncent des règles différentes de celles qui s'appliquent habituellement devant un tribunal d'appel. Dans chaque cas, la procédure est un examen plutôt qu'un appel et, dans chaque cas, le tribunal d'appel est expressément investi d'un «pouvoir discrétionnaire» de confirmer ou d'infirmer la décision qui lui est soumise. Chaque tribunal d'appel a un nouveau pouvoir discrétionnaire à exercer. Évidemment, le tribunal d'appel n'entend pas la preuve de novo et les règles habituelles s'appliquent de façon à reconnaître l'avantage dont dispose le juge de première instance qui a vu et entendu les témoins. Avec égards, je ne crois cependant pas que, en révision devant la Cour du Banc de la Reine, on pouvait régler l'affaire en déterminant si le juge du tribunal pour adolescents avait correctement formulé les principes ou énuméré les articles pertinents à appliquer. Le juge d'appel lui-même avait un pouvoir discrétionnaire à exercer.

Quant aux facteurs à examiner, en vertu des art. 16 et 3 de la Loi, le juge en chef Laycraft a affirmé (à la p. 316):

*i* [TRADUCTION] «L'intérêt de la société» dont il est question à l'article comprend la protection de la société elle-même contre le contrevenant ainsi que l'application du type de peine que le Parlement a jugé approprié d'établir dans le cas d'un meurtre au premier degré. Dans notre droit criminel, ce crime entraîne la peine la plus sévère. La peine exprime la réaction de la société canadienne face à ce crime, réaction traduite par le texte adopté par ses représentants élus. Par opposition, on peut considérer que la peine maximale de trois ans prévue par la **Loi sur les jeunes contrevenants** constitue dans certains cas une solution inadaptée et absurde.

Nevertheless the needs of the young person must also be weighed in this balance. To a greater or lesser degree, depending on age and maturity, the young person is, as s. 3(d) [*sic*] reminds us, in a state of dependency and has special needs which require guidance and assistance and (as stated in s. 3(f)) the least possible interference with his freedom. In addition, s. 16(2) specifically commands the court to take into account the adequacy of the **Young Offenders Act**, or of the **Criminal Code** to deal with the young person in the circumstances of the case. Each of the other factors mentioned in s. 16 and in s. 3 must similarly be put in the balance.

Laycraft C.J.A. concluded with an acknowledgment of the difficulties inherent in the question of transfer (at p. 316):

In the end the question, easy to state but profoundly difficult to answer is: do all of the circumstances considered, taking into account the declarations of principle in s. 3 and the factors in s. 16, bring the court to the conclusion that it is in the interests of society, having regard to the needs of the young person, to make the transfer?

Having reviewed the relevant factors and considerations, Laycraft C.J.A. concluded that it was in “the interests of society, having regard to the needs of S.H.M.” (p. 317), that the youth be transferred to ordinary court.

### Issues

This appeal raises three issues. The first concerns the burden, if any, which the Crown must discharge to permit an order for transfer. The second concerns the nature of the review process prescribed by the Act—namely, whether a court of review under s. 16(9) and (10) of the Act is confined to correction of error, or whether it exercises an independent discretion in deciding the question of transfer. The third issue is whether the Court of Appeal failed to properly apply the test for transfer established by s. 16 and s. 3 of the Act.

I propose to consider each question in turn.

Quoi qu’il en soit, il faut également tenir compte des besoins de l’adolescent. Comme nous le rappelle l’al. 3c), l’adolescent est plus ou moins, selon l’âge et la maturité, dans un état de dépendance et a des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance et, comme l’indique l’al. 3f), son droit à la liberté ne doit souffrir que d’un minimum d’entraves. En outre, le par. 16(2) exige expressément que la cour tienne compte de l’opportunité de soumettre l’adolescent à la **Loi sur les jeunes contrevenants** ou au **Code criminel** compte tenu des circonstances de l’espèce. De même, il faut tenir compte de chacun des autres facteurs énumérés aux art. 16 et 3.

Le juge en chef Laycraft a conclu, en reconnaissant les difficultés inhérentes à la question du renvoi (à la p. 316):

[TRADUCTION] En définitive, la question, facile à formuler mais extrêmement difficile à résoudre, est la suivante: une fois toutes les circonstances examinées, compte tenu de la déclaration de principes contenue à l’art. 3 et des facteurs énumérés à l’art. 16, la cour est-elle en mesure de conclure qu’il est dans l’intérêt de la société, compte tenu des besoins de l’adolescent, d’ordonner le renvoi?

Après avoir examiné les facteurs et considérations applicables, le juge en chef Laycraft a conclu qu’il était [TRADUCTION] «dans l’intérêt de la société, compte tenu des besoins de S.H.M.» (p. 317), que l’adolescent soit renvoyé devant la juridiction normalement compétente.

### Les questions en litige

Ce pourvoi soulève trois questions. La première concerne le fardeau de preuve, s’il en est, qui incombe au ministère public dans le cas d’une ordonnance de renvoi. La deuxième porte sur la nature de la procédure de révision prévue par la Loi—c’est-à-dire, la question de savoir si la juridiction d’examen saisie en vertu des par. 16(9) et (10) de la Loi doit se limiter à la rectification d’erreurs ou si elle exerce un pouvoir discrétionnaire indépendant sur la question du renvoi. La troisième question est de savoir si la Cour d’appel a correctement appliqué au renvoi les critères établis aux art. 16 et 3 de la Loi.

Je vais examiner chacune de ces questions séparément.

Discussion1. *The Burden or Onus on the Applicant*

Two questions are subsumed in this issue. The first question is whether the decision process under s. 16 is merely one of balancing the different factors listed in s. 16(2), or whether there is a burden on the applicant (usually the Crown) to establish that the transfer should be made? If the applicant must discharge such a burden, the second question arises as to the standard of proof, to be discharged. Is it the criminal standard, the civil standard, or some other variant?

The Youth Court judge held that the Crown bore the burden of establishing that the youth should be transferred to ordinary court, and that the onus was a heavy one. The Court of Appeal, on the other hand, took the view that it is neither useful nor correct to consider the matter in terms of onus. However, having so stated, Laycraft C.J.A. went on to assert that the Crown, which seeks to change the status quo, will not succeed unless it persuades the court that the balancing of factors favours transfer.

I share the view that application of the concepts of burden and onus to the transfer provisions of the *Young Offenders Act* may not be helpful. The question is basically one of statutory interpretation. Parliament has declared that unless otherwise ordered, young offenders will be tried in Youth Court. That is the status quo. The party seeking transfer to ordinary court must persuade the court that, having regard to the factors set out in s. 16(2) and (3) of the Act, the case should be transferred. In this sense there is a burden on the party seeking transfer.

What then is the standard of proof which the applicant must meet? The Court of Appeal rejected the view of the judge below that there was a "heavy onus" on the party seeking transfer. I agree that it would be wrong as a matter of law to say that the applicant must meet a heavy onus. That term carries with it the connotation that only in

Analyse1. *Le fardeau de preuve du requérant*

Cette question en soulève deux autres. La première est de savoir si le processus décisionnel prévu à l'art. 16 exige simplement de soupeser les différents facteurs énumérés au par. 16(2) ou si le requérant (habituellement le ministère public) a le fardeau d'établir que le renvoi devrait être ordonné? Si le requérant a ce fardeau, il faut alors poser la question de la norme de preuve. S'agit-il de la norme applicable en droit criminel, en droit civil ou d'une autre norme?

Le juge du tribunal pour adolescents a conclu que le ministère public avait le fardeau d'établir que l'adolescent devrait être renvoyé devant la juridiction normalement compétente et que ce fardeau était lourd. En revanche, la Cour d'appel était d'avis qu'il n'était ni utile ni approprié de considérer la question sous l'angle du fardeau de preuve. Toutefois, après avoir déclaré cela, le juge en chef Laycraft a affirmé ensuite que le ministère public, s'il veut modifier le statu quo, n'aura gain de cause que s'il convainc la cour que les facteurs à considérer militent en faveur du renvoi.

Je partage l'opinion que l'application des notions de fardeau et de charge de preuve aux dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* sur le renvoi peut ne pas être utile. Il s'agit essentiellement d'une question d'interprétation législative. Le Parlement a décidé que, sous réserve d'une ordonnance contraire, les jeunes contrevenants subiraient leur procès devant le tribunal pour adolescents. Il s'agit là du statu quo. La partie qui requiert le renvoi devant la juridiction normalement compétente doit convaincre la cour que, compte tenu des facteurs énumérés aux par. 16(2) et (3) de la Loi, l'affaire devrait être renvoyée. En ce sens, un fardeau de preuve est imposé à la partie qui demande le renvoi.

Quelle norme de preuve le requérant doit-il satisfaire? La Cour d'appel a rejeté l'opinion du juge du tribunal d'instance inférieure selon laquelle la partie qui demande le renvoi a un [TRADUCTION] «lourd fardeau». Je reconnais qu'il serait incorrect en droit d'affirmer que le requérant doit s'acquitter d'un lourd fardeau. L'expres-

exceptional or very clear cases should an order for transfer be made. But Parliament did not say that. Parliament set out in detail the factors which must be weighed and balanced, and stipulated that if after considering them the court was satisfied that it was in the interests of society and the needs of the young person that he or she should be transferred, the order should be made. The requirement of the French version of s. 16 that the transfer to adult court “*s’impose*”, while arguably stricter than the wording of the English version, does not, when read together with the English text, support the view that transfer must be confined to exceptional cases. Rather, it is consistent with the conclusion that transfer must appear as the right or proper solution. This language does not require that the case for transfer be exceptional or unusually clear. On the contrary, it has been pointed out that the language in the 1982 Act appears less stringent in terms of proof for transfer than under the previous Act: M. M. Bowker, “Waiver of Juveniles to Adult Court Under the Juvenile Delinquents Act: Applicability of Principles to Young Offenders Act” (1987), 29 *Crim. L.Q.* 368, at pp. 379-80. Parliament having failed to so stipulate that the case for transfer must be “exceptional”, or “clear” or “necessary”, it is not for this Court to do so. That is not to say that the transfer of a case from Youth Court to ordinary court is not a matter of the utmost seriousness. The declaration of principle in s. 3 of the Act, the emphasis throughout the Act on the interests of the young person and the need to foster rehabilitation, the establishment of a separate corrections system for young offenders—all these speak unmistakably of Parliament’s awareness of the special needs and considerations appropriate to young offenders. But at the same time, Parliament has recognized that in some cases, young offenders should be tried in ordinary court. The judge charged with the task of making this decision must consider the factors set out in s. 16(1) and (2) in the context of the philosophy of the Act toward young offenders to the end of determining whether the applicant has satisfied him that a transfer should be ordered. The task, involving as it does the balancing of conflicting factors, is not easy. But it will not be rendered lighter, in my opinion, by imposing on

sion laisse entendre que ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles ou très claires qu’une ordonnance de renvoi devrait être rendue. Mais ce n’est pas ce que le Parlement a dit. Le Parlement a énoncé en détail les facteurs à soupeser et il a expressément prévu que si, après avoir examinés ces facteurs, le tribunal était convaincu qu’il était dans l’intérêt de la société et conforme aux besoins de l’adolescent d’ordonner le renvoi, l’ordonnance devrait être rendue. Bien que l’on puisse soutenir que la version française de l’art. 16, «le renvoi [...] s’impose» est plus stricte que la version anglaise, ce texte, lu en corrélation avec le texte anglais, ne permet pas de dire que le renvoi doit être restreint aux cas exceptionnels. Le texte français est compatible avec la conclusion que le renvoi doit apparaître comme la bonne solution ou la solution appropriée. Sa formulation n’exige pas que les raisons du renvoi soient exceptionnelles ou particulièrement évidentes. Au contraire, on a souligné que le libellé de la Loi de 1982 paraît moins strict que le libellé de l’ancienne loi quant à la preuve du renvoi: M. M. Bowker, «Waiver of Juveniles to Adult Court Under the Juvenile Delinquents Act: Applicability of Principles to Young Offenders Act» (1987), 29 *Crim. L.Q.* 368, aux pp. 379 et 380. Le Parlement n’ayant pas édicté que les raisons du renvoi devraient être «exceptionnelles», «claires» ou «impératives», il n’appartient pas à notre Cour de le faire. Cela ne veut pas dire que le renvoi d’une affaire du tribunal pour adolescents à la juridiction normalement compétente n’est pas une question grave. La déclaration de principes à l’art. 3 de la Loi, l’insistance qui est mise partout dans la Loi sur les intérêts de l’adolescent et le besoin de favoriser sa réadaptation ainsi que l’établissement d’un système correctionnel distinct pour les jeunes contrevenants, tous ces éléments indiquent manifestement que le Parlement est conscient des besoins spéciaux des jeunes contrevenants et des considérations particulières à leur appliquer. Mais en même temps, le Parlement a reconnu que, dans certains cas, les jeunes contrevenants devraient subir leur procès devant la juridiction normalement compétente. Le juge qui doit prendre cette décision doit considérer les facteurs énoncés aux par. 16(1) et (2) dans le contexte de la philosophie exprimée par la Loi au

the scheme set out in the Act an overlay of concepts such as “heavy onus” or “very heavy onus”.

Nor do I find it helpful to cast the issue in terms of a civil or criminal standard of proof. Those concepts are typically concerned with establishing whether something took place. It makes sense to speak of negligence being established “on a balance of probabilities”, or to talk of the commission of a crime being proved “beyond a reasonable doubt”. But it is less helpful to ask oneself whether a young person should be tried in ordinary court “on a balance of probabilities”. One is not talking about something which is probable or improbable when one enters into the exercise of balancing the factors and considerations set out in s. 16(1) and (2) of the *Young Offenders Act*. The question rather is whether one is satisfied, after weighing and balancing all the relevant considerations, that the case should be transferred to ordinary court.

In my opinion, the Court of Appeal did not err in the view it took of the nature of the burden on the Crown in this case.

## 2. *The Nature of the Review Process*

The Act empowers the superior court of the province to review the decision of the Youth Court judge and, “in its discretion” confirm or reverse it. The Court of Appeal has the same mandate in reviewing the decision of the superior court judge.

The Court of Queen’s Bench judge took a narrow view of his role. In the judge’s opinion, he was not entitled to substitute his discretion for that of the Youth Court judge. He concluded he should

sujet des jeunes contrevenants, afin de déterminer si le requérant l’a convaincu qu’une ordonnance de renvoi devrait être rendue. Cette tâche, qui comporte l’examen de facteurs contradictoires, n’est pas facile. Mais, à mon avis, elle ne sera pas simplifiée si l’on ajoute au régime établi par la Loi les notions supplémentaires de «lourd fardeau» ou de «très lourd fardeau».

Je ne crois pas non plus qu’il soit utile de définir la question selon la norme de preuve applicable, la norme civile ou criminelle. On a habituellement recours à ces notions, lorsqu’il s’agit de déterminer si un événement a eu lieu. Il est logique de dire que la négligence a été établie «selon la prépondérance des probabilités» ou de dire que la perpétration d’un crime a été prouvée «hors de tout doute raisonnable». Mais il est moins utile de se demander si un adolescent devrait subir son procès devant la juridiction normalement compétente selon «la prépondérance des probabilités». Il ne s’agit pas de décider du caractère probable ou improbable de quelque chose lorsque l’on soupèse les facteurs et considérations énoncés aux par. 16(1) et (2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. La question est plutôt de savoir si on est convaincu, après avoir soupesé tous les facteurs pertinents, que l’affaire devrait être renvoyée devant la juridiction normalement compétente.

À mon avis, la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur dans son analyse de la nature du fardeau de preuve qui incombait au ministère public en l’espèce.

## 2. *La nature de la procédure d’examen*

La Loi confère à la cour supérieure d’une province le pouvoir d’examiner la décision du juge du tribunal pour adolescents et lui confère le «pouvoir discrétionnaire» de confirmer ou d’infirmar cette décision. La Cour d’appel a le même mandat lorsqu’elle examine la décision du juge de la cour supérieure.

Le juge de la Cour du Banc de la Reine a retenu une interprétation restrictive de son rôle. À son avis, il n’avait pas le pouvoir de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge du tribunal pour adolescents. Il a conclu qu’il ne devrait pas infirmer l’ordonnance du juge du tribunal pour

not reverse the Youth Court judge's order except on grounds of jurisdiction or error of law.

The Alberta Court of Appeal took a different view, stating that it is not enough to ask whether error has been made; the review court, in its opinion, "has a new discretion to exercise". Laycraft C.J.A. qualified this statement by acknowledging that the review is not a trial *de novo* and that the reviewing judge must pay deference to the advantage enjoyed by the Youth Court judge in seeing and hearing the witnesses.

I agree with the view taken by the Court of Appeal. Section 16(9) and (10), by conferring on the reviewing court the "discretion" to confirm or reverse, establish different rules for the review than normally apply on appeals, where the court is limited to correction of error. The reviewing body's function must be to "review" the decision, and then, "in its discretion", confirm or reverse it. This involves evaluation, not only of whether the court below made an error of law or jurisdiction, but of whether its conclusions are correct based on the factors set out in the Act. In short, the reviewing tribunal can go into the merits of the application. If this review leads to the conclusion that the decision below was wrong for any of these reasons, the reviewing court in the exercise of its discretion may substitute its own view for that of the judge below.

There is, however, an important limit on the power of the review tribunal. Because it has not heard the evidence, it must accept the Youth Court's findings of fact and defer to it in matters involving the credibility of witnesses. Parliament has conferred on the review court a discretion to confirm or reverse the Youth Court judge's decision, but it has left the task of hearing and evaluating the evidence entirely to the Youth Court judge. As Laycraft C.J.A. pointed out, it is a fundamental rule that review tribunals which have not had the advantage of hearing and seeing the witnesses should defer to the trial judge who has had this

adolescents, sauf s'il y avait incompétence ou erreur de droit.

La Cour d'appel de l'Alberta a retenu une opinion différente, affirmant qu'il n'est pas suffisant de se demander si une erreur a été commise; à son avis, le tribunal saisi «a un nouveau pouvoir discrétionnaire à exercer». Le juge en chef Laycraft a nuancé cette affirmation en reconnaissant que la révision n'est pas un procès *de novo* et que le juge saisi en révision doit reconnaître l'avantage dont dispose le juge du tribunal pour adolescents qui a vu et entendu les témoins.

Je partage l'avis de la Cour d'appel. En conférant à la juridiction d'examen le «pouvoir discrétionnaire» de confirmer ou d'infirmer la décision, les par. 16(9) et (10) établissent des règles différentes de celles qui s'appliquent normalement en appel où le rôle de la cour se limite à la rectification des erreurs. Le rôle de la juridiction d'examen est de «réviser» la décision et ensuite, dans l'exercice de «son pouvoir discrétionnaire» de la confirmer ou de l'infirmer. Cela signifie qu'il lui faut déterminer non seulement si le tribunal d'instance inférieure a fait une erreur de droit ou de compétence mais déterminer également si ses conclusions sont justifiées compte tenu des divers facteurs énumérés dans la Loi. Bref, la juridiction d'examen peut examiner l'affaire au fond. Si cet examen l'amène à conclure que la décision du tribunal d'instance inférieure était erronée pour l'une ou l'autre de ces raisons, elle peut alors, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, substituer sa propre opinion à celle du juge du tribunal d'instance inférieure.

Il existe cependant une limite importante au pouvoir de la juridiction d'examen. Parce qu'elle n'a pas entendu les témoignages, elle doit accepter les conclusions de fait du tribunal pour adolescents et s'en remettre à lui quant aux questions concernant la crédibilité des témoins. Le Parlement a conféré à la juridiction d'examen le pouvoir discrétionnaire de confirmer ou d'infirmer la décision du juge du tribunal pour adolescents, mais il a laissé le soin au seul juge du tribunal pour adolescents, d'entendre et d'apprécier la preuve. Le juge en chef Laycraft a souligné la règle fondamentale selon laquelle les tribunaux qui siègent en révision

advantage. Nothing in the Act suggests that Parliament intended to abridge this long-standing and eminently reasonable principle.

The appellant argues that it cannot have been the intention of Parliament to encourage appeals by giving the reviewing courts an independent discretion. The first difficulty with this submission is that it runs counter to the wording of the Act, which plainly confers an independent discretion on the reviewing courts. The second difficulty is that it is by no means self-evident that Parliament could not have intended to confer a broad right of appeal, including the exercise of new discretion, on the courts of review. The transfer of a young person to ordinary court is a serious matter, both from the point of view of the alleged offender and of society. The decision is one of great imprecision and difficulty, involving as it does the balancing of conflicting considerations. It is entirely consistent with these concerns that Parliament give the reviewing court the power to interfere, not only when error of law can be found, but when it concludes that a proper weighing of the relevant factors leads to a different conclusion.

In summary, it is my conclusion that the review court must base its review on the facts found by the Youth Court judge and give due deference to the Youth Court judge's evaluation of the evidence. It must then proceed to apply the factors set out in s. 16(2) to that evidence. In applying these factors, the review court is not confined to asking whether the Youth Court judge has erred, but should make an independent evaluation on the basis of the facts found by the Youth Court judge. The result of that evaluation will be either to confirm or to reverse the Youth Court's decision.

In my opinion, the Court of Appeal did not err in its conclusion that the Act conferred on it the discretion to independently evaluate whether a transfer should be made.

et qui n'ont pas eu l'avantage d'entendre et de voir les témoins doivent respecter les conclusions du juge de première instance qui a eu cet avantage. Rien dans la Loi ne laisse entendre que le Parlement a eu l'intention de modifier un principe aussi ancien et éminemment raisonnable.

L'appelant soutient que le Parlement n'a pas pu avoir l'intention d'encourager les appels en accordant à la juridiction d'examen un pouvoir discrétionnaire indépendant. La première faille de cet argument tient à ce qu'il contredit le libellé de la Loi qui confère clairement un pouvoir discrétionnaire indépendant à la juridiction d'examen. La deuxième tient au fait qu'il n'est pas évident du tout que le Parlement ne pouvait avoir eu l'intention de conférer à la juridiction d'examen de larges pouvoirs en appel, dont l'exercice d'un nouveau pouvoir discrétionnaire. Le renvoi d'un adolescent devant la juridiction normalement compétente est une décision grave tant du point de vue du contrevenant que de la société. La décision comporte une grande part d'incertitude et de difficultés ainsi que l'examen d'éléments contradictoires. Compte tenu de ces préoccupations, il est tout à fait logique que le Parlement ait accordé aux juridictions d'examen le pouvoir d'intervenir non seulement lorsqu'une erreur de droit a été commise mais aussi lorsqu'elles concluent que l'examen approprié des facteurs pertinents mène à un résultat différent.

En résumé, je conclus que la juridiction d'examen doit fonder sa révision sur les conclusions de fait du juge du tribunal pour adolescents et respecter son évaluation de la preuve. Elle doit ensuite appliquer à cette preuve les facteurs énumérés au par. 16(2). Dans cette dernière démarche, elle ne se borne pas à se demander si le juge du tribunal pour adolescents a commis une erreur, mais doit effectuer une évaluation indépendante à partir des conclusions de fait du juge du tribunal pour adolescents. Le résultat de cette évaluation aura pour effet de confirmer ou d'infirmer la décision du tribunal pour adolescents.

À mon avis, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que la Loi lui conférait le pouvoir discrétionnaire d'évaluer de façon indépendante la question de savoir s'il y avait lieu de rendre une ordonnance de renvoi.

3. *Whether the Court of Appeal Erred in Application of the Relevant Factors*

The appellant submits that the court erred in its application of the factors relevant to transfer from Youth Court to ordinary court under the *Young Offenders Act*.

He contends that in considering what is "in the interests of society" under the Act, the Court of Appeal placed too much emphasis on the need to protect the public by securing the lengthy incarceration of those who commit heinous crimes, and too little emphasis on the public interest in the rehabilitation of the young person. He submits that, having stated the relevant considerations, the Court of Appeal went on to focus unduly on the age of the appellant (almost adult), the seriousness of the offence, and the perceived inadequacy of the maximum sentence under the *Young Offenders Act*. The appellant argues that the Court of Appeal was more concerned with the inadequacy of the penalty under the *Young Offenders Act* than with the adequacy of the youth versus the adult system in light of all the factors set out in the Act.

The reasons of the Court of Appeal support the suggestion that the court considered the seriousness of the offence to be an important factor. The age of the accused and the inappropriateness of a three-year sentence, given the heinous nature of the alleged crimes, also bulked large in its deliberations. But the reasons also demonstrate that the court properly bore in mind all the factors which must be considered under s. 16. Under the Act, the Court of Appeal was required to review the decision below, independently balance the factors prescribed by the Act, and, in the exercise of its discretion, make a determination. It did precisely that.

I am not satisfied that the Court of Appeal erred either in its statement of the relevant factors or its application of them. It is inevitable that in the course of the review, some factors will assume

3. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans l'application des facteurs pertinents?*

L'appellant soutient que la cour a commis une erreur dans l'application des facteurs pertinents au renvoi du tribunal pour adolescents à la juridiction normalement compétente, en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Il prétend qu'en considérant ce qui est «dans l'intérêt de la société» en application de la Loi, la Cour d'appel a accordé trop d'importance à la nécessité de protéger le public grâce à une incarcération plus longue de ceux qui commettent des crimes odieux mais n'a pas accordé assez d'importance à l'intérêt du public dans la réadaptation des adolescents. Il prétend que, après avoir mentionné les facteurs pertinents, la Cour d'appel a trop insisté sur l'âge de l'appellant (qui est presque un adulte), sur la gravité de l'infraction et sur le caractère jugé inadéquat de la peine maximale prévue en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. L'appellant soutient que la Cour d'appel s'est préoccupée davantage du caractère inadéquat de la peine prévue par la *Loi sur les jeunes contrevenants* que de l'opportunité d'avoir recours au système conçu pour les adolescents plutôt qu'au système des adultes, compte tenu de tous les facteurs établis dans la Loi.

Les motifs de la Cour d'appel permettent de penser qu'elle a considéré la gravité de l'infraction comme un facteur important. L'âge de l'accusé et le caractère inadéquat de la peine de trois ans, compte tenu de la nature odieuse des crimes reprochés, ont également occupé une large place dans ses délibérations. Cependant, les motifs indiquent également que la cour a correctement tenu compte de tous les facteurs qui doivent être examinés en vertu de l'art. 16. En vertu de la Loi, la Cour d'appel devait réviser la décision du tribunal d'instance inférieure, soupeser de façon indépendante les facteurs établis par la Loi et, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, rendre une décision. C'est exactement ce qu'elle a fait.

Je ne suis pas convaincue que la Cour d'appel a commis une erreur ni dans la formulation des facteurs pertinents ni dans leur application. Il est inévitable qu'au cours de l'examen certains fac-



greater importance than others, depending on the nature of the case and the viewpoint of the tribunal in question. The Act does not require that all factors be given equal weight, but only that each be considered.

It must be borne in mind that this Court has no power to substitute its discretion for that of the court below. The *Young Offenders Act* confers no independent discretion on this Court; our jurisdiction is limited to correction of error in the proceedings below. For this reason, it would be inappropriate for this Court to enter on the question of whether it would have decided the matter differently had the Act granted to it an independent discretion.

I am not persuaded that the Court of Appeal erred in the application of the relevant factors in the case on appeal.

#### Conclusion

I would dismiss the appeal.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—Having had the benefit of reading the opinion of my colleague, Justice McLachlin, with deference, I am unable to subscribe to her conclusions with respect to any of the three points in issue, nor can I agree with her disposition of this appeal.

All the issues raised here involve the interpretation of the provisions of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110. That legislation gives expression to certain values which, to be fully appreciated, must in my view be considered in light of the history of the Act which dates back to the turn of the century.

Parliament's legislative commitment to the separate treatment of young offenders first appeared in *An Act respecting Arrest, Trial and Imprisonment of Youthful Offenders*, S.C. 1894, c. 58. This commitment is evident in the words of the preamble, the relevant part of which stated:

teurs occupent une plus grande place que d'autres, selon la nature de l'affaire et le point de vue du tribunal en question. La Loi n'exige pas qu'on accorde la même importance à tous les facteurs, <sup>a</sup> mais seulement que chacun soit considéré.

Il ne faut pas oublier que notre Cour n'a pas le pouvoir de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du tribunal d'instance inférieure. La *Loi sur les jeunes contrevenants* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire indépendant à notre Cour; notre compétence se limite à la rectification d'erreurs dans la procédure des tribunaux d'instance inférieure. Pour ce motif, il serait inopportun pour <sup>c</sup> notre Cour de se prononcer sur la question de savoir si elle aurait rendu une décision différente si la Loi lui avait conféré un pouvoir discrétionnaire indépendant.

<sup>d</sup> Je ne suis pas convaincue que la Cour d'appel a commis une erreur dans l'application des facteurs pertinents en l'espèce.

#### Conclusion

<sup>e</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

<sup>f</sup> LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de ma collègue le juge McLachlin et, en toute déférence, je ne puis souscrire à ses conclusions sur les trois questions en litige ni au résultat qu'elle <sup>g</sup> propose.

Toutes les questions que soulève ce pourvoi ont trait à l'interprétation des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110. Cette loi exprime certaines valeurs qui, pour être bien comprises, doivent être examinées, à mon avis, à la lumière de son historique législatif qui remonte à la fin du siècle dernier.

<sup>i</sup> L'objectif législatif du Parlement d'accorder un traitement distinct aux jeunes contrevenants est d'abord apparu dans *l'Acte concernant l'arrestation, le procès et l'emprisonnement des jeunes délinquants*, S.C. 1894, chap. 58. Cet objectif <sup>j</sup> ressort clairement du préambule dont la partie pertinente se lisait:

WHEREAS it is desirable to make provision for the separation of youthful offenders from contact with older offenders and habitual criminals during their arrest and trial, and to make better provision than now exists for their commitment to places where they may be reformed and trained to useful lives, instead of their being imprisoned . . .

Provisions were made by s. 2 for the separate treatment of persons aged under sixteen involved in the criminal process:

2. Young persons apparently under the age of sixteen years who are:—

- (a.) arrested upon any warrant; or
- (b.) committed to custody at any stage of a preliminary enquiry into a charge for an indictable offence; or
- (c.) committed to custody at any stage of a trial, either for an indictable offence or for an offence punishable on summary conviction; or

(d.) committed to custody after such trial, but before imprisonment under sentence,—

shall be kept in custody separate from older persons charged with criminal offences and separate from all persons undergoing sentences of imprisonment, and shall not be confined in the lock-ups or police stations with older persons charged with criminal offences or with ordinary criminals.

These mandatory provisions covered the criminal process in its entirety, save for one notable exception: sentencing. Under s. 3 of the Act, where any child “appearing . . . to be under the age of fourteen years” was convicted of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction, the court “instead of sentencing the child to any imprisonment provided by law in such case, may order that the child shall be committed to the charge of any home for destitute and neglected children”. (Emphasis added.) There was at that time no statutory duty not to sentence youths to adult prisons.

CONSIDÉRANT qu'il est désirable d'établir des dispositions pour soustraire les jeunes délinquants, durant leur arrestation et leur procès, au contact des délinquants plus âgés et des criminels d'habitude, et d'établir de meilleures dispositions pour les envoyer dans des lieux où ils puissent être réformés et apprendre à employer leur vie utilement, au lieu de les envoyer en prison . . .

L'article 2 prévoyait un traitement distinct pour les personnes âgées de moins de seize ans impliquées dans une instance criminelle:

2. Les jeunes délinquants paraissant âgés de moins de seize ans, qui seront:—

- (a) Appréhendés en vertu d'un mandat; ou
- (b) Envoyés en prison à toute période d'une enquête préliminaire sur accusation d'infraction poursuivable par voie de mise en accusation; ou
- (c) Envoyés en prison à toute période d'un procès pour infraction poursuivable par voie de mise en accusation, ou pour infraction punissable par voie de conviction sommaire; ou

(d) Envoyés en prison après leur procès, mais avant le prononcé de la condamnation,—seront détenus à part des personnes plus âgées inculpées de crimes et délits, et à part de toutes personnes subissant une sentence d'emprisonnement; et ils ne seront point envoyés dans des lieux d'arrêt ou stations de police avec les personnes plus âgées accusées de crimes ou avec les criminels ordinaires.

Ces dispositions obligatoires s'appliquaient à toute la procédure criminelle sous réserve d'une exception notable: la détermination de la peine. L'article 3 de cette loi était à l'effet que, si un enfant «paraissant avoir moins de quatorze ans» est déclaré coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable par voie sommaire, la cour «au lieu de condamner l'enfant à l'emprisonnement décrété par la loi en tel cas, pourra ordonner que l'enfant soit confié à un asile pour les enfants nécessiteux et abandonnés». (Je souligne.) À cette époque, il n'existait pas d'obligation légale de ne pas condamner les adolescents à la prison pour adultes.

The 1894 Act re-enacted s. 550 of the then *Criminal Code* and modified it to exclude youths from the "adult" criminal trial process:

**550.** The trials of young persons apparently under the age of sixteen years, shall take place without publicity and separately and apart from the trials of other accused persons, and at suitable times to be designated and appointed for that purpose.

The law remained substantially the same through the turn of the century. The *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1906, c. 148, adopted the 1894 legislation in great part. The age where it became possible (but still not mandatory) to sentence a youth to a special home was raised to sixteen.

The first legislation providing for the establishment of youth courts and a mandatory sentencing to special rehabilitative homes for youthful offenders appeared in *The Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40. The preamble of that legislation paralleled the preamble of the 1894 statute and read as follows:

WHEREAS it is inexpedient that youthful offenders should be classed or dealt with as ordinary criminals, the welfare of the community demanding that they should on the contrary be guarded against association with crime and criminals, and should be subjected to such wise care, treatment and control as will tend to check their evil tendencies and to strengthen their better instincts . . . [Emphasis added.]

The objectives of treatment and rehabilitation are further apparent from the following interpretation provision:

**31.** This Act shall be liberally construed to the end that its purpose may be carried out, to wit: That the care and custody and discipline of a juvenile delinquent shall approximate as nearly as may be that which should be given by its parents, and that as far as practicable every juvenile delinquent shall be treated, not as a criminal, but as a misdirected and misguided child, and one needing aid, encouragement, help and assistance.

Parliament's enduring commitment to the separate treatment of juvenile offenders was furthered by the establishment of juvenile courts as courts of original jurisdiction for the processing of young offenders. The 1908 legislation also provided for the procedure of summary trial which is still in

La loi de 1894 réédicte l'art. 550 du *Code criminel* de l'époque et le modifiait pour exclure les adolescents de la procédure criminelle applicable aux «adultes»:

**550.** Le procès des jeunes délinquants paraissant âgés de moins de seize ans aura lieu sans publicité, et séparément et à part des procès des autres accusés, à des heures convenables, qui seront désignées et fixées à cette fin.

La Loi est demeurée essentiellement la même jusqu'au début de notre siècle. La *Loi des prisons publiques et de réforme*, S.R.C. 1906, chap. 148, a repris en grande partie la loi de 1894. L'âge à partir duquel il était possible (mais non obligatoire) d'ordonner que l'enfant soit confié à un foyer spécial était porté à seize ans par cette loi.

La *Loi des jeunes délinquants, 1908*, S.C. 1908, chap. 40, est la première loi à prévoir la création de tribunaux pour adolescents et, à titre de peine, leur renvoi obligatoire dans des foyers spéciaux de réadaptation. Le préambule de cette loi était l'équivalent du préambule de la loi de 1894 et se lisait ainsi:

CONSIDÉRANT qu'il n'est pas à propos que les jeunes délinquants soient classés ou traités comme les criminels ordinaires, le bien de la société demandant au contraire qu'ils ne soient pas mis en contact avec les criminels et qu'ils soient soumis à une surveillance, à un traitement et à un contrôle éclairés tendant à réprimer leurs inclinations mauvaises et affermir leurs meilleurs instincts . . . [Je souligne.]

Les objectifs de traitement et de réadaptation ressortent encore plus clairement de la disposition interprétative suivante:

**31.** La présente loi doit être libéralement interprétée afin que son objet puisse être atteint, savoir: que le soin, la surveillance et la discipline d'un jeune délinquant ressemblent autant que possible à ceux qui lui seraient donnés par ses parents, et que, autant qu'il est praticable, chaque jeune délinquant soit traité, non comme un criminel, mais comme un enfant mal dirigé, ayant besoin d'aide, d'encouragement et de secours.

L'objectif constant du Parlement d'un traitement séparé des jeunes contrevenants s'est concrétisé par la création de cours des jeunes délinquants comme tribunaux de première instance compétents à l'égard des jeunes contrevenants. La loi de 1908 prévoyait également la procédure sommaire du

essence used today. While the Juvenile Court had exclusive jurisdiction in respect of offences committed by youths, a transfer to the "adult" system was possible in exceptional circumstances:

22. No juvenile delinquent shall, under any circumstances, upon or after conviction, be sentenced to or incarcerated in any penitentiary, or county or other jail, or police station, or any other place in which adults are or may be imprisoned.

2. This section shall not apply to a child who has been proceeded against under the provisions of section 7 of this Act.

7. Where the act complained of is, under the provisions of *The Criminal Code* or otherwise, an indictable offence, and the accused child is apparently or actually over the age of fourteen years, the court [i.e., the Juvenile Court] may, in its discretion, order the child to be proceeded against by indictment in the ordinary courts in accordance with the provisions of *The Criminal Code* in that behalf; but such course shall in no case be followed unless the court is of the opinion that the good of the child and the interest of the community demand it. The court may, in its discretion, at any time before any proceeding has been initiated against the child in the ordinary criminal courts, rescind an order so made. [Emphasis added.]

I note parenthetically that the "interest of the community" referred to in s. 7 and the "welfare of the community", referred to in the preamble, appear to be corresponding expressions. In the preamble, the expression "welfare of the community" is described as encompassing society's interest in the reformation of youthful offenders. The "interest of the community" would appear to comprise that reformatory or rehabilitative interest as well.

The *Juvenile Delinquents Act, 1908* applied to any boy or girl apparently or actually under the age of sixteen years.

The 1908 legislation provided for no specific right of appeal against a transfer hearing decision. Rather, as set out in the second sentence of s. 7, the Juvenile Court judge retained jurisdiction to rescind the previous order. However, in 1929 (*The Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46),

procès qui est, pour l'essentiel, encore utilisée aujourd'hui. Même si la cour des jeunes délinquants avait compétence exclusive en ce qui concerne les infractions commises par des adolescents, il était possible de transférer l'adolescent devant le système pour «adultes» dans des circonstances exceptionnelles:

22. Nul jeune délinquant ne doit, en aucunes circonstances, sur ou après sa conviction, être condamné à être incarcéré dans un pénitencier, prison de comté ou autre, poste de police ou autre endroit, dans lequel des adultes sont ou peuvent être emprisonnés.

2. Cet article ne s'applique pas à un enfant qui a été poursuivi en vertu des dispositions de l'article 7 de la présente loi.

7. Lorsque l'infraction qui fait le sujet de la plainte est, aux termes des dispositions du Code criminel ou autrement, un acte criminel, et que l'enfant accusé est apparemment ou effectivement âgé de plus de quatorze ans, la cour [c.-à-d. la Cour des jeunes délinquants] peut, à sa discrétion, mais seulement si elle est d'avis que le bien de l'enfant et l'intérêt de la société l'exigent, ordonner que cet enfant soit poursuivi par voie d'accusation dans les cours ordinaires, conformément aux dispositions du Code criminel. La cour peut, à sa discrétion, en tout temps avant l'institution de procédures contre l'enfant dans les cours criminelles ordinaires, révoquer cet ordre. [Je souligne.]

Je signale au passage que l'expression «l'intérêt de la société», à l'art. 7 et l'expression «le bien de la société» qui se retrouve au préambule, semblent être équivalentes. Selon le préambule, l'expression «le bien de la société» englobe l'intérêt de la société à la réformation des jeunes contrevenants. «L'intérêt de la société» semble également comprendre les objectifs de réformation et de réadaptation.

La *Loi des jeunes délinquants, 1908* s'appliquait aux garçons et aux filles qui avaient ou paraissaient avoir moins de seize ans.

La loi de 1908 ne prévoyait aucun droit d'appel spécifique contre une décision relative à un renvoi. Plutôt, comme il ressort de la deuxième phrase de l'art. 7, le juge de la Cour des jeunes délinquants avait toujours compétence pour révoquer l'ordonnance antérieure. Cependant en 1929 (*Loi des*

such decision fell under the general right of appeal provided in s. 37:

37. (1) A Supreme Court judge may, in his discretion, on special grounds, grant special leave to appeal from any decision of the Juvenile Court . . .

(2) No leave to appeal shall be granted under the provisions of this section unless the judge or court granting such leave considers that in the particular circumstances of the case it is essential in the public interest or for the due administration of justice that such leave be granted.

Sections 22 and 31 of the 1908 legislation remained unaltered through the 1927 revision (R.S.C. 1927, c. 108), except that they were renumbered 23 and 33, respectively. Likewise, the provisions remained substantially the same through the re-enactment of the legislation as *The Juvenile Delinquents Act, 1929*. In that re-enactment, old ss. 7, 23 and 33 were renumbered 9, 26 and 38, respectively. The transfer provision (s. 9), the separate treatment provision (s. 26) and the interpretation clause (s. 38) remained untouched through 1952 (R.S.C. 1952, c. 160), and through 1970 (R.S.C. 1970, c. J-3). Thus, the dispositions of the 1908 legislation survived for nearly 75 years, until the current legislation, the *Young Offenders Act*, was enacted on July 7, 1982 and proclaimed in force on April 2, 1984.

The 1982 Act increased the age of young persons covered by the legislation to apply to persons who are, or, in the absence of evidence to the contrary, appear to be, under eighteen years of age, in a province where no proclamation has specified an age of sixteen or seventeen (s. 2(1)). Another modification concerned the interpretation clause, originally found in s. 31 of *The Juvenile Delinquents Act, 1908*, which was substantially broadened by the addition of a statement of policy objectives:

3. (1) It is hereby recognized and declared that

(a) while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults,

*jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, chap. 46), cette décision était visée par le droit d'appel général prévu à l'art. 37:

37. (1) Un juge de la Cour suprême peut, à sa discrétion et pour des motifs extraordinaires, accorder une permission spéciale d'interjeter appel de toute décision de la cour pour jeunes délinquants . . .

(2) Aucune permission d'interjeter appel ne doit être accordée sous le régime des dispositions du présent article à moins que le juge de la cour qui accorde permission ne considère que dans les circonstances particulières du cas il est essentiel dans l'intérêt public ou pour la bonne administration de la justice que cette permission soit accordée.

Les articles 22 et 31 de la loi de 1908 n'ont pas été modifiés à l'occasion de la révision de 1927 (S.R.C. 1927, chap. 108) mais ont été respectivement renumérotés 23 et 33. De même, les dispositions sont demeurées essentiellement les mêmes lors de la réadoption de la loi sous le titre *Loi des jeunes délinquants, 1929*. Dans cette dernière loi, les anciens art. 7, 23 et 33 ont été respectivement renumérotés 9, 26 et 38. La disposition portant sur le renvoi (art. 9), la disposition portant sur le traitement distinct (art. 26) et la disposition d'interprétation (art. 38) sont restées intactes jusqu'en 1952 (S.R.C. 1952, chap. 160) et en 1970 (S.R.C. 1970, chap. J-3). Les dispositions de la loi de 1908 ont donc survécu près de 75 ans, jusqu'à l'adoption, le 7 juillet 1982, de la loi actuelle, la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui est entrée en vigueur le 2 avril 1984.

La loi de 1982 a augmenté l'âge des adolescents concernés par la loi et vise les personnes qui, en l'absence de preuve contraire, paraissent avoir moins de dix-huit ans dans les provinces où aucune proclamation n'a fixé l'âge à seize ou dix-sept ans (par. 2(1)). Une autre modification concerne la disposition interprétative qui se trouvait, à l'origine, à l'art. 31 de la *Loi des jeunes délinquants, 1908*, et qui a été considérablement élargie par l'addition d'une déclaration de principes:

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

a) les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les

young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions;

(b) society must, although it has the responsibility to take reasonable measures to prevent criminal conduct by young persons, be afforded the necessary protection from illegal behaviour;

(c) young persons who commit offences require supervision, discipline and control, but, because of their state of dependency and level of development and maturity, they also have special needs and require guidance and assistance;

(d) where it is not inconsistent with the protection of society, taking no measures or taking measures other than judicial proceedings under this Act should be considered for dealing with young persons who have committed offences;

(2) This Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

The legislation adopted in 1982 maintains the exclusive jurisdiction of the Youth Court as a general rule with the exceptional possibility of a transfer to the ordinary courts. The test to be applied by the Youth Court judge was slightly redrafted and specific criteria, absent from the previous enactment, were set out in the new transfer provisions:

16. (1) At any time after an information is laid against a young person alleged to have, after attaining the age of fourteen years, committed an indictable offence other than an offence referred to in section 483 of the *Criminal Code* [offences for which the jurisdiction of Provincial Court judges is absolute] but prior to adjudication, a youth court may, on application of the young person or his counsel, or the Attorney General or his agent, after affording both parties and the parents of the young person an opportunity to be heard, if the court is of the opinion that, in the interest of society and having regard to the needs of the young person, the young person should be proceeded against in ordinary court, order that the young person be so proceeded against in accordance with the law ordinarily applicable to an adult charged with the offence.

(2) In considering an application under subsection (1) in respect of a young person, a youth court shall take into account

jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits;

b) la société, bien qu'elle doive prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour prévenir la conduite criminelle chez les adolescents, doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite;

c) la situation des jeunes contrevenants requiert surveillance, discipline et encadrement; toutefois, l'état de dépendance où ils se trouvent, leur degré de développement et de maturité leur créent des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance;

d) il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager, s'il est décidé d'agir, la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, compte tenu de la protection de la société;

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

La loi adoptée en 1982 maintient la règle générale de la compétence exclusive du tribunal pour adolescents, ainsi que la possibilité, dans des cas exceptionnels, d'un renvoi devant la juridiction normalement compétente. Les critères que doit appliquer le juge du tribunal pour adolescents ont été légèrement modifiés et des critères précis, qui ne se trouvaient pas dans l'ancienne loi, ont été énoncés dans les nouvelles dispositions relatives au renvoi:

16. (1) Dans les cas où l'adolescent, qui, à la suite d'une dénonciation, se voit imputer un acte criminel autre que celui visé à l'article 483 du *Code criminel* [infractions qui relèvent de la compétence absolue des juges des cours provinciales], qu'il aurait commis après avoir atteint l'âge de quatorze ans, le tribunal pour adolescents peut, en tout état de cause avant de rendre son jugement, sur demande de l'adolescent ou de son avocat, du procureur général ou de son représentant et après avoir donné aux deux parties et aux père et mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre, ordonner le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente pour qu'il y soit jugé en conformité avec les règles normalement applicables en la matière, s'il estime que, dans l'intérêt de la société et compte tenu des besoins de l'adolescent, le renvoi de la cause devant cette juridiction s'impose.

(2) Le tribunal pour adolescents saisi d'une demande présentée en vertu du paragraphe (1) et visant un adolescent, doit tenir compte des éléments suivants:

(a) the seriousness of the alleged offence and the circumstances in which it was allegedly committed;

(b) the age, maturity, character and background of the young person and any record or summary of previous findings of delinquency under the *Juvenile Delinquents Act* or previous findings of guilt under this or any other Act of Parliament or any regulation made thereunder;

(c) the adequacy of this Act, and the adequacy of the *Criminal Code* or other Act of Parliament that would apply in respect of the young person if an order were made under subsection (1), to meet the circumstances of the case;

(d) the availability of treatment or correctional resources;

(e) any representations made to the court by or on behalf of the young person or by the Attorney General or his agent; and

(f) any other factors that the court considers relevant.

That Act, in addition, makes specific allowance for the review of transfer hearing decisions and sets the standard of review in the following provisions:

16. ...

(9) Subject to subsection (11), an order made in respect of a young person under subsection (1) or a refusal to make such an order shall, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the youth court, be reviewed by the superior court and that court may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the youth court.

(10) A decision made in respect of a young person by a superior court under subsection (9) may, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the superior court, with the leave of the court of appeal, be reviewed by that court, and the court of appeal may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the superior court.

Those two sections, ss. 3 and 16, which have not been amended since their enactment in 1982, are at the heart of the present appeal.

This brief legislative history of the provisions of the *Young Offenders Act* amply demonstrates that for nearly one hundred years Parliament has committed itself to the separate treatment and

a) la gravité de l'infraction et ses circonstances;

b) l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent, de même que tout résumé des délits antérieurs relevant de la *Loi sur les jeunes délinquants* ou des déclarations de culpabilités antérieures intervenues dans le cadre de la présente loi, ou de toute autre loi du Parlement ou de leurs règlements d'application;

c) l'opportunité, compte tenu des circonstances de l'espèce, de soumettre l'adolescent à la présente loi ou au *Code criminel* ou à une autre loi du Parlement, si une ordonnance était rendue en conformité avec le paragraphe (1);

d) l'existence de moyens de traitement ou de réadaptation;

e) les observations qui lui ont été présentées par l'adolescent ou en son nom, par le procureur général ou par le représentant de celui-ci;

f) tous autres éléments qu'il considère pertinents.

En outre, la Loi prévoit expressément la révision des décisions relatives aux demandes de transfert et énonce le test de cette révision, dans les dispositions suivantes:

16. ...

(9) Sous réserve du paragraphe (11), l'ordonnance concernant un adolescent rendue en vertu du paragraphe (1) ainsi que le refus de rendre une telle ordonnance sont, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, examinés par la cour supérieure. La cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision du tribunal pour adolescents.

(10) La décision concernant un adolescent rendue par une cour supérieure en vertu du paragraphe (9) peut, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, et avec la permission de la cour d'appel, être révisée par celle-ci. La cour d'appel dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision de la Cour supérieure.

Les deux articles, 3 et 16, qui n'ont pas été modifiés depuis leur adoption en 1982, sont au cœur du présent pourvoi.

Ce bref rappel historique des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* démontre amplement que, depuis près de cent ans, l'objectif du Parlement a été d'accorder aux jeunes contreve-

rehabilitation of young persons involved in the criminal process. The underlying philosophy has been from the beginning that it is in society's interest to assist young offenders "to strengthen their better instincts". An attempt is made through the legislation to "prevent these juveniles to become prospective criminals and to assist them to be law-abiding citizens" (*Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702, at p. 710). For the effective pursuit of this general objective, Parliament and the legislatures have joined in an effort to establish specialized tribunals and provide funding for facilities such as detention centers and rehabilitation programs. While in 1982 the legislation was revised, the fundamental values remained and permeate the provisions of the Act.

This brings me to the transfer provisions of the Act here in question. The discussion will focus on the three main issues: the burden of proof, the scope of review and the test for transfer.

### I—Burden of Proof

Commenting on the nature of transfer, in 1965, the Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency predicted: "Waiver is, and is likely to remain, an exceptional procedure" (*Juvenile Delinquency in Canada*, at p. 84). This forecast rests on policy assumptions still appropriate today. The decision to release the youth to the ordinary criminal enforcement process represents an abdication by the youth system of its exclusive jurisdiction to deal with young offenders. The immediate consequence of a decision to transfer is to strip the youth of his entitlement to the special accommodations made by the statute in its objective of treatment and care. This is noted by M. M. Bowker, a former Juvenile Court judge and respected authority in the field, in "Waiver of Juveniles to Adult Court Under the Juvenile Delinquents Act: Applicability of Principles to Young Offenders Act" (1987), 29 *Crim. L.Q.* 368. After emphasizing the rule, previously embodied in s. 4 of the *Juvenile Delinquents Act* and today expressed in s. 5 of the *Young Offenders Act*, that the Youth Court is exclusively seized in respect of offences

nants impliqués dans une instance criminelle un traitement et des moyens de réadaptation distincts. Depuis les tout débuts, la philosophie sous-jacente est qu'il est dans l'intérêt de la société d'aider les jeunes contrevenants à «affermir leurs meilleurs instincts». On tente donc par l'intermédiaire de la loi [TRADUCTION] «d'empêcher ces jeunes contrevenants de devenir de futurs criminels et de les aider à devenir des citoyens respectueux de la loi» (*Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702, à la p. 710). Afin de réaliser pleinement cet objectif général, le Parlement et les assemblées législatives ont conjugué leurs efforts pour établir des tribunaux spécialisés et financer certains services, comme les centres de détention et les programmes de réadaptation. Bien que la Loi ait été révisée en 1982, les valeurs fondamentales demeurent et imprègnent toutes ses dispositions.

Cela m'amène à discuter les dispositions de la Loi relatives au renvoi qui sont en cause ici. L'analyse va porter sur trois questions principales: le fardeau de preuve, la portée de la révision et les critères de renvoi.

### I—Le fardeau de preuve

Dans ses remarques sur la nature du renvoi, le Comité du ministère de la Justice sur la délinquance juvénile a prédit en 1965: «L'abandon du pouvoir juridictionnel demeure et demeurera probablement un procédé exceptionnel» (*Délinquance juvénile au Canada*, aux pp. 93 et 94). Cette prédiction repose sur des considérations de principe qui sont toujours valables aujourd'hui. La décision de soumettre le jeune contrevenant à la procédure normalement applicable en droit criminel représente une abdication du système pour adolescents de sa compétence exclusive sur les jeunes contrevenants. La décision de renvoi a pour conséquence immédiate de priver l'adolescent de son droit aux arrangements spéciaux prévus par la Loi dans le but de le traiter et de le soigner. Ce fait est noté par M. M. Bowker, ex-juge de la Cour des jeunes délinquants et auteur respecté dans le domaine, dans son article intitulé «Waiver of Juveniles to Adult Court Under the Juvenile Delinquents Act: Applicability of Principles to Young Offenders Act» (1987), 29 *Crim. L.Q.* 368. Après avoir souligné la règle énoncée auparavant à l'art.



alleged to have been committed by young persons, the author explains (at p. 372):

The only exception to this general rule is contained in the waiver or transfer provisions in the respective Acts. Only in special circumstances are young persons to be deprived of the benefits and protections to which they are entitled under those Acts. Such advantages include protection from publicity, private trials, limited public access to court records and less stringent penalties upon conviction.

Transfer deprives the youths of their entitlement to the rehabilitative philosophy and treatment resources of the system specially designed to meet their needs. In this sense, as was noted by the Supreme Court of the United States in *Kent v. United States*, 383 U.S. 541 (1966), at p. 556: "the waiver of jurisdiction is a "critically important" action determining vitally important statutory rights of the juvenile".

The exceptional nature of transfer was recognized in the drafting of the *Young Offenders Act*. According to the report prepared in 1975 by the Solicitor General's Committee on Proposals for new legislation to replace the Juvenile Delinquents Act (*Young Persons in Conflict with the Law*, at p. 38):

The provision for transfer is based on the assumption that there are cases in which the general intent of the Juvenile Delinquents Act must be overridden because some aspect of the case demands an exception to the philosophy or practices of the juvenile court.

Because treatment within the system is the rule, and transfer the exception, it follows that the person applying for a transfer bears the burden of establishing that the conditions of the transfer are made out. This burden is laid out in s. 16(1). The applicant must establish to the satisfaction of the Youth Court that:

4 de la *Loi sur les jeunes délinquants* et aujourd'hui à l'art. 5 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, selon laquelle le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour les infractions perpétrées par des adolescents, l'auteur explique (à la p. 372):

[TRADUCTION] La seule exception à cette règle générale est prévue dans les dispositions de ces lois sur la renonciation ou le renvoi. Ce n'est que dans des circonstances spéciales que les adolescents doivent être privés des avantages et des protections auxquels ils ont droit en vertu de ces lois. Parmi ces avantages, il y a l'absence de publicité, le huis clos, l'accès restreint du public aux dossiers judiciaires et la moindre sévérité des peines imposées sur déclaration de culpabilité.

Le renvoi prive les adolescents de leur droit à la philosophie particulière à la réadaptation et aux modalités de traitement qu'offre un système conçu spécialement pour répondre à leurs besoins. En ce sens, comme le faisait observer la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Kent v. United States*, 383 U.S. 541 (1966), à la p. 556: [TRADUCTION] «l'abandon de la compétence est un acte «d'une importance critique» qui a des conséquences sur des droits d'une importance vitale pour l'adolescent».

La nature exceptionnelle du renvoi a été reconnue lors de la rédaction de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Selon un rapport préparé en 1975 par le Comité du ministre du Solliciteur général sur les propositions formulées en remplacement de la *Loi sur les jeunes délinquants* (*Loi sur les Jeunes qui ont des démêlés avec la Justice*, à la p. 38):

La disposition prévoyant le renvoi repose sur l'hypothèse qu'il y a des cas où l'esprit de la *Loi sur les jeunes délinquants* doit être dépassé, parce qu'un certain aspect du cas exige que l'on déroge à la philosophie ou aux pratiques de la cour pour jeunes délinquants.

Puisque le traitement au sein du système est la règle et le renvoi l'exception, la personne qui demande le renvoi a le fardeau d'établir que les conditions de ce renvoi existent. Ce fardeau est prévu au par. 16(1). Le requérant doit convaincre le tribunal pour adolescents que, selon le texte anglais:

... in the interest of society and having regard to the needs of the young person, the young person should be proceeded against in the ordinary court... [Emphasis added.]

The French text of that section seems to be more stringent:

... le tribunal pour adolescents peut [...] ordonner le renvoi de l'adolescent [...] s'il estime que, dans l'intérêt de la société et compte tenu des besoins de l'adolescent, le renvoi de la cause devant cette juridiction s'impose. [Emphasis added.]

In the previous Act, s. 9 specified that

... such course [transfer] shall in no case be followed unless the court is of the opinion that the good of the child and the interest of the community demand it. [Emphasis added.]

The word "demand", taken in isolation, may appear to be a more exacting standard than is indicated today by the word "should". However, it does not follow that the change in wording from s. 9 of the *Juvenile Delinquents Act* to s. 16(1) of the *Young Offenders Act* evidences an intention to relax the onus of persuasion to bear on the Youth Court judge.

To begin with, the French text of s. 9 of the previous Act read as follows:

... cette mesure [transfer] ne doit être prise que lorsque la cour est d'avis que le bien de l'enfant et l'intérêt de la société l'exigent. [Emphasis added.]

Both the words "exigent" in the previous Act and "s'impose" in the current legislation connote a strong sense of necessity. They imply that transfer is imperative, that it is the only possible solution. In *Le Grand Robert de la langue française* (1986), one finds the following definitions:

[TRANSLATION] **REQUIRE** ... 1. Make a peremptory request ... 2. Render indispensable, unavoidable, obligatory ...

**IMPOSE** ... II. 1. ... (c) **BE UNAVOIDABLE** ... Have to be accepted, be unable to be refused. *Choice, solution, necessity which is unavoidable.*

Thus the imperative nature of the French text in the previous Act was preserved in the current legislation.

... in the interest of society and having regard to the needs of the young person, the young person should be proceeded against in the ordinary court... [Je souligne].

<sup>a</sup> Le texte français de cet article paraît plus exigeant:

... le tribunal pour adolescents peut [...] ordonner le renvoi de l'adolescent [...] s'il estime que, dans l'intérêt de la société et compte tenu des besoins de l'adolescent, le renvoi de la cause devant cette juridiction s'impose. [Je souligne.]

Dans la loi antérieure, l'art. 9 prévoyait, en anglais:

<sup>c</sup> ... such course [le renvoi] shall in no case be followed unless the court is of the opinion that the good of the child and the interest of the community demand it. [Je souligne.]

<sup>d</sup> Le terme anglais «demand», pris isolément, peut sembler constituer une norme plus exigeante que celle qui aujourd'hui est rendue par le terme anglais «should». Cependant, cela ne signifie pas que la formulation différente de l'art. 9 de la *Loi sur les jeunes délinquants* et du par. 16(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* implique une intention d'alléger le fardeau de preuve devant le juge du tribunal pour adolescents.

<sup>f</sup> En premier lieu, la version française de l'art. 9 de l'ancienne loi se lisait ainsi:

... cette mesure [le renvoi] ne doit être prise que lorsque la cour est d'avis que le bien de l'enfant et l'intérêt de la société l'exigent. [Je souligne.]

Les termes «exigent» de l'ancienne loi et «s'impose» dans la loi actuelle impliquent une notion d'impérieuse nécessité. Ils signifient que le renvoi est alors impératif, que c'est la seule solution possible. Le *Grand Robert de la langue française* (1986) donne les définitions suivantes:

**EXIGER** ... 1. Demander impérativement ... 2. Rendre indispensable, inévitable, obligatoire ...

<sup>i</sup> **IMPOSER** ... II. 1. ... (c) **S'IMPOSER** ... Devoir être accepté, ne pas pouvoir être refusé. *Choix, solution, nécessité qui s'impose.*

<sup>j</sup> Le caractère impératif de la version française de la loi antérieure est donc conservé dans la loi actuelle.

In addition, one must not lose sight of the other changes which were brought by s. 16. Under the previous Act, there were no explicitly stated criteria for the assessment of whether a transfer should be ordered. The new Act of course provides in s. 16(2) for a fairly detailed list of factors which the Youth Court judge must now take into account. The new Act directs the judge to consider a pre-disposition report (s. 16(3)). It also imposes a duty on the judge to state the reasons for decision, which was not previously required (s. 16(5)). In this context, the judge's discretion was much wider under the previous legislation. This is noted by Bowker, when she writes (*loc. cit.*, at pp. 379-80):

The wording under the new Act would appear less stringent in terms of proof than was so under the former Act. However, it would be inappropriate to assume that under the new Act waiver is likely to be more frequent. Such possibility is balanced by new legal safeguards, provided in the new Act, by guidelines for the court in reaching its opinion and the requirement that reasons be given by the court for either granting or refusing an order of waiver.

I agree with these comments. The new wording demands a burden just as strong as did the previous wording. Reading the French and the English texts together in order to find a common interpretation in accord with Parliament's intent and the basic philosophy of the legislation, including the exceptional nature of transfers, and having regard to all the requirements in s. 16, I am of the view that, under s. 16(1) of the *Young Offenders Act*, the transfer of a youth to the ordinary court must propose itself to the Youth Court judge's mind as the only appropriate solution.

In the case at bar, the Youth Division application considered that the burden on an applicant under s. 16(1) of the Act is a "heavy" one. Gerhart Prov. Ct. J. wrote:

It appears to the Court therefore that an application to waive a young person to adult court is in the nature of an exception, and is not merely routine because of the "seriousness" of the alleged offence. If that be so, then the onus on the Crown is not merely to demonstrate the

En outre, il ne faut pas perdre de vue les autres modifications apportées par l'art. 16. L'ancienne loi n'énonçait expressément aucun critère pour évaluer l'opportunité d'un renvoi. En revanche, la nouvelle loi donne, au par. 16(2), une liste très détaillée des éléments dont le juge du tribunal pour adolescents doit maintenant tenir compte. La nouvelle loi oblige le juge à prendre en considération le rapport prédécisionnel (art. 16(3)). Elle oblige également le juge à motiver sa décision, ce qui n'était pas requis auparavant (art. 16(5)). Dans ce contexte, le pouvoir discrétionnaire du juge était beaucoup plus large en vertu de l'ancienne loi. Bowker en fait la remarque lorsqu'elle écrit (*loc. cit.*, aux pp. 379 et 380):

[TRADUCTION] Le libellé de la nouvelle loi paraît moins exigeant en ce qui concerne la preuve que celui de l'ancienne loi. Cependant, il serait inexact de penser qu'en vertu de la nouvelle loi le renvoi sera probablement plus fréquent. Une telle possibilité est compensée par les nouvelles garanties juridiques prévues dans la nouvelle loi, par les directives données à la cour pour rendre sa décision et par l'obligation qui est faite au tribunal d'indiquer les motifs pour lesquels il accorde ou refuse une ordonnance de renvoi.

Je suis d'accord avec ces remarques. La nouvelle formulation impose un fardeau tout aussi important que l'ancienne. Après considération des versions française et anglaise dans la recherche d'une interprétation commune qui soit conforme à l'intention du Parlement, à l'esprit fondamental de la Loi ainsi qu'à la nature exceptionnelle des renvois, et tenant compte de toutes les conditions posées par l'art. 16, j'estime que le renvoi d'un adolescent à la juridiction normalement compétente, en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, doit s'imposer au juge du tribunal pour adolescents comme la seule solution appropriée.

Dans la présente instance, le tribunal pour adolescents a jugé que le fardeau de preuve incombant au requérant en vertu du par. 16(1) de la Loi était [TRADUCTION] «lourd». Le juge Gerhart de la Cour provinciale a écrit:

[TRADUCTION] La cour estime donc qu'une demande de renvoi d'un adolescent devant le tribunal pour adultes est de nature exceptionnelle et ne constitue pas une procédure de pure routine en raison de la «gravité» de l'infraction reprochée. S'il en est ainsi, le fardeau du

“seriousness” of the alleged offence, but also to bring evidence to demonstrate why, in the particular case, a waiver is required. [Emphasis added.]

The expression “heavy onus” does little to further the understanding of the true scope of s. 16(1). There is no need in my view to require the high standard of proof applicable in criminal matters, but no reason either to depart from the traditional civil standard of proof, that is, proof on the balance of probabilities. There are no ritualistic incantations or magical formulas to describe the onus. Whatever words are used, the burden falls squarely on the applicant to persuade the Youth Court that no solution other than transfer is appropriate in the circumstances of a particular case.

In the Court of Appeal (1987), 78 A.R. 309, Laycraft C.J.A. rejected the notion that the Crown was required to discharge a “heavy onus”, saying that “[t]hat term connotes some sort of emergency to which a transfer to adult court was the only possible answer” (p. 316). Instead, Laycraft C.J.A. preferred a lower threshold (at p. 316):

Unless a transfer order is made the case will remain in Youth Court; in this sense the Crown, which seeks to change the status quo, will not succeed unless it persuades the court that the balancing of the factors favours transfer. [Emphasis added.]

In my respectful view, that threshold is too low. It pays insufficient heed to the text of s. 16(1), particularly the French text and the additional requirements in s. 16, both of which imply that transfer must be necessary or imperative. It also fails to take into account the legislative history of the *Young Offenders Act*, the centennial commitment to the treatment of young offenders in a special enforcement system and the exceptional nature of transfer, which are all indicative of the intent of Parliament in adopting s. 16. This erroneous characterization by the Court of Appeal of an applicant’s onus did, in my view, pervade its

ministère public ne se limite donc pas à démontrer la «gravité» de l’infraction reprochée mais comporte aussi la présentation d’éléments de preuve pour établir que le renvoi s’impose. [Je souligne.]

<sup>a</sup> L’expression [TRADUCTION] «lourd fardeau» ne facilite pas beaucoup la compréhension de la portée véritable du par. 16(1). À mon avis, il n’est pas nécessaire d’exiger une norme de preuve aussi <sup>b</sup> élevée que dans les affaires criminelles, mais il n’y a aucune raison non plus de s’éloigner de la norme de preuve habituelle en matière civile, c’est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Il n’existe pas de formules rituelles ou magiques <sup>c</sup> pour décrire ce fardeau. Peu importe les mots utilisés, il incombe entièrement au requérant de convaincre le tribunal pour adolescents qu’il n’y a pas d’autres solutions appropriées que le renvoi <sup>d</sup> dans les circonstances particulières d’un cas donné.

En Cour d’appel (1987), 78 A.R. 309, le juge en chef Laycraft a rejeté l’idée que la poursuite était obligée de s’acquitter d’un [TRADUCTION] «lourd fardeau», en affirmant que [TRADUCTION] «[c]e terme laisse entendre qu’il y a une sorte d’urgence et que le renvoi devant un tribunal pour adultes est la seule solution possible» (p. 316). Le juge en chef Laycraft a retenu un critère moins sévère (à la p. 316):

[TRADUCTION] À moins qu’une ordonnance de renvoi ne soit rendue, le tribunal pour adolescents reste saisi de l’affaire; en ce sens, le ministère public qui veut modifier <sup>e</sup> le statu quo ne peut avoir gain de cause que s’il convainc la cour que les facteurs à considérer militent en faveur du renvoi. [Je souligne.]

En toute déférence, j’estime que ce critère n’est <sup>h</sup> pas assez rigoureux. Il ne tient pas suffisamment compte du libellé du par. 16(1), particulièrement de la version française et des exigences supplémentaires énoncées à l’art. 16 qui indiquent que le renvoi doit être nécessaire ou impératif. Il ne tient pas compte non plus de l’historique législatif de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ni de l’objectif centenaire de traiter les jeunes contrevenants dans un système spécial, ni de la nature exceptionnelle du renvoi, c’est-à-dire d’éléments qui illustrent bien quelle était l’intention du Parlement lorsqu’il a adopté l’art. 16. À mon avis, par cette qualifica-

assessment of the evidence relating to the elements to be considered in s. 16.

## II—Scope of Review

### *The Courts Below*

The Court of Queen's Bench adopted a restrictive interpretation of the scope of review allowed by s. 16(9) and (10) of the Act. Miller A.C.J.Q.B. exercised his discretion on the basis that no error had been committed by the Youth Division judge, either in fact or in law. He found that the Youth Division judge's decision should stand:

I would like to advise the accused and counsel, for the record, that in the interval since the matter was argued, I have spent several hours reading the transcript and the reports that were involved by the psychiatric experts. I have again read in detail the Reasons for Decision given by His Honour Judge Gerhart . . . Taking all of these matters into consideration as best I can, I have come to the conclusion that the learned Provincial judge did not err in the conclusion he came to. He, as I earlier mentioned, canvassed all of the balancing factors and the relevant principles, and I can find nowhere where he has erred in law.

The Court of Appeal of Alberta took a much broader approach to its powers of review and found that s. 16(9) and (10) empowered it to reconsider the matter *ab initio*. Laycraft C.J.A. wrote (at p. 316):

In the end the question, easy to state but profoundly difficult to answer, is: do all the circumstances considered, taking into account the declarations of principle in s. 3 and the factors in s. 16, bring the court to the conclusion that it is in the interests of society, having regard to the needs of the young person, to make the transfer?

Laycraft C.J.A. could hardly have formulated the question in that way had he envisioned the court's reviewing function to be more restrictive than a full reconsideration of the merits. Indeed, Laycraft C.J.A. added (at p. 316):

tion erronée du fardeau de preuve incombant au requérant, la Cour d'appel a faussé l'ensemble de son appréciation de la preuve des éléments à examiner en vertu de l'art. 16.

## <sup>a</sup> II—La portée de la révision

### *Les décisions des tribunaux d'instance inférieure*

<sup>b</sup> La Cour du Banc de la Reine a adopté une interprétation restrictive de l'étendue du pouvoir de révision prévu aux par. 16(9) et (10) de la Loi. Le juge en chef adjoint Miller de la Cour du Banc de la Reine a exercé son pouvoir discrétionnaire <sup>c</sup> sur la base qu'aucune erreur de droit ou de fait n'avait été commise par le juge du tribunal pour adolescents et a conclu que sa décision devait être confirmée:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Pour les fins du dossier, j'aimerais aviser l'accusé et l'avocat que, depuis l'audition de l'affaire, j'ai consacré plusieurs heures à la lecture de la transcription et des rapports préparés par les psychiatres experts. J'ai relu attentivement les motifs de la décision du juge Gerhart. [. . .] Tenant compte de tous ces éléments <sup>e</sup> de mieux que je puisse le faire, je conclus que le savant juge de la Cour provinciale n'a pas commis d'erreur dans sa conclusion. Comme je l'ai déjà mentionné, il a examiné tous les facteurs qui doivent être soupesés et les principes applicables, et j'estime qu'il n'a commis aucune <sup>f</sup> erreur de droit.

La Cour d'appel de l'Alberta a retenu une interprétation beaucoup plus large de ses pouvoirs de révision et a conclu que les par. 16(9) et (10) lui <sup>g</sup> conféraient le pouvoir de réexaminer l'affaire *ab initio*. Le juge en chef Laycraft écrit (à la p. 316):

<sup>h</sup> [TRADUCTION] En définitive, la question, facile à formuler mais extrêmement difficile à résoudre, est la suivante: une fois toutes les circonstances examinées, compte tenu de la déclaration de principes contenue à l'art. 3 et des facteurs énumérés à l'art. 16, la cour est-elle en mesure de conclure qu'il est dans l'intérêt de la société, compte tenu des besoins de l'adolescent, <sup>i</sup> d'ordonner le renvoi?

Le juge en chef Laycraft aurait difficilement pu formuler la question de cette façon s'il avait été d'opinion que le pouvoir de révision de la cour était autre chose qu'un nouvel examen complet au fond. En effet, le juge en chef Laycraft ajoute (à la p. 316):

Sections 16(9) and 16(10), in my opinion, establish different rules for the appellate tribunal than would usually apply. In each case the proceeding is a review rather than an appeal and in each case the appellate tribunal is specifically empowered "in its discretion" to confirm or reverse the decision brought before it. Each appellate tribunal has a new discretion to exercise. Of course, the appellate tribunals do not hear the evidence de novo, and the usual rules will apply to pay deference to the advantage enjoyed by the trial judge in seeing and hearing the witnesses. I respectfully disagree, however, with the approach that this case could be answered, on the review in the Court of Queen's Bench, by determining whether the Youth Court judge had correctly stated the principles or the governing sections to be applied. The appellate judge had, himself, to exercise a discretion.

Laycraft C.J.A. then considered the case law and noted that while some decisions adopted a more restrictive view of s. 16(9) and (10), others supported his interpretation of these provisions.

#### *The Authorities*

Under the previous *Juvenile Delinquents Act*, the case law was settled to the effect that, upon an appeal launched under the auspices s. 37 of the Act, the reviewing courts "should only intervene if the lower court has not considered all the relevant factors in making its decision and, in so doing, has committed an error of law or in principle" (P. Béliveau, J. Bellemare and J.-P. Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), at p. 124). In *R. v. Chamberlain* (1974), 15 C.C.C. (2d) 379, at p. 385, the Ontario Court of Appeal held:

A Judge sitting in appeal in accordance with the provisions of s. 37 must first determine if the provincial Judge who made the order had taken into account and given weight to factors relevant to the determination of the issue as to what order was for the good of the child and the interests of the community or had considered and given effect to irrelevant matters. The test to be applied is not whether the Judge hearing the appeal would have exercised his discretion in a similar or dissimilar manner had he been sitting as a Judge in the Court of first instance.

This decision was followed by the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Cole* (1975), 25 C.C.C.

[TRADUCTION] À mon avis, les par. 16(9) et (10), énoncent des règles différentes de celles qui s'appliquent habituellement devant un tribunal d'appel. Dans chaque cas, la procédure est un examen plutôt qu'un appel et, dans chaque cas, le tribunal d'appel est expressément investi d'un «pouvoir discrétionnaire» de confirmer ou d'infirmier la décision qui lui est soumise. Chaque tribunal d'appel a un nouveau pouvoir discrétionnaire à exercer. Évidemment, le tribunal d'appel n'entend pas la preuve de novo et les règles habituelles s'appliquent de façon à reconnaître l'avantage dont dispose le juge de première instance qui a vu et entendu les témoins. Avec égards, je ne crois cependant pas que, en révision devant la Cour du Banc de la Reine, on pouvait régler l'affaire en déterminant si le juge du tribunal pour adolescents avait correctement formulé les principes ou énuméré les articles pertinents à appliquer. Le juge d'appel lui-même avait un pouvoir discrétionnaire à exercer.

Le juge en chef Laycraft a ensuite examiné la jurisprudence et souligné que certains tribunaux avaient adopté une interprétation plus restrictive des par. 16(9) et (10), alors que d'autres appuyaient son interprétation.

#### *e La doctrine et la jurisprudence*

En vertu de l'ancienne *Loi sur les jeunes délinquants*, la jurisprudence avait établi que lorsqu'un appel était interjeté en vertu de l'ancien art. 37 de la Loi, le tribunal d'appel «ne [devait] intervenir que si [le tribunal d'instance inférieure n'avait] pas considéré tous les éléments pertinents en prenant sa décision ou si, ce faisant, il [avait] commis une erreur de droit ou de principe» (P. Béliveau, J. Bellemare et J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale* (1981), à la p. 114). Dans l'arrêt *R. v. Chamberlain* (1974), 15 C.C.C. (2d) 379, à la p. 385, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu:

[TRADUCTION] Le juge qui siège en appel en conformité avec les dispositions de l'art. 37 doit d'abord déterminer si le juge de la cour provinciale qui a rendu l'ordonnance a tenu compte de facteurs pertinents et les a sopesés en vue de déterminer si l'ordonnance était rendue pour le bien de l'enfant et dans l'intérêt de la société ou s'il a examiné et appliqué des éléments non pertinents. Le critère à appliquer n'est pas de savoir si le juge qui siège en appel aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de la même façon s'il avait siégé en première instance.

Cet arrêt a été suivi par la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'arrêt *R. v. Cole* (1975), 25

(2d) 140, as well as by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Boisvert (No. 2)* (1981), 63 C.C.C. (2d) 362. The Manitoba Court of Appeal likewise adopted a policy of judicial deference upon appellate review. In *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368, at p. 371, delivering the reasons of the majority of the court, Hall J.A. explained the policy as follows:

In the circumstances of this case, it is my opinion, that the Justice on appeal erred in freely substituting his opinion for that of the learned Provincial Judge.

Any appellate tribunal should be slow indeed to interfere with the exercise of the discretion conferred by the statute.

In the present case, the Judge of first instance saw and heard the witnesses; moreover, he is intimately familiar with the process for disposing of delinquencies. As earlier mentioned, no demonstrable error is apparent from the record.

The underpinning of this policy of deference has remained valid even since the enactment of the *Young Offenders Act*. However, the restrictive approach to review previously adopted by the provincial courts of appeal has not been followed with corresponding unanimity.

Instances of a restrictive approach are provided by *R. v. R.M.C.* (1987), 33 C.C.C. (3d) 136 (Man. C.A.), where Twaddle J.A. rested his interpretation on the observation that the *Young Offenders Act* establishes a two-tiered review. He emphasized the fact that an appeal to the second tier was only possible by leave and suggested that leave is more likely to be granted, as a matter of practice, when there is an error in principle or some overriding policy concern justifies the intervention of the Court of Appeal. He concluded (at p. 153):

In providing for review by this court with leave only, Parliament did not intend, in my view, that leave should be given, merely because this court would have reached, in its discretion, a different decision. Leave should be given only where: "(i) there is a meritorious argument that the reviewing judge applied a wrong principle or

C.C.C. (2d) 140, ainsi que la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *R. v. Boisvert (No. 2)* (1981), 63 C.C.C. (2d) 362. De même, la Cour d'appel du Manitoba a adopté le principe de la retenue judiciaire dans l'exercice de son pouvoir de révision en appel. Dans l'arrêt *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368, à la p. 371, le juge Hall de la Cour d'appel, pour la majorité de la cour, a expliqué le principe de la façon suivante:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que le juge qui a siégé en appel a commis une erreur en substituant librement son opinion à celle du savant juge de la Cour provinciale.

En effet, c'est avec prudence qu'un tribunal d'appel devrait intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi.

En l'espèce, le juge de première instance a vu et entendu les témoins; en outre, il connaît très bien les rouages du processus décisionnel en matière de délinquance. Comme je l'ai déjà souligné, aucune erreur apparente ne ressort du dossier.

Même depuis l'adoption de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le fondement de ce principe de déférence demeure valide. Cependant, l'interprétation restrictive du pouvoir d'examen, adoptée antérieurement par les tribunaux d'appel provinciaux, n'a pas été suivie avec la même unanimité.

Un exemple de cette approche restrictive se retrouve dans l'arrêt *R. v. R.M.C.* (1987), 33 C.C.C. (3d) 136 (C.A. Man.), où le juge Twaddle a fondé son interprétation sur la constatation que la *Loi sur les jeunes contrevenants* établit deux paliers de révision. Il a souligné qu'un appel au second palier ne pouvait être interjeté que sur autorisation et a laissé entendre que cette autorisation risquait en pratique d'être accordée plus facilement lorsqu'il y avait erreur de principe ou lorsqu'une question d'intérêt supérieur justifiait l'intervention de la Cour d'appel. Il a conclu (à la p. 153):

[TRADUCTION] En prévoyant la révision sur autorisation seulement le Parlement, à mon avis, voulait que cette autorisation ne soit pas donnée pour la simple raison que cette cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, serait parvenue à une décision différente. L'autorisation ne devrait être accordée que si: «(i) un argument bien fondé fait état que le juge qui siégeait en révision a appliqué un principe erroné ou a commis

misapprehended the facts; or (ii) a point of law which this court should decide is raised”.

Although in *R.M.C. Twaddle* J.A. had in mind the second tier of the review structure, and to this extent his comments contemplate a context different from the present one, his words nevertheless indicate that the court is not prepared to exercise its discretion to review in all cases.

A restrictive approach was likewise adopted by the Quebec Court of Appeal in *R. v. N.B.* (1985), 21 C.C.C. (3d) 374. Beauregard J.A. stated (at p. 381):

[TRANSLATION] I am therefore of the opinion that the Attorney General did not establish before Bienvenue J. [a superior court judge] that Judge Choquette [of the Youth Court] manifestly erred with respect to the facts, that she erred in law or that she used her discretion in a non-judicial manner. As a result, it was not appropriate that her decision be reversed.

Likewise, the other member of the majority, Rothman J.A. concluded his review as follows (at p. 383):

Although there were certainly elements that weighed in favour of the transfer, there were others, equally important, that weighed against it. On the basis of the material before her, I am of the opinion that the youth court judge was entitled to come to the conclusion that she did and I can see no error in her conclusion.

These words are hardly an assertion of the reviewing court's unfettered discretion to substitute its own assessment of the interests of society and the needs of the youth in the place of the Youth Court.

In *R. v. A.* (1986), 3 Q.A.C. 16, the Quebec Court of Appeal again underscored the need to find error in the Youth Court's decision. Following *R. v. N.B.*, a majority of the court expressed the view that (at pp. 19-20):

[TRANSLATION] [W]e must consider whether in light of the facts in the case at bar the youth court judge, as [the Crown] submitted, committed errors of law or fact or misused his discretion and accordingly whether the superior court judge was right to intervene.

une erreur dans l'examen des faits; ou (ii) une question de droit sur laquelle cette cour devrait se prononcer est soulevée».

Bien que le juge Twaddle, dans cet arrêt, ait eu à l'esprit le deuxième palier du processus de révision et que, dans cette mesure, ses remarques visent un contexte différent de celui-ci, ses propos indiquent néanmoins que la cour n'exercera pas son pouvoir discrétionnaire de révision dans tous les cas.

La Cour d'appel du Québec a, de même, adopté une interprétation restrictive dans l'arrêt *R. v. N.B.* (1985), 21 C.C.C. (3d) 374. Le juge Beauregard a affirmé (à la p. 381):

Je suis donc d'opinion que le ministère public n'a pas établi devant le juge Bienvenue [juge d'une cour supérieure] que le juge Choquette [du tribunal pour adolescents] avait manifestement erré sur les faits, qu'elle avait erré en droit ou qu'elle avait usé de sa discrétion d'une façon non judiciaire. Par conséquent, il n'y avait pas lieu à ce que sa décision soit révisée.

De même, l'autre membre de la majorité, le juge Rothman a conclu son examen de la façon suivante (à la p. 383):

[TRANSLATION] Bien qu'il y ait certainement eu des éléments qui penchaient en faveur du renvoi, il y en avait d'autres, tout aussi importants, qui militaient contre ce renvoi. À partir des documents dont elle disposait, je suis d'avis que le juge du tribunal pour adolescents pouvait arriver à la conclusion à laquelle elle est arrivée et je ne détecte aucune erreur dans celle-ci.

Ces propos sont loin d'être l'affirmation d'un pouvoir discrétionnaire illimité du tribunal de révision de substituer sa propre évaluation de l'intérêt de la société et des besoins de l'adolescent à celle du juge du tribunal pour adolescents.

Dans l'arrêt *R. v. A.* (1986), 3 Q.A.C. 16, la Cour d'appel du Québec a réitéré la nécessité de conclure à l'existence d'une erreur dans la décision du tribunal pour adolescents. S'appuyant sur l'arrêt *R. v. N.B.* les juges, à la majorité, ont exprimé l'avis que (aux pp. 19 et 20):

[N]ous devons nous demander si au regard des faits de l'espèce, le juge du tribunal de la jeunesse a, comme le soumet [le substitut du procureur général], commis des erreurs de droit ou de faits ou s'il a mal usé de sa discrétion et, partant, si le juge de la cour supérieure a eu raison d'intervenir.



In *R. v. W.Y.*, B.C.C.A., No. 008351, April 20, 1988 (summarized (1988), 4 W.C.B. (2d) 267), the Court of Appeal of British Columbia adopted a similar position. In rendering judgment for the court, McLachlin J.A. (as she then was) stated (at p. 5):

So there is an additional discretion. The discretion must be exercised judicially. On the other hand, the review is not a trial de novo and, generally speaking, the Court of Appeal will not interfere unless it appears that the judge below has misapprehended the facts or erred in applying the law. [Emphasis added.]

The Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, in *R. v. S.J.H.* (1986), 76 N.S.R. (2d) 163, also considered that the reviewing discretion could only be exercised where the judge found (at p. 167) “that the conclusion of the learned [Youth Court] judge was clearly wrong, that is that he erred in principle or misconstrued the evidence”.

Other decisions make room for a more liberal approach of the reviewing court's discretion. In *R. v. M.* (1985), 23 C.C.C. (3d) 538, a majority of the Manitoba Court of Appeal emphasized that “[a]ll three levels of the judiciary . . . proceed in a discretionary manner” (p. 540). In *R. v. M.A.Z.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 144, leave to appeal to this Court refused, June 23, 1987, [1987] 1 S.C.R. xii, the Ontario Court of Appeal likewise rejected the notion that the youth court below has to be wrong in principle before the reviewing court is entitled to exercise the discretion conferred by s. 16(9) and (10) of the *Young Offenders Act*. MacKinnon A.C.J.O., for the court, concluded that the reviewing court had the obligation “to review fully the evidence” and that the “appeal court renders the decision that it concludes should have been given” (p. 160). Under this approach the reviewing court appears to be entitled to freely substitute its opinion for that of the lower court.

Dans l'arrêt *R. v. W.Y.*, C.A.C.-B., n° 008351, 20 avril 1988 (résumé (1988), 4 W.C.B. (2d) 267), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté une position similaire. En rendant le jugement de la cour, le juge McLachlin (maintenant de notre Cour) a affirmé (à la p. 5):

[TRADUCTION] Il y a donc un autre pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement. En revanche, l'examen n'est pas un procès de novo et, de façon générale, la Cour d'appel n'interviendra pas sauf s'il appert que le juge du tribunal d'instance inférieure a commis une erreur de fait ou de droit. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. v. S.J.H.* (1986), 76 N.S.R. (2d) 163, la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a aussi affirmé que lors de cette révision le pouvoir discrétionnaire ne pouvait être exercé que si le juge était d'avis (à la p. 167) [TRADUCTION] «que la conclusion du savant juge [du tribunal pour adolescents] était manifestement erronée, c'est-à-dire, qu'il avait commis une erreur de principe ou une erreur dans l'interprétation de la preuve».

D'autres arrêts donnent une interprétation plus large du pouvoir discrétionnaire du tribunal de révision. Dans l'arrêt *R. v. M.* (1985), 23 C.C.C. (3d) 538, la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a souligné que [TRADUCTION] «[l]es trois niveaux du pouvoir judiciaire [. . .] interviennent d'une manière discrétionnaire» (p. 540). Dans l'arrêt *R. v. M.A.Z.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 144, autorisation de pourvoi devant cette Cour refusée le 23 juin 1987, [1987] 1 R.C.S. xii, la Cour d'appel de l'Ontario a, de même, rejeté l'idée que le tribunal pour adolescents doit avoir commis une erreur de principe pour que la juridiction d'examen puisse exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les par. 16(9) et (10) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le juge en chef adjoint MacKinnon a conclu au nom de la Cour d'appel que le tribunal de révision a l'obligation [TRADUCTION] «de revoir toute la preuve» et que «le tribunal d'appel rend la décision qui, à son avis, aurait dû être rendue» (p. 160). Selon cette interprétation, le tribunal de révision semble être libre de substituer son opinion à celle du tribunal d'instance inférieure.

A middle-ground approach has emerged in the case law. Under this approach, the reviewing court has discretion to review the merits of the decision made by the Youth Court judge, but such discretion is only to be exercised when the court is of the view that the evidence discloses a serious ground for intervention. This approach is best exemplified by the unanimous judgment of the Quebec Court of Appeal in *R. v. J.R.D.* (1988), 17 Q.A.C. 81. Delivering the reasons for the court, LeBel J.A. conducted an extensive review of the case law and legislation and concluded as follows (at p. 91):

[TRANSLATION] Unless the provisions inserted in the **Young Offenders Act** are to be disregarded, it has to be admitted that the legislator wished to confer additional power on the judges of the Superior Court and appellate courts hearing appeals from transfer applications. He was not content with the usual restrictions in the ordinary appeal machinery. Appellate courts thus cannot simply ensure that the law is properly applied and correct manifest errors in the assessment of facts. In each case of a transfer application, operating within certain limits inherent in the function of an appellate court, in particular acting on the basis of the facts as found by the trial judge in the youth court, an appellate court must determine whether the evidence justifies the transfer application. It will then itself proceed to apply the criteria stated in s. 16(1), (2) and (3) and render a suitable judgment on the advisability of transfer.

I would however add one word of warning. Some caution is necessary despite the apparently wide extent of the powers conferred on an appellate court under s. 16(10). This caution proceeds from the function of an appellate court, a court of general jurisdiction as compared with a specialized tribunal. The legislator intended that the treatment of young offenders by the courts should in general be in the hands of courts with special qualifications based on their expertise. This means that the experience and competence possessed by such courts should be viewed with respect by superior and appellate courts. They should only exercise their own discretion for good reason, in cases where there is substantial disagreement with the way in which the trial judge has applied the rules. In my opinion minor discrepancies will not justify the intervention of an appellate court, which it seems to me would then be going beyond even the broad function which it is assigned by s. 16(10) of the Act. [Emphasis added.]

Une approche intermédiaire est apparue dans la jurisprudence. Selon celle-ci, le tribunal de révision jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour examiner le bien-fondé de la décision du juge du tribunal pour adolescents, mais elle ne peut exercer ce pouvoir discrétionnaire que lorsqu'elle est d'avis que la preuve fait état de motifs sérieux d'intervention. La meilleure illustration de cette interprétation se trouve dans le jugement unanime de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. v. J.R.D.* (1988), 17 Q.A.C. 81. Dans ses motifs le juge LeBel, au nom de la cour, a examiné minutieusement la jurisprudence et la Loi, et il a conclu (à la p. 91):

À moins de vouloir mettre de côté les dispositions insérées dans la **Loi sur les jeunes contrevenants**, il faut concéder que le législateur a entendu accorder un pouvoir additionnel aux juges de la Cour supérieure et des cours d'appel saisis de pourvois contre des demandes de transfert. Il n'a pas voulu se satisfaire des restrictions coutumières aux mécanismes usuels d'appel. Les cours d'appel ne peuvent alors se contenter de contrôler la bonne application du droit et de corriger les erreurs manifestes dans l'appréciation des faits. Dans chacun des cas de demande de renvoi, en tenant pour acquises certaines limites inhérentes au rôle d'une cour d'appel, notamment en agissant sur la base des faits tels que constatés par le juge de première instance au Tribunal de la jeunesse, il faut qu'une cour d'appel détermine si la preuve justifie la demande de renvoi. Elle procède alors elle-même à la mise en application des critères prévus aux articles 16(1), 16(2) et 16(3) et porte un jugement propre sur l'opportunité de renvoi.

J'ajouterais cependant une mise en garde. Une certaine prudence s'impose en dépit de l'étendue apparente des pouvoirs accordés à une cour d'appel en vertu de l'article 16(10). Cette prudence découle du rôle d'une cour d'appel, cour de juridiction générale vis-à-vis d'un tribunal à caractère spécialisé. Le législateur a entendu confier en règle générale le traitement judiciaire des jeunes contrevenants à des cours spécialisées en raison de leur expertise. Ceci signifie que l'expérience et la compétence propre à ces cours méritent une attitude de respect de la part des cours supérieures et d'appel. Elles ne doivent exercer leur discrétion propre que pour des motifs sérieux, en cas de désaccord substantiel avec la mise en application des critères par le premier juge. Des divergences mineures ne justifieraient pas l'intervention d'une cour d'appel qui m'apparaîtrait alors sortir même du rôle étendu que lui reconnaît le paragraphe 16(10) de la loi. [Je souligne.]

These closing words suggest that the restriction on the exercise of the reviewing discretion is more than a question of judicial policy; it is a matter of law. With this suggestion I agree.

### *Curial Deference*

There are two aspects of the statutory scheme set up by the *Young Offenders Act* which in my view require a reviewing court acting under the authority of s. 16(9) and (10) to pay curial deference to the Youth Division's decision.

First, there is no allowance in the Act for the giving of evidence before the reviewing court. The review contemplated by the Act is not a *de novo* hearing, as the Court of Appeal correctly noted in the present case. Moreover, unlike the case in a criminal trial pursuant to s. 609 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, no provision is made in the *Young Offenders Act* for the transcription of the proceedings conducted by the Youth Court judge, nor, of course, for the transmission of such transcription to the reviewing court. The Court of Queen's Bench and the Court of Appeal, acting under the authority of s. 16(9) and (10) respectively, are therefore not required by Parliament to proceed on the basis of the oral evidence adduced at the transfer hearing. In the absence of a transcript, the reviewing courts must rely exclusively on the written evidence and the findings of fact as recorded in the reasons of the Youth Court judge. These considerations seem to me to stress Parliament's intention to favour the usual restraint with respect to the assessment of the credibility of witnesses and the determination of facts made by the Youth Court judge.

The particularities of the *Young Offenders Act* compel in my view an even greater restraint. Since the applications for transfer are made before the trial, much of the evidence adduced at the transfer hearing is in the nature of hearsay. It is not uncommon in transfer hearings for the investigating officer to offer *viva voce* evidence reporting statements of witnesses not present to testify in person, such as the medical examiner and infor-

Ce dernier extrait laisse entendre que la restriction apportée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de révision est plus qu'une simple question de politique judiciaire; c'est une question de droit. Je partage ce point de vue.

### *La retenue judiciaire*

Le régime établi par la *Loi sur les jeunes contrevenants* comporte deux aspects qui, à mon avis, exigent du tribunal de révision, aux termes des par. 16(9) et (10), qu'il exerce une retenue judiciaire envers le tribunal pour adolescents.

Premièrement, la Loi ne prévoit pas la possibilité pour le tribunal de révision d'entendre la preuve. La révision envisagée dans la Loi n'est pas une audition *de novo*, comme la Cour d'appel l'a correctement souligné en l'espèce. En outre, contrairement au procès criminel tenu en application de l'art. 609 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, aucune disposition de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne prévoit la transcription des procédures au tribunal pour adolescents ni, évidemment, la transmission de cette transcription au tribunal de révision. Le Parlement n'exige donc pas de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel, qui agissent respectivement en vertu des par. 16(9) et (10), de procéder à partir de la preuve testimoniale présentée à l'audition de la demande de renvoi. En l'absence de telle transcription, les cours de révision doivent donc se fier exclusivement à la preuve écrite et aux conclusions de fait telles que consignées dans les motifs du juge du tribunal pour adolescents. Ces éléments me semblent de nature à mettre l'accent sur l'intention du Parlement de privilégier la retenue judiciaire habituelle en ce qui concerne l'évaluation de la crédibilité des témoins et les conclusions de fait tirées par le juge du tribunal pour adolescents.

Les particularités de la *Loi sur les jeunes contrevenants* exigent même, selon moi, une plus grande retenue. Puisque les demandes de renvoi sont faites avant le procès, une grande partie de la preuve présentée lors de l'audition de la demande de renvoi constitue du ouï-dire. Il n'est pas rare que lors de cette audition l'officier enquêteur rapporte *viva voce* des déclarations de témoins qui ne sont pas présents pour témoigner eux-mêmes,

mants. As a matter of practice, the usual rules of evidence appear to be relaxed during transfer hearings. In *R. v. W.Y.*, *supra*, McLachlin J.A., commenting on "the more liberal rules governing material admissible on transfer proceedings under the Young Offenders Act" stated (at p. 8):

Section 16 itself requires the court to have regard to material which is by its very nature founded on hearsay when it requires that the transfer hearing judge consider the pre-disposition report relevant to the accused.

Without passing upon the legality of such a practice, as the issue is not raised in this appeal, I would emphasize that the Youth Court's assessment of the sincerity and credibility of witnesses is all the more crucial where the witnesses are allowed to adduce evidence which may be eminently prejudicial to the youth yet remains unchecked by the traditional safeguards of the law of evidence.

Second, the Youth Court was established as a court of specialized jurisdiction to help attain the objectives of the legislation. As noted by this Court in *Attorney General of British Columbia v. Smith*, *supra*, with respect to the Juvenile Court, it is "an enforcement process specially adapted to the age and impressibility of juveniles and fundamentally different, in pattern and purpose, from the one governing in the case of adults" (p. 710). That Parliament intended the Youth Court to differ from the ordinary courts is evidenced by a distinction between the two courts imported in s. 2(1) of the Act:

2. (1) In this Act,

"ordinary court" means the court that would, but for this Act, have jurisdiction in respect of an offence alleged to have been committed;

"youth court" means a court established or designated by or under an Act of the legislature of a province, or designated by the Governor in Council or the Lieu-

comme le médecin ou les dénonciateurs. En pratique, les règles de preuve habituelles semblent être appliquées avec plus de souplesse lors des auditions de renvoi. Dans l'arrêt *R. v. W.Y.*, précité, le juge McLachlin, remarquant que [TRADUCTION] «les règles plus larges régissant les documents admissibles dans une procédure de renvoi en application de la Loi sur les jeunes contrevenants», a affirmé (à la p. 8):

[TRADUCTION] L'article 16 lui-même exige que le tribunal examine les documents qui, de par leur nature même, constituent du oui-dire puisqu'il prévoit que le juge saisi d'une demande de renvoi doit examiner le rapport précédé de l'accusé.

Sans me prononcer sur la légalité d'une telle pratique, la question n'étant pas soulevée dans ce pourvoi, je soulignerais que l'évaluation par le tribunal pour adolescents de la sincérité et de la crédibilité des témoins est d'autant plus capitale que ces témoins sont autorisés à présenter une preuve qui peut être éminemment préjudiciable pour l'adolescent et qui toutefois n'est pas soumise aux garanties traditionnelles du droit de la preuve.

En second lieu, le tribunal pour adolescents est une cour spécialisée constituée pour réaliser les objectifs de la Loi. Comme notre Cour le soulignait dans l'arrêt *Attorney General of British Columbia v. Smith*, précité, au sujet de la cour des jeunes délinquants, c'est [TRADUCTION] «une procédure spécialement adaptée à l'âge et à l'impressionnabilité des délinquants et fondamentalement différente, dans sa structure et ses objectifs, de celle qui régit les adultes» (p. 710). L'intention du Parlement de différencier le tribunal pour adolescents des tribunaux ordinaires ressort de la distinction faite entre les deux tribunaux par le par. 2(1) de la Loi:

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

«juridiction normalement compétente» Le tribunal qui, en l'absence de la présente loi, aurait été compétent pour connaître d'une infraction.

«tribunal pour adolescents» Le tribunal établi ou désigné soit sous le régime d'une loi provinciale soit par le gouverneur en conseil ou par le lieutenant-gouverneur

tenant Governor in Council of a province, as a youth court for the purposes of this Act;

The Youth Court is given exclusive jurisdiction in respect of the criminal enforcement of charges laid against young persons:

5. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to the *National Defence Act* and section 16, a youth court has exclusive jurisdiction in respect of any offence alleged to have been committed by a person while he was a young person and any such person shall be dealt with as provided in this Act.

As a necessary consequence of this statutory scheme, Youth Court judges accumulate a precious familiarity with the particular situation of youths involved in the criminal system. By virtue of their specialized jurisdiction, the judges are in a better position to appreciate the scientific data and literature, the statistics developed over the years with respect to similar cases, the facilities available for the rehabilitation of young offenders and the likelihood that the resources will satisfy the treatment and care objectives of the legislation. Parliament could not have been blind to the fact that the creation of such a specialized tribunal would foster the emergence of a specially skilled class of decision-makers.

The policy of deference to expert decision-makers is entrenched in the principles of judicial review. Commenting upon a privative clause ensuring the finality and conclusiveness of the decisions of a provincial labour board, Dickson J. (as he then was) noted (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36):

The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its

en conseil, pour exercer les attributions du tribunal pour adolescents aux fins d'application de la présente loi.

Le tribunal pour adolescents a compétence exclusive en matière d'accusation criminelle portée contre les adolescents:

5. (1) Nonobstant toute autre loi du Parlement mais sous réserve de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 16, le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour toute infraction imputée à une personne et qu'elle aurait commise en cours d'adolescence; cette personne bénéficie des dispositions de la présente loi.

Ce régime législatif amène nécessairement les juges du tribunal pour adolescents à acquérir une précieuse familiarité avec la situation particulière des adolescents impliqués dans le système criminel. En raison de leur compétence spécialisée, ces juges sont mieux placés pour évaluer les données et les ouvrages scientifiques, les statistiques accumulées avec les années dans des affaires semblables, les services de réadaptation disponibles aux jeunes contrevenants et les chances que ces ressources répondent aux objectifs de la Loi concernant le traitement et les soins à leur apporter. Le Parlement ne pouvait pas ignorer que la création de tels tribunaux spécialisés verrait l'émergence d'une classe particulièrement qualifiée de juges.

La politique de retenue judiciaire à l'égard d'un tribunal spécialisé est enchâssée dans les principes de contrôle judiciaire. Commentant une clause privative assurant le caractère final et décisif des décisions d'une commission provinciale des relations de travail, le juge Dickson (aujourd'hui Juge en chef) soulignait (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, aux pp. 235 et 236):

On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des

labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The rationale for curial deference in judicial review compels with equal strength a similar restraint in statutory review. In determining the breadth of the right to review conferred by statute, "it is hardly practical for the court to consider substituting its opinion where there is no written transcript of the proceedings below, or where the tribunal's opinion is based upon purely technical matters or upon familiarity with matters in respect of which the court has no expertise" (R. F. Reid and H. David, *Administrative Law and Practice* (2nd ed. 1978), at p. 452). While no privative clause ensures the finality and conclusiveness of the Youth Court's transfer dispositions, Parliament's intention to defer to the Youth Court's expertise sufficiently underlies the statutory constitution of a specialized tribunal vested with exclusive first instance jurisdiction. In a recent judgment, *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, this Court noted the importance of the specialization of duties in appellate review in matters lying at the heart of the administrative tribunal's expertise (at p. 1746):

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

The elements which are relevant to the transfer hearing involve questions of fact. For instance, s. 16(2)(a) directs the judge to consider "the seriousness of the alleged offence and the circumstances in which it was allegedly committed". The judge is also required to assess the "age, maturity, character and background of the young person"

relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Le principe de la retenue judiciaire dans le cadre du contrôle judiciaire impose avec autant de rigueur une retenue similaire en matière de révision prévue par la loi. Pour déterminer l'étendue du droit de révision conféré par la loi, [TRADUCTION] «il n'est pas très réaliste pour la cour d'envisager de substituer son opinion à celle du tribunal d'instance inférieure lorsqu'il n'existe aucune transcription écrite des procédures qui s'y sont déroulées ou lorsque l'opinion du tribunal est fondée sur des questions purement techniques ou sur l'expérience qu'il a acquise sur des sujets dont la cour n'a pas de connaissance spécialisée» (R. F. Reid et H. David, *Administrative Law and Practice* (2<sup>e</sup> éd. 1978), à la p. 452). Bien qu'aucune clause privative ne donne aux décisions de renvoi du tribunal pour adolescents un caractère final et définitif, l'intention du Parlement de s'en remettre aux connaissances spécialisées du tribunal pour adolescents ressort suffisamment de la création par la Loi d'un tribunal spécialisé investi d'une compétence exclusive en première instance. Dans un arrêt récent, *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, notre Cour a souligné l'importance, dans le cadre du contrôle par un tribunal d'appel, de la spécialisation des fonctions à l'égard de questions qui relèvent spécifiquement du domaine d'expertise d'un tribunal administratif (à la p. 1746):

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

Les éléments pertinents à l'audition d'une demande de renvoi sont liés à des questions de fait. À titre d'exemple, l'al. 16(2)a exige du juge qu'il examine «la gravité de l'infraction et ses circonstances». Le juge doit également examiner «l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent» (al. 16(2)b) ainsi que «l'existence

(s. 16(2)(b)) as well as the "availability of treatment or correctional resources" (s. 16(2)(d)). The factors of the "availability of treatment" (s. 16(2)(d)) and of the "adequacy of this Act" to meet the circumstances of each case (s. 16(2)(c)) fall squarely within the scope of the Youth Court judge's expertise. In balancing the factors set out in s. 16(2), the judge will inevitably assess the evidence adduced before the court in light of this accumulated experience. For instance, the judge may be satisfied that the expert evidence establishes that there are no treatment facilities suited for the young offender, or that the offender has exhausted the resources of the system. Courts of general jurisdiction, who do not benefit from a transcript of the proceedings and do not have the advantage of seeing or hearing the witnesses, are perhaps not as well prepared as the specialized judges to make these assessments. As a result, to the extent that these elements are not rooted in any palpable or overriding error they should be taken as definitively established by the Youth Court judge.

In light of this background I now turn to the interpretation of the true scope of s. 16(9) and (10) of the Act.

*Section 16(9) and (10) of the Young Offenders Act*

For the sake of convenience, I reproduce once again s. 16(9) and (10) of the *Young Offenders Act*:

(9) Subject to subsection (11), an order made in respect of a young person under subsection (1) or a refusal to make such an order shall, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the youth court, be reviewed by the superior court and that court may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the youth court.

(9) Sous réserve du paragraphe (11), l'ordonnance concernant un adolescent rendue en vertu du paragraphe (1) ainsi que le refus de rendre une telle ordonnance sont, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, examinés par la cour supérieure. La cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision du tribunal pour adolescents.

de moyens de traitement ou de réadaptation» (al. 16(2)d)). Les facteurs concernant «l'existence de moyens de traitement» (al. 16(2)d)) et «l'opportunité, compte tenu des circonstances de l'espèce, de soumettre l'adolescent à la présente loi» (al. 16(2)c)) relèvent incontestablement du domaine d'expertise du juge du tribunal pour adolescents. En soupesant les facteurs énumérés au par. 16(2), le juge va inévitablement évaluer la preuve présentée à la cour en se fondant sur son expérience passée. Par exemple, le juge peut être convaincu que les témoignages d'experts établissent qu'il n'existe aucun moyen de traitement approprié pour le jeune contrevenant ou que le contrevenant a épuisé les ressources du système. Les tribunaux de compétence générale, qui ne bénéficient pas d'une transcription des procédures et qui n'ont pas eu l'avantage de voir ou d'entendre les témoins, ne sont peut-être pas aussi bien préparés que les juges spécialisés pour procéder à ces évaluations. Par conséquent, dans la mesure où ces éléments ne découlent pas d'une erreur manifeste ou tangible, on devrait les tenir pour définitivement établis par le juge du tribunal pour adolescents.

Compte tenu de ce qui précède, j'aborde maintenant l'interprétation de la portée véritable des par. 16(9) et (10) de la Loi.

*Les paragraphes 16(9) et (10) de la Loi sur les jeunes contrevenants*

Par souci de commodité, je cite à nouveau les par. 16(9) et (10) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*:

(9) Subject to subsection (11), an order made in respect of a young person under subsection (1) or a refusal to make such an order shall, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the youth court, be reviewed by the superior court and that court may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the youth court.

(9) Sous réserve du paragraphe (11), l'ordonnance concernant un adolescent rendue en vertu du paragraphe (1) ainsi que le refus de rendre une telle ordonnance sont, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, examinés par la cour supérieure. La cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision du tribunal pour adolescents.

(10) A decision made in respect of a young person by a superior court under subsection (9) may, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the superior court, with the leave of the court of appeal, be reviewed by that court, and the court of appeal may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the superior court. [Emphasis added.]

(10) La décision concernant un adolescent rendue par une cour supérieure en vertu du paragraphe (9) peut, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, et avec la permission de la cour d'appel, être révisée par celle-ci. La cour d'appel dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision de la Cour supérieure. [Je souligne.]

(10) A decision made in respect of a young person by a superior court under subsection (9) may, on application of the young person or his counsel or the Attorney General or his agent made within thirty days after the decision of the superior court, with the leave of the court of appeal, be reviewed by that court, and the court of appeal may, in its discretion, confirm or reverse the decision of the superior court. [Emphasis added.]

(10) La décision concernant un adolescent rendue par une cour supérieure en vertu du paragraphe (9) peut, sur demande présentée dans les trente jours de la décision par l'adolescent, son avocat, le procureur général ou le représentant de celui-ci, et avec la permission de la cour d'appel, être révisée par celle-ci. La cour d'appel dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour confirmer ou infirmer la décision de la Cour supérieure. [Je souligne.]

Other than possibly its residual supervisory power to correct jurisdictional excesses, there is no inherent power in a superior court to review decisions made by Youth Court judges at transfer hearings, and the jurisdiction of a court of appeal to review such a decision of a superior court is likewise limited to the scope of the enabling statute. While the French text of s. 16(9) and (10) removes any doubt that the superior court and the court of appeal sitting in review do benefit from some discretion, it does not follow, in my view, that the reviewing court is in all cases empowered to exercise that discretion so as to be able, in weighing the relevant factors afresh, simply to substitute its own view for that of the lower courts. The words "in its discretion" are not used in a vacuum. They are used in relation to the previous exercise of the same discretion by the Youth Court, a specialized decision making body. While the right of appeal must have some scope to be efficacious, then so must the Youth Court's initial determination, as intended by Parliament. The scope of the discretion to review a matter properly brought into appeal is, in my view, to be interpreted in light of the legislative grant of exclusive jurisdiction to a specialized tribunal empowered to make the initial determination at the transfer hearing.

À l'exception peut-être de son pouvoir résiduel de surveillance en matière d'excès de compétence, une cour supérieure n'a aucun pouvoir inhérent d'examiner les décisions des juges du tribunal pour adolescents relatives aux demandes de renvoi, et la compétence d'une cour d'appel de réviser la décision d'une cour supérieure est de même restreinte à l'étendue du pouvoir que lui confère la loi habilitante. Bien que la version française des par. 16(9) et (10) enlève tout doute sur l'existence d'un certain pouvoir discrétionnaire de la cour supérieure et de la cour d'appel, qui siègent en révision, cela ne signifie pas, à mon avis, qu'elles sont habilitées dans tous les cas à exercer ce pouvoir discrétionnaire de façon à simplement substituer leur propre opinion à celle du tribunal d'instance inférieure, en procédant à un nouvel examen des facteurs pertinents. L'expression «dispose d'un pouvoir discrétionnaire» n'est pas utilisée dans un vacuum. Elle est utilisée en rapport avec l'exercice antérieur du même pouvoir discrétionnaire par le tribunal pour adolescents, un organisme décisionnel spécialisé. Bien que le droit d'appel doive avoir une certaine portée pour être efficace, il en est de même de la décision initiale du tribunal pour adolescents, comme l'a voulu le Parlement. À mon avis, l'étendue du pouvoir discrétionnaire d'examiner une affaire portée en appel doit être interprétée à la lumière de la compétence exclusive que la loi confère à un tribunal spécialisé qui a le pouvoir de rendre la décision initiale lors de l'audition du renvoi.



Language comparable in breadth to the language used in s. 16(9) and (10) has been interpreted by the courts to limit review where an error of some kind is established to the satisfaction of the court. A most striking illustration of such a restrictive interpretation of the scope of statutory appeals is provided in *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes, Ltd.*, [1947] A.C. 109 (P.C.), aff'g [1946] S.C.R. 139. Under s. 6(2) of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, the Minister of National Revenue was empowered to "disallow any expense which he . . . may determine to be in excess of what is reasonable". The *Income War Tax Act* also provided that a person dissatisfied with the Minister's assessment could cause the Minister to communicate to the Exchequer Court all relevant documents relative to the disputed assessment, whereupon the matter was "deemed to be an action in the said Court ready for trial or hearing" (s. 63(2)). The speech of Lord Greene, M.R., in the Privy Council shows the extent to which a statutory right of appeal, though broadly framed, may nevertheless be limited (at p. 122):

Les tribunaux ont déjà interprété des textes de portée comparable à celle des par. 16(9) et (10) et déclaré que le pouvoir de révision était restreint aux cas où l'existence de quelque erreur est établie à la satisfaction du tribunal. L'arrêt *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes, Ltd.*, [1947] A.C. 109 (C.P.), conf. [1946] R.C.S. 139, illustre de façon frappante cette interprétation restrictive de la portée des appels prévus par la loi. En vertu du par. 6(2) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, chap. 97, le ministre du Revenu national avait le pouvoir de «rejeter toute dépense qu'il pouvait discrétionnairement déterminer comme excédant ce qui est raisonnable ou normal». La *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* prévoyait également que la personne qui n'était pas satisfaite de l'évaluation faite par le ministre pouvait obliger celui-ci à transmettre à la Cour de l'Échiquier tous les documents pertinents concernant l'évaluation contestée; l'affaire était alors «censée une action en ladite cour prête pour l'instruction ou audition» (par. 63(2)). L'avis du maître des rôles, lord Greene, du Conseil privé, montre jusqu'à quel point un droit d'appel prévu par la loi, même formulé en termes larges, peut malgré tout être restreint (à la p. 122):

If the matter had stood there, and there had been no right of appeal against the decision of the Minister, the position would have been different from what it is. But in contrast to cases arising under sub-ss. 3 and 4 of s. 6, where the decision of the Minister is to be "final and conclusive", a right of appeal to the Exchequer Court is given, and the appeal is to be regarded as an action in that court. This right of appeal must, in their Lordships' opinion, have been intended by the legislature to be an effective right. This involves the consequence that the court is entitled to examine the determination of the Minister and is not necessarily to be bound to accept his decision. Nevertheless, the limits within which the court is entitled to interfere are, in their Lordships' opinion, strictly circumscribed. It is for the taxpayer to show that there is ground for interference, and if he fails to do so the decision of the Minister must stand. Moreover, unless it be shown that the Minister has acted in contravention of some principle of law the court, in their Lordships' opinion, cannot interfere: the section makes the Minister the sole judge of the fact of reasonableness or normalcy and the court is not at liberty to substitute its own opinion for his. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Si l'affaire en était restée là et s'il n'y avait eu aucun droit d'appel de la décision du ministre, la situation aurait été différente de ce qu'elle est. Mais, par opposition aux cas résultant des par. 3 et 4 de l'art. 6 où la décision du ministre est «finale et sans appel», un droit d'appel à la Cour de l'Échiquier est accordé et l'appel est réputé être une action devant cette cour. De l'avis de leurs Seigneuries, le législateur devait avoir l'intention de conférer un droit d'appel effectif. Par conséquent, le tribunal a le pouvoir d'examiner la décision du ministre et il n'est pas nécessairement lié par celle-ci. Néanmoins, de l'avis de leurs Seigneuries, les limites du pouvoir d'intervention de la cour sont strictement circonscrites. Il appartient au contribuable de faire la preuve qu'il y a un motif d'intervention, à défaut de quoi, la décision du ministre doit prévaloir. En outre, à moins que l'on n'établisse que le ministre a violé un principe de droit, la cour, de l'avis de leurs Seigneuries, ne peut intervenir: l'article fait du ministre le seul juge de ce qui est raisonnable ou normal et la cour n'est pas libre de substituer son opinion à la sienne. [Je souligne.]

I entertain little doubt that, in the case at bar, the scope of the review is more limited than the scope of the initial determination. Since the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal are not empowered to hear evidence *de novo*, the restrictive interpretation of the Privy Council in *Wrights' Ropes* takes on all the more significance here.

A second illustration is provided by *Rowntree Co. v. Paulin Chambers Co.*, [1968] S.C.R. 134, where this Court determined the nature of the appeal from the Registrar of Trade Marks' decision not to allow a proposed trade mark on the basis that it was confusing with a previously issued trade mark. In determining whether a trade mark is confusing, the Act directs the Registrar to "have regard to all the surrounding circumstances" including the "inherent distinctiveness" of the proposed trade mark, the "length of time" the previous trade mark has been registered, the "nature of the wares", the "nature of the trade" and the "degree of resemblance" between the two trade marks. Note how this statutory direction resembles the list of factors set out in s. 16(2) of the *Young Offenders Act*. At any rate, in *Paulin Chambers*, the Registrar exercised his discretion and refused to grant a trade mark for the word "Smoothies" on the grounds that it could be confused with the previously issued trade mark under the word "Smarties". On appeal, the trial judge reversed the Registrar's conclusion. On appeal to this Court, the Registrar's finding was reinstated. A restrictive interpretation of the allowable scope of review was adopted by this Court (at p. 138):

It is contended on behalf of the respondent that the conclusion reached by the learned trial judge should not be disturbed having regard to the terms of s. 55(5) of the Act which provides that "on the appeal . . . the Court may exercise any discretion vested in the Registrar". I do not, however, take this as meaning that the Court is entitled to substitute its view for that of the Registrar unless it can be shown that he proceeded on some wrong principle or that he failed to exercise his discretion judicially. [Emphasis added.]

J'ai peu de doute qu'en l'espèce, l'étendue du pouvoir de révision est plus restreint que celle de la décision initiale. Puisque la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel n'ont pas le pouvoir d'entendre les témoignages *de novo*, l'interprétation restrictive du Conseil privé dans l'arrêt *Wrights' Ropes* revêt encore plus d'importance ici.

On en trouve une deuxième illustration dans l'arrêt *Rowntree Co. v. Paulin Chambers Co.*, [1968] R.C.S. 134, où notre Cour a défini la nature de l'appel interjeté contre la décision du registraire des marques de commerce de refuser une marque de commerce proposée parce qu'elle créait de la confusion avec une marque de commerce délivrée antérieurement. Pour déterminer si une marque de commerce crée de la confusion, la Loi prévoit que le registraire doit «tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce», y compris le «caractère distinctif inhérent» de la marque de commerce proposée, la «durée» d'enregistrement de la marque de commerce antérieure, le «genre de marchandises», la «nature du commerce» et le «degré de ressemblance» entre les deux marques de commerce. La similarité entre l'obligation ainsi prévue par la loi et la liste des facteurs énumérés au par. 16(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est remarquable. Quoi qu'il en soit, dans l'arrêt *Paulin Chambers*, le registraire avait exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé d'accorder une marque de commerce pour le terme «Smoothies» parce qu'il pouvait créer de la confusion avec la marque de commerce délivrée antérieurement pour le terme «Smarties». En appel, le juge de première instance a infirmé la conclusion du registraire. En appel devant notre Cour, la conclusion du registraire a été rétablie. Notre Cour a adopté une interprétation restrictive de l'étendue du pouvoir de révision (à la p. 138):

[TRADUCTION] On prétend au nom de l'intimée que la conclusion du savant juge de première instance ne devrait pas être modifiée compte tenu des termes du par. 55(5) de la Loi qui prévoit que «[L]ors de l'appel . . . la Cour peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi». Cependant, je ne crois pas que cela signifie que la Cour a le pouvoir de substituer sa propre opinion à celle du registraire à moins d'établir qu'il a appliqué un principe erroné ou qu'il n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire judiciairement. [Je souligne.]

In another case, *Canadian Motorways Ltd. v. Laidlaw Motorways Ltd.*, [1974] S.C.R. 675, this Court determined the related issue of the scope of review in the context of an assessment by the Minister of Corporations that the corporate name "Laidlaw Motorways" was not so similar to the name "Canadian Motorways" so as to be likely to deceive, within the meaning of the applicable legislation. The statute provided a right of "review" to the courts:

12. . . .

(3) A person who feels aggrieved . . . may . . . apply to the court for a review of the matter, and the court may make an order changing the name of the corporation to such name as it deems proper or may dismiss the application.

While this right of "review" might at first blush appear to confer a large discretion upon the reviewing court, a majority of this Court determined that this was not so. Laskin J. (as he then was), for himself and Spence J., wrote (at p. 683):

The Court, in the exercise of the power of review conferred by s. 12(3), is undoubtedly authorized to consider the meaning and application of the statutory standard fixed under s. 12(1). There is, however, the anterior question of the scope of the power of review which has been granted. "Review" is not a hearing *de novo* but is related here to a prior administrative decision. I do not read the power to review as authorizing a substitution of a judicial for an administrative opinion on no other basis than disagreement with the administrative decision. Nor do I regard it as permitting a Court to come to a different conclusion merely on the basis of its conclusion as to the weight of the evidence which was before the administrative authority. [Emphasis added.]

Pigeon J. agreed in the result but expressed the view that he saw no difference between a right of appeal and a right of review to a court. This led him to adopt a somewhat wider basis for intervention than the one advocated by Laskin and Spence J.J. in the same case. Pigeon J. concluded that the reviewing court was empowered to reconsider the merits, although he did remark that such reconsideration should be exercised "always remembering that this being a specialized judge with particular experience in the matter at hand, due weight is to be given to his conclusions" (p. 689). This test is

Dans un autre arrêt, *Canadian Motorways Ltd. c. Laidlaw Motorways Ltd.*, [1974] R.C.S. 675, notre Cour s'est prononcée sur la question connexe de l'étendue du pouvoir de révision dans le contexte d'un examen effectué par le ministre des Corporations qui avait décidé que le nom corporatif «Laidlaw Motorways» ne ressemblait pas au nom «Canadian Motorways» au point d'induire en erreur au sens de la loi applicable. La loi prévoyait un droit de «révision» devant les tribunaux:

[TRADUCTION] 12. . . .

(3) Une personne qui s'estime lésée [...] peut, [...] s'adresser à la cour pour faire réviser la question, et la cour peut rendre une ordonnance changeant le nom de la compagnie en un nom qu'elle considère appropriée ou peut rejeter la demande.

Bien que ce droit de «révision» semble, à première vue, conférer un large pouvoir discrétionnaire au tribunal qui siège en révision, notre Cour, à la majorité, a conclu qu'il n'en était pas ainsi. Le juge Laskin (tel était alors son titre) a écrit, en son nom et au nom du juge Spence (à la p. 683):

La Cour, dans l'exercice du pouvoir de révision que lui confère l'art. 12, par. (3), est incontestablement autorisée à examiner la signification et l'application de la norme légale fixée par le par. (1) de l'art. 12. Il y a, cependant, la question préalable de l'étendue du pouvoir de révision qui a été accordé. La «révision» n'est pas une audition *de novo*, elle se rattache ici à une décision administrative antérieure. Je ne considère pas que le pouvoir de révision autorise à remplacer un avis administratif par un avis judiciaire pour le seul motif d'un désaccord avec la décision administrative. Je ne considère pas non plus qu'il permet à une cour de conclure différemment simplement à cause de la conclusion à laquelle elle est parvenue quant au poids de la preuve produite devant l'autorité administrative. [Je souligne.]

Le juge Pigeon qui a souscrit à la conclusion, a exprimé l'avis qu'il ne voyait aucune différence entre un droit d'appel et un droit de révision devant un tribunal. Il a donc attribué une portée plus large à l'intervention que celle que proposaient les juges Laskin et Spence dans la même affaire. Le juge Pigeon a conclu que le tribunal qui siège en révision avait le pouvoir de réexaminer le bien-fondé de la décision tout en faisant observer que ce réexamen devrait être fait «en se rappelant toujours que puisqu'il s'agit d'un juge spécialiste possédant une expérience particulière de la ques-

akin to the one put forward by the Quebec Court of Appeal in *J.R.D.*

Under s. 16(9) and (10), in light of s. 5, the general economy of the Act and the necessarily incidental creation of a specialized body of decision-makers, paying due tribute to curial deference in the Youth Court's area of expertise, the discretion to confirm or reverse the decision of the Youth Court can, in my view, be exercised only in cases where there is a serious ground for intervention. Errors of fact as well as errors of law would constitute such serious grounds, but the test is intended to allow a somewhat broader basis for review. In some cases, it could allow the discretion to review to be exercised where there is a substantial discrepancy between the reviewing court's and the Youth Court's assessment of the relevant factors. This test recognizes the privileged position of the transfer hearing judge in determining questions of fact in the Youth Court's area of expertise and makes fitting allowance for the judge's familiarity with the resources of the youth care system, while at the same time breathing life into the right of appeal.

This interpretation of s. 16(9) and (10) accommodates a sound policy reason not to allow unfettered discretion to the reviewing court. Such a discretion would necessarily encourage a multiplicity of appeals which, in turn, would spoil Parliament's intention to resolve transfer hearings speedily and expertly. Dragging the matter into appeal seriously hampers a young offender's entitlement to the rehabilitative resources of the youth system. Parliament could not have intended this drastic consequence to result from its decision to exceptionally allow the review of transfer hearings.

In conclusion on this point, it is my view that the Court of Appeal erred in proceeding on the basis that it could simply substitute its own appreciation

tion en jeu, il faut attribuer à ses conclusions une valeur spéciale» (p. 689). Ce critère est semblable à celui que la Cour d'appel du Québec a proposé dans l'arrêt *J.R.D.*

<sup>a</sup> En vertu des par. 16(9) et (10) et compte tenu de l'art. 5, de l'économie générale de la Loi et de la création nécessairement incidente d'un organisme décisionnel spécialisé, ainsi que pour respecter la retenue judiciaire envers le tribunal pour adolescents dans son domaine d'expertise, j'estime que le pouvoir discrétionnaire de confirmer ou d'infirmier la décision d'un tribunal pour adolescents ne peut être exercé que dans les cas où il existe un motif sérieux justifiant l'intervention. Les erreurs de fait ainsi que les erreurs de droit constituent de tels motifs sérieux mais le test proposé est destiné à reconnaître une portée un peu plus large à la révision. Dans certains cas, ce test justifierait l'exercice du pouvoir discrétionnaire là où il existe un écart important entre l'évaluation des facteurs pertinents par le tribunal pour adolescents et par le tribunal de révision. Tout en conservant une signification réelle au droit d'appel, ce test reconnaît la situation privilégiée du juge qui entend la demande de renvoi lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de fait qui relèvent du domaine d'expertise du tribunal pour adolescents et sa familiarité avec les ressources d'un système conçu pour la protection des adolescents.

Cette interprétation des par. 16(9) et (10) se marie bien avec les solides raisons de principe qu'il y a à ne pas accorder un pouvoir discrétionnaire illimité au tribunal de révision. Un tel pouvoir discrétionnaire entraînerait nécessairement la multiplication des appels et, de ce fait, irait à l'encontre de l'intention du Parlement de disposer de façon expéditive et experte des demandes de renvoi. Porter l'affaire en appel est une sérieuse atteinte au droit du jeune contrevenant de bénéficier des ressources de réadaptation qu'offre le système pour adolescents. Le Parlement n'a pu avoir l'intention que sa décision de permettre exceptionnellement la révision en matière de renvoi ait des conséquences aussi draconiennes.

Pour conclure sur ce point, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en procédant sur la base qu'elle pouvait simplement substituer sa

as to whether a transfer should be ordered. It found no error in the legal principles applied by the Youth Court judge. Nor did it state any serious ground for intervention, as I next propose to show by considering how the Court of Appeal interpreted the test for transfer.

### III—Test for Transfer

The test, set out by s. 16(1) of the *Young Offenders Act* for transfer, is a balancing test:

16. (1) At any time after an information is laid against a young person alleged to have, after attaining the age of fourteen years, committed an indictable offence . . . a youth court may . . . if the court is of the opinion that, in the interest of society and having regard to the needs of the young person, the young person should be proceeded against in ordinary court, order that the young person be so proceeded . . .

In making this assessment, the Youth Court is directed to a number of factors listed in s. 16(2) which I reproduce again for convenience:

(2) In considering an application under subsection (1) in respect of a young person, a youth court shall take into account

(a) the seriousness of the alleged offence and the circumstances in which it was allegedly committed;

b) the age, maturity, character and background of the young person and any record or summary of previous findings of delinquency under the *Juvenile Delinquents Act* [c. J-3 of the Revised Statutes of Canada, 1970] or previous findings of guilt under this or any other Act of Parliament or any regulation made thereunder;

(2) Le tribunal pour adolescents saisi d'une demande présentée en vertu du paragraphe (1) et visant un adolescent, doit tenir compte des éléments suivants:

a) la gravité de l'infraction et ses circonstances;

b) l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent, de même que tout résumé des délits antérieurs relevant de la *Loi sur les jeunes délinquants*, [chap. J-3 des Statuts révisés du Canada de 1970] ou des déclarations de culpabilités antérieures intervenues dans le cadre de la présente loi, ou de toute autre loi du Parlement ou de leurs règlements d'application;

propre opinion à celle du tribunal pour déterminer si le renvoi devait être ordonné. Elle n'a trouvé aucune erreur dans les principes juridiques appliqués par le juge du tribunal pour adolescents. Elle n'a pas non plus fait état de motif sérieux d'intervention comme je me propose maintenant de le démontrer en examinant comment la Cour d'appel a interprété le test du renvoi.

### b III—Le test du renvoi

Le test établi au par. 16(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* pour décider d'un renvoi exige qu'on soupèse divers facteurs:

16. (1) Dans les cas où l'adolescent, qui, à la suite d'une dénonciation, se voit imputer un acte criminel [...] qu'il aurait commis après avoir atteint l'âge de quatorze ans, le tribunal pour adolescents peut [...] ordonner le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente [...] s'il estime que, dans l'intérêt de la société et compte tenu des besoins de l'adolescent, le renvoi de la cause devant cette juridiction s'impose.

Pour effectuer son évaluation, le tribunal pour adolescents doit tenir compte d'un certain nombre de critères énumérés au par. 16(2) que je cite à nouveau pour plus de commodité:

(2) In considering an application under subsection (1) in respect of a young person, a youth court shall take into account

(a) the seriousness of the alleged offence and the circumstances in which it was allegedly committed;

b) the age, maturity, character and background of the young person and any record or summary of previous findings of delinquency under the *Juvenile Delinquents Act* [c. J-3 of the Revised Statutes of Canada, 1970] or previous findings of guilt under this or any other Act of Parliament or any regulation made thereunder;

(2) Le tribunal pour adolescents saisi d'une demande présentée en vertu du paragraphe (1) et visant un adolescent, doit tenir compte des éléments suivants:

a) la gravité de l'infraction et ses circonstances;

b) l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent, de même que tout résumé des délits antérieurs relevant de la *Loi sur les jeunes délinquants*, [chap. J-3 des Statuts révisés du Canada de 1970] ou des déclarations de culpabilités antérieures intervenues dans le cadre de la présente loi, ou de toute autre loi du Parlement ou de leurs règlements d'application;

(c) the adequacy of this Act, and the adequacy of the *Criminal Code* or other act of Parliament that would apply in respect of the young person if an order were made under subsection (1), to meet the circumstances of the case;

(d) the availability of treatment or correctional resources;

(e) any representations made to the court by or on behalf of the young person or by the Attorney General or his agent; and

(f) any other factors that the court considers relevant.

c) l'opportunité, compte tenu des circonstances de l'espèce, de soumettre l'adolescent à la présente loi ou au *Code criminel* ou à une autre loi du Parlement, si une ordonnance était rendue en conformité avec le paragraphe (1);

d) l'existence de moyens de traitement ou de réadaptation;

e) les observations qui lui ont été présentées par l'adolescent ou en son nom, par le procureur général ou par le représentant de celui-ci;

f) tous autres éléments qu'il considère pertinents.

(c) the adequacy of this Act, and the adequacy of the *Criminal Code* or other act of Parliament that would apply in respect of the young person if an order were made under subsection (1), to meet the circumstances of the case;

(d) the availability of treatment or correctional resources;

(e) any representations made to the court by or on behalf of the young person or by the Attorney General or his agent; and

(f) any other factors that the court considers relevant.

c) l'opportunité, compte tenu des circonstances de l'espèce, de soumettre l'adolescent à la présente loi ou au *Code criminel* ou à une autre loi du Parlement, si une ordonnance était rendue en conformité avec le paragraphe (1);

d) l'existence de moyens de traitement ou de réadaptation;

e) les observations qui lui ont été présentées par l'adolescent ou en son nom, par le procureur général ou par le représentant de celui-ci;

f) tous autres éléments qu'il considère pertinents.

Here again the history of the legislation is instructive. Prior to 1982, s. 9 of the *Juvenile Delinquents Act* allowed a transfer provided the youth court "is of the opinion that the good of the child and the interest of the community demand it". In expounding what the words "good of the child" meant, juvenile courts under the previous legislation did not benefit from a statutory description of the relevant factors as is today present in s. 16(2). While the "good of the child" initially had been held by the case law to encompass the benefits of a public criminal trial, the courts gradually rejected this approach and eventually came to recognize that the expression chiefly alluded to the likelihood of successful treatment. As noted by Bowker (*loc. cit.*, at p. 391):

More and more, the paramount consideration in determining the "good of the child" focused on the juvenile's potential for rehabilitation within the Juvenile Court system.

This approach was adopted by Parliament in enacting the *Young Offenders Act* and is enshrined in s. 16(2)(b), (c) and (d).

The needs of the young person find expression in s. 16(2)(b). In requiring the Youth Court judge to consider the age, maturity and character of the offender, Parliament recognizes that the special treatment of young offenders is premised in part

Ici encore l'historique législatif est révélateur. Avant 1982, l'art. 9 de la *Loi sur les jeunes délinquants* autorisait le renvoi si le tribunal pour adolescents était d'avis «que le bien de l'enfant et l'intérêt de la société [l'exigeaient]». Pour donner un sens à l'expression «le bien de l'enfant», les cours pour jeunes délinquants ne disposaient pas, en vertu de l'ancienne loi, d'une description des facteurs pertinents semblable à celle aujourd'hui prévue au par. 16(2). Bien que la jurisprudence ait d'abord établi que «le bien de l'enfant» comprenait les avantages d'un procès criminel public, les tribunaux ont graduellement rejeté cette interprétation et ont éventuellement reconnu que l'expression visait essentiellement la possibilité d'un traitement efficace. Comme le souligne Bowker (*loc. cit.*, à la p. 391):

[TRANSDUCTION] De plus en plus, pour déterminer «le bien de l'enfant», la considération prépondérante s'est axée sur les possibilités de réadaptation du jeune à l'intérieur du système conçu pour les jeunes délinquants.

Le Parlement a adopté cette interprétation en édictant les al. 16(2)b), c) et d) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Les besoins de l'adolescent sont mentionnés à l'al. 16(2)b). En exigeant que le juge du tribunal pour adolescents tienne compte de l'âge, du degré de maturité et du caractère du contrevenant, le Parlement reconnaît que le traitement particulier

on their immaturity. This immaturity would cause young persons to be unable to fully evaluate the consequences of their actions, on the one hand, and, on the other, it also facilitates their rehabilitation. In addition, when associating with adult criminals in an adult prison, the immaturity of youths gives rise to legitimate fears that they will forever lose any hope of being rehabilitated. The consequences of incarceration in adult quarters may not only be drastic but in some cases fatal. The decision to transfer a youth to adult prison is a most serious decision, one which may possibly cause irreparable damage to the youth and to society as well.

Accordingly, any evidence that the emotional and intellectual development of the young offender is greater than one could expect of a person of the same physical age may suggest that the Youth Court's exclusive jurisdiction should be waived. Conversely, evidence of immaturity or impressionability would militate in favour of tending to the young person's needs within the system. The young person's age and criminal background are to be considered in this context. Where there is a reasonable likelihood that the young person's immaturity and character could work to his disadvantage in the ordinary court or correctional facilities, s. 16(2)(b) weighs against transfer.

Section 16(2)(c) directs the Youth Court judge, in light of all the circumstances, to assess the respective suitability of the *Young Offenders Act*, the *Criminal Code* and any other relevant Act. The Youth Court judge must first consider any circumstances which may diminish the likelihood that the objective of reformation of criminal behaviour set out by the Act will be attained in the circumstances of the case. For instance, evidence that the proposed treatment will take longer than the period of custody allowed for by the legislation is relevant here. To take another example, the fact that the offence was committed against, or within, the youth system would tend to indicate that the system, and therefore the Act, is inadequate. As well, evidence that the protection of society cannot

accordé aux jeunes contrevenants est fondé en partie sur leur manque de maturité. Ce manque de maturité, d'une part, empêcherait les adolescents d'évaluer pleinement les conséquences de leurs actes et, d'autre part, faciliterait leur réadaptation. En outre, si ces adolescents sont incarcérés avec des adultes criminels dans une prison pour adultes, ce manque de maturité peut susciter la crainte légitime qu'ils perdent tout espoir de réadaptation. Les conséquences d'un emprisonnement dans un milieu adulte peuvent être très graves, voire dans certains cas fatales. Le renvoi d'un adolescent dans une prison pour adultes est une décision des plus graves, qui peut causer à l'adolescent ainsi qu'à la société un tort irréparable.

Par conséquent, la preuve que le développement émotif et intellectuel du jeune contrevenant est supérieur à celui auquel on pourrait s'attendre d'une personne du même âge peut indiquer que le tribunal pour adolescents devrait renoncer à sa compétence exclusive. Inversement, la preuve du manque de maturité ou de l'impressionnabilité serait de nature à indiquer qu'il serait préférable de répondre aux besoins de l'adolescent à l'intérieur du système. L'âge et les antécédents criminels de l'adolescent doivent être considérés dans ce contexte. Lorsqu'il est raisonnable de croire que le manque de maturité et le caractère de l'adolescent pourraient le désavantager devant la juridiction normalement compétente ou dans un service correctionnel, l'al. 16(2)b) joue contre le renvoi.

L'alinéa 16(2)c) impose au juge du tribunal pour adolescents d'évaluer, compte tenu des circonstances, l'opportunité de soumettre l'adolescent à la *Loi sur les jeunes contrevenants*, au *Code criminel* ou à une autre loi pertinente. Le juge du tribunal pour adolescents doit d'abord examiner toute circonstance qui, en l'espèce, peut réduire les chances d'atteindre l'objectif établi par la Loi, c'est-à-dire la modification du comportement criminel. Par exemple, la preuve que le traitement envisagé prendra plus de temps que la période de détention prévue par la Loi est pertinente ici. Comme autre exemple, le fait que l'infraction ait été commise contre le système pour adolescents ou à l'intérieur de celui-ci semblerait indiquer que le système, et donc la Loi, est inadéquat. De même,

be ensured by detention facilities of the youth system, such as a prior record of escape in the case of a violent offender, would be apposite here. This is not intended to be an exhaustive list of factors. If the judge finds that the youth system offers no reasonable likelihood that the rehabilitation objective will be attained, then that is the end of the inquiry under s. 16(2)(c). If, however, such a possibility exists, then the judge must move to a second level of inquiry. The judge must turn to evidence that the rehabilitation needs of the young person could be served in the ordinary penitentiary system. The potential for treatment must then be appraised and compared. Transfer would be favoured if the likelihood of successful treatment in the ordinary penitentiary system is greater than the same likelihood in the youth system.

Section 16(2)(d) speaks for itself, although once again there is a slight discrepancy between the English and French texts. The French text clearly states that the availability of means of “treatment or rehabilitation” are to be considered. The English text instead refers to “treatment or correctional resources”. I think this is a proper case for the application of the *ejusdem generis* rule. The criminal law is premised on the availability of correctional resources. If the section read “the availability of correctional resources”, it would be meaningless. Consequently, the word “correctional” must be given a meaning consistent with the companion word “treatment”. It follows that, under s. 16(2)(d), germane evidence includes evidence that the youth court system does not provide the facilities needed to treat that young person. Equally relevant is evidence that the youth has exhausted the resources of the system.

The other major element to be balanced, the “interest of society”, is a broad concept. On the one hand, it incorporates the legitimate interest that those persons guilty of a criminal offence will be prosecuted and convicted. Reinforcement of fundamental societal values through the deterrence of criminal conduct and the punishment of

la preuve que la protection de la société ne peut être assurée par les centres de détention du système pour adolescents, comme la preuve d’une évasion antérieure dans le cas d’un criminel violent, serait appropriée ici. Cette liste n’est pas nécessairement exhaustive des facteurs à considérer. Si le juge estime que le système pour adolescents n’offre aucune chance raisonnable de parvenir à l’objectif de réadaptation, l’examen de l’al. 16(2)c prend alors fin. Cependant, s’il en est autrement, le juge doit alors entreprendre la deuxième étape de l’enquête. Le juge doit examiner la preuve que le système pénitencier ordinaire pourrait répondre aux besoins de l’adolescent en matière de réadaptation. Les possibilités de traitement doivent ensuite être évaluées et comparées. Le renvoi sera préféré si les chances de succès d’un traitement dans le système pénitencier ordinaire sont plus grandes que celles offertes dans le système pour adolescents.

L’alinéa 16(2)d parle de lui-même, bien qu’il y ait encore une fois un léger écart entre les versions anglaise et française. La version française dit clairement qu’il faut tenir compte de l’existence de moyens «de traitement ou de réadaptation». La version anglaise parle de «treatment or correctional resources». Je crois qu’il s’agit-là d’un cas approprié pour l’application de la règle *ejusdem generis*. Le droit criminel est fondé sur l’existence de mesures correctionnelles. Si la version anglaise ne mentionnait que «*the availability of correctional resources*», elle n’aurait aucun sens. Par conséquent, il faut donner au terme anglais «*correctional*» un sens qui soit compatible avec le terme anglais «*treatment*». Il s’ensuit que, en vertu de l’al. 16(2)d, la preuve pertinente comprend la preuve que le système pour adolescents n’a pas les ressources nécessaires pour traiter cet adolescent. La preuve que l’adolescent a épuisé les ressources du système est tout aussi pertinente.

L’autre facteur principal à soupeser, «l’intérêt de la société», est un concept large. D’une part, en fait partie l’intérêt légitime de la société dans la poursuite et la condamnation des personnes qui ont commis un acte criminel. Le renforcement des valeurs fondamentales de la société par la dissuasion des comportements criminels et la punition



criminals is a legitimate goal for the benefit of society. On the other hand, society's interest also commands the rehabilitation of criminals and their reintegration into society. This is especially relevant in the case of young criminals for whom the possibilities of rehabilitation are greater. The preamble to the 1908 legislation stresses that the welfare of the community demands that young offenders be "subjected to such wise care, treatment and control as will tend to check their evil tendencies and to strengthen their better instincts". Indeed, the *Young Offenders Act* itself is premised in part on the notion that the reformation of the young criminal is in the interest of all, in accord with the truism that the youths of today contain the hope for tomorrow's society. These objectives, though complemented by other policies, have not been set aside by Parliament in the legislative reform of 1982.

At this juncture, I find it necessary to remark on a proposition which has found some support in the case law. Under s. 9 of the previous Act, in deciding whether to allow transfer, the Youth Court judge was directed to have regard to "the good of the child and the interest of the community". Section 16(1) reversed the order of these factors, pressing the Youth Court judge to consider "the interest of society and having regard to the needs of the young person". Some courts have considered this shift in emphasis to indicate that a priority attaches to the interest of society. In *R. v. L.A.M.* (1986), 33 C.C.C. (3d) 364 (B.C.C.A.), the court speaks of "a clear shift of emphasis in favour of the interest of society" and in *R. v. M.*, *supra*, the court mentions "a slight emphasis on the interest of society" (p. 541). However, in other decisions, this change in drafting gives no preponderance whatsoever to the interest of society. I adopt as my own the following passage of MacKinnon A.C.J.O.'s reasons in *M.A.Z.*, *supra*, at p. 162:

In light of s. 3, I do not think that the interest of society or the needs and interests of the young person are to be given greater importance one over the other.

des criminels constitue un objectif légitime dans l'intérêt de la société. D'autre part, l'intérêt de la société exige également la réadaptation des criminels et leur réinsertion dans la société. Cet aspect est particulièrement important dans le cas de jeunes contrevenants, car ils ont de meilleures chances de réadaptation. Le préambule de la loi de 1908 souligne que le bien de la société exige que les jeunes contrevenants soient «soumis à une surveillance, à un traitement et à un contrôle éclairés tendant à réprimer leurs inclinations mauvaises et affermir leurs meilleurs instincts». En fait, la *Loi sur les jeunes contrevenants* est elle-même fondée en partie sur l'idée que la réadaptation des jeunes contrevenants est dans l'intérêt de tous et conforme à l'adage que les jeunes d'aujourd'hui sont l'espoir de la société de demain. Au cours de la réforme législative de 1982, le Parlement n'a pas renié ces objectifs, bien que d'autres principes s'y soient ajoutés.

À ce stade-ci, j'estime qu'une remarque s'impose sur une proposition qui a trouvé un certain appui dans la jurisprudence. En vertu de l'art. 9 de l'ancienne loi, le juge du tribunal pour adolescents saisi d'une demande de renvoi devait tenir compte «[du] bien de l'enfant et [de] l'intérêt de la société». Le paragraphe 16(1) a inversé l'ordre de ces facteurs, le juge devant prendre sa décision dans «l'intérêt de la société et compte tenu des besoins de l'adolescent». Certains tribunaux ont jugé que cette différence d'emphase indiquait qu'une priorité devait être accordée à l'intérêt de la société. Dans l'arrêt *R. v. L.A.M.* (1986), 33 C.C.C. (3d) 364 (C.A.C.-B.), la cour signale [TRADUCTION] «un déplacement clair dans l'ordre d'importance des facteurs en faveur de l'intérêt de la société», et dans l'arrêt *R. v. M.*, précité, la cour mentionne [TRADUCTION] «un certain accent sur l'intérêt de la société» (p. 541). Cependant, dans d'autres décisions, les tribunaux ont indiqué que ce changement dans la rédaction ne donnait aucune prépondérance à l'intérêt de la société. Je fais mien le passage suivant des motifs du juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario dans l'arrêt *M.A.Z.*, précité, à la p. 162:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'art. 3, je ne crois pas qu'il faille accorder plus d'importance à l'intérêt de la société ou aux besoins et intérêts de l'adolescent. Ces

They are to be weighed against each other having regard to the matters directed to be considered in s. 16(2).

The interest in reinforcing fundamental societal values finds incidental expression in s. 16(2)(a). The seriousness of an offence relates only indirectly to the rehabilitative objectives of the legislation. The more fundamental purpose of this element would appear to be deterrence. Section 16(2)(a) is premised on the notion that some criminal conduct may not be sufficiently dissuaded when tried before the Youth Court, perhaps on account of the publicity of trials and the severity of punishment in ordinary courts. These are all characteristics of the ordinary criminal process. There is a danger in over-emphasizing the importance of this element, particularly since Parliament has not seen fit to provide for automatic transfers to adult courts for such serious crimes as murder or aggravated sexual assault. The Committee on Juvenile Delinquency aptly formulated this concern as follows (*Juvenile Delinquency in Canada*, op. cit., at p. 79):

[I]t does not follow from the fact alone that an offence is one that the law regards as particularly heinous, including on occasion even murder or rape, that an offender is not amenable to the treatment approach of the juvenile court, however much public sentiment may be aroused.

Youths involved in allegedly serious offences may be as much if not more in need of the treatment provided to other youths. The seriousness of the offence may or may not have great bearing on the potential for rehabilitation. It captures the right of society to be vindicated. In this respect, one author commented (Jane Morley, "Transfer of Children to the Ordinary Criminal Courts: A Case of Legislative Limbo" (1979), 5 *Queen's L.J.* 288, at p. 307):

Accepting seriousness as an appropriate criterion causes additional problems in that it leaves the door open to the influence of public opinion. A child who commits a heinous act for whatever reasons is in a very poor position. The more violent and contemptible the offence, the more publicity it will receive and the more public outrage will be generated. In such cases, serious-

facteurs doivent être soupesés l'un en regard de l'autre compte tenu des éléments à examiner en vertu du par. 16(2).

L'intérêt qu'il y a à renforcer certaines valeurs fondamentales de la société est exprimé de façon incidente à l'al. 16(2)a). La gravité d'une infraction ne se rapporte que de façon indirecte aux objectifs de réadaptation prévus dans la Loi. L'objet le plus fondamental de ce facteur semblerait être la dissuasion. L'alinéa 16(2)a) repose sur la possibilité que le procès devant le tribunal pour adolescents ne constitue pas une dissuasion suffisante pour certains comportements criminels par comparaison peut-être avec le caractère public des procès et la sévérité des peines devant les tribunaux ordinaires. Ce sont là des caractéristiques du processus criminel ordinaire. On risque d'exagérer l'importance de cet élément, alors même que le Parlement n'a pas jugé bon de renvoyer automatiquement les adolescents devant les tribunaux pour adultes dans le cas des crimes graves comme le meurtre ou l'agression sexuelle grave. Le Comité sur la délinquance juvénile a formulé avec justesse cette préoccupation de la façon suivante (*Délinquance juvénile au Canada*, op. cit., à la p. 88):

[C]e n'est pas parce qu'une infraction est particulièrement odieuse selon la loi (pouvant aller parfois jusqu'au meurtre ou au viol), qu'un criminel ne peut être jugé par un tribunal pour mineurs et ne peut bénéficier du «traitement» qui caractérise ce tribunal, quelle que soit l'émotion suscitée dans le public.

Les adolescents impliqués dans des crimes graves ont tout autant besoin, sinon plus, des traitements offerts aux autres adolescents. La gravité de l'infraction peut avoir ou ne pas avoir d'incidence sur les chances de réadaptation. Cet élément est lié au droit de la société de se défendre. À cet égard, un auteur fait remarquer (Jane Morley, «Transfer of Children to the Ordinary Criminal Courts: A Case of Legislative Limbo» (1979), 5 *Queen's L.J.* 288, à la p. 307):

[TRADUCTION] Le fait d'accepter la gravité de l'infraction comme un critère approprié entraîne d'autres difficultés en ce sens que ce critère ouvre la porte à l'influence de l'opinion publique. L'enfant qui commet un acte odieux, peu importe les raisons, est dans une situation très pénible. Plus le crime sera violent et odieux, plus il fera l'objet de publicité et plus il suscitera

ness is a convenient handle by which to justify fulfilling community expectations.

On the other hand, the punishment provided by the Act may be thought to be inadequate in the face of a particularly revolting crime. This is no doubt a legitimate concern but the shortcomings of the legislation, which the legislature can always rectify, should not penalize young offenders. Perhaps the difficulties experienced by the Court of Appeal of Alberta in the present case find their origin in the considerable difference between the length of incarceration provided for by the *Criminal Code* and the length of custody allowed by the *Young Offenders Act* in connection with the most serious offences. If the Act allowed for longer periods of treatment perhaps the courts would be less inclined to lose sight of the commitment toward the rehabilitation of young offenders. However, this is not a concern for the courts. As noted by MacKinnon A.C.J.O. in *M.A.Z.*, *supra*, at p. 162:

This is obviously an area for consideration and possible amendment by those responsible for the Act.

I find it appropriate here to stress that, as the transfer hearing proceeds before the trial, the offence charged is not to be taken as having been established. Neither are the alleged circumstances to be taken as proven facts. It may very well turn out that the evidence does not support the initial charge and allegations. The present case illustrates this. During his oral pleading, counsel informed this Court that while this appeal was pending, S.H.M.'s case proceeded to preliminary inquiry, albeit over the objections of the youth. Counsel added that, as a result of the inquiry, S.H.M. was committed for trial, not on a charge of first degree murder, but rather on a charge of second degree murder.

In light of this background I now propose to briefly review the findings made in the courts below with respect to each of the factors enumerated in s. 16(2).

Pursuant to s. 16(2)(a), Gerhart Prov. Ct. J. considered the seriousness of the offence. He noted

l'indignation du public. Dans de tels cas, la gravité de l'infraction est un moyen commode de justifier que l'on réponde aux attentes de la société.

Par ailleurs, la peine prévue par la Loi peut sembler inadéquate en regard d'un crime particulièrement révoltant. Il s'agit là certainement d'une préoccupation légitime, mais les lacunes de la Loi, que le législateur peut toujours corriger, ne devraient pas pénaliser les jeunes contrevenants. Il est possible que les difficultés éprouvées par la Cour d'appel de l'Alberta en l'espèce découlent de la différence considérable entre la période d'emprisonnement prévue par le *Code criminel* et la période de détention prévue par la *Loi sur les jeunes contrevenants* pour les crimes les plus graves. Si la Loi prévoyait de plus longues périodes de traitement, les tribunaux seraient peut-être moins enclins à perdre de vue l'objectif de réhabilitation des jeunes contrevenants. Il ne s'agit cependant pas d'une préoccupation qui relève des tribunaux. Comme l'a souligné le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario dans l'arrêt *M.A.Z.*, précité, à la p. 162:

[TRANSDUCTION] Il s'agit évidemment d'une question qui mérite réflexion et à laquelle les responsables de la Loi devront peut-être apporter des modifications.

J'estime qu'il faut bien souligner ici que l'audition du renvoi a lieu avant le procès et que l'infraction reprochée n'a donc pas été établie. Il ne faut pas non plus tenir les circonstances alléguées pour des faits prouvés. Il se peut fort bien que la preuve n'appuie pas l'accusation initiale et les allégations. La présente espèce illustre bien ce point. Au cours de sa plaidoirie, l'avocat de l'appelant a informé la Cour que l'enquête préliminaire dans l'affaire S.H.M. avait eu lieu alors que le pourvoi en l'espèce était pendant, malgré les objections de l'adolescent. Il a ajouté que, par suite de l'enquête, S.H.M. a été renvoyé à son procès non plus sur une accusation de meurtre au premier degré mais sur une accusation de meurtre au deuxième degré.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de revoir brièvement les conclusions des tribunaux d'instance inférieure sur chacun des facteurs énumérés au par. 16(2).

Conformément à l'al. 16(2)a), le juge Gerhart de la Cour provinciale a tenu compte de la gravité

that “[t]he offence of first degree murder is one of the most serious offences under the *Criminal Code* and for which the minimum punishment is life imprisonment” and that “[t]he allegation of the commission of a serious offence such as murder is a weighty factor . . . .” Gerhart Prov. Ct. J. also considered the circumstances of the alleged offence, noting that the Crown had “submitted evidence in support of the proposition that S.H.M. was a party to the brutal, callous, senseless slaying” of Dreifus. He concluded:

The seriousness of the alleged offence and the circumstances alleged surrounding their commission, without more, would seem to weigh in favour of a transfer.

In the Court of Queen’s Bench, Miller A.C.J.Q.B. was not blind to the element of seriousness. In dismissing the application for review, he stated that he did “in no way wish to minimize the gravity of the offence and some of the surrounding circumstances”.

In the Court of Appeal, Laycraft C.J.A. shared the assessment of the Youth Court judge that the element of seriousness favored transfer. His reasons for judgment suggest that he was strongly impressed by “the callous and brutal nature of the crime alleged and the insensitivity of the perpetrators as they sold the property while the victim lay dead in the basement” (p. 317).

All courts below were in agreement that s. 16(2)(a) favoured transfer in the circumstances of the case.

In respect of s. 16(2)(b), S.H.M. was found to have been 17 years and eleven months of age at the time of the alleged offence. However, Gerhart Prov. Ct. J. concluded that his intellectual and emotional development were much lower than his physical age would suggest. According to a report prepared by a psychiatrist who testified for the Crown, Dr. Lang, S.H.M. has a “full-scale I.Q.” of 84, which was characterized by him as being “in the “Low Average” range of intelligence”. As well, upon cross-examination by counsel for S.H.M.,

de l’infraction. Il a souligné que [TRADUCTION] «[l]e meurtre au premier degré est une des infractions les plus graves en vertu du *Code criminel* et la peine minimale est l’emprisonnement à vie» et que «[l]’allégation de la perpétration d’une infraction grave comme le meurtre est un facteur important . . . .» Le juge Gerhart a également tenu compte des circonstances entourant l’infraction, soulignant que la poursuite avait [TRADUCTION] «présenté des éléments de preuve à l’appui de l’affirmation que S.H.M. avait participé au meurtre brutal, impitoyable et absurde» de Dreifus. Il a conclu:

[TRADUCTION] «La gravité des infractions et les circonstances entourant leur perpétration, sans plus, militent en faveur du renvoi».

En Cour du Banc de la Reine, le juge en chef adjoint Miller n’a pas ignoré l’élément de la gravité de l’infraction. En rejetant la demande d’examen, il a dit qu’il [TRADUCTION] «ne voulait en aucune façon minimiser la gravité de l’infraction et certaines des circonstances entourant sa perpétration».

En Cour d’appel, le juge en chef Laycraft a partagé l’avis du juge du tribunal pour adolescents que l’élément de gravité militait en faveur du renvoi. Dans ses motifs, il indique qu’il a été fortement impressionné par [TRADUCTION] «le caractère brutal et impitoyable du crime et l’insensibilité de ses auteurs qui vendaient les biens de la victime alors que celle-ci reposait morte au sous-sol» (p. 317).

Tous les tribunaux d’instance inférieure ont donc été d’avis que l’al. 16(2)(a) militait en faveur d’un renvoi dans les circonstances de l’espèce.

En ce qui concerne l’al. 16(2)(b), S.H.M. avait dix-sept ans et onze mois au moment de l’infraction. Le juge Gerhart a cependant conclu que son développement intellectuel et émotif était très en retard sur son âge réel. Selon le rapport préparé par le D<sup>r</sup> Lang, un psychiatre qui a témoigné pour la poursuite, S.H.M. a un [TRADUCTION] «Q.I. maximum» de 84, ce que le psychiatre estime être «moyen faible» en termes d’intelligence». De plus, dans son contre-interrogatoire par l’avocat de S.H.M., le D<sup>r</sup> Lang a décrit S.H.M. [TRADUC-

Dr. Lang characterized S.H.M. "as emotionally about 13 or 14 years of age and a follower rather than a leader, a passive, frightened little boy". Dr. Lang expressed the opinion that S.H.M. "exhibited neurotic behaviour but was not a disturbed psychotic or schizophrenic". To help S.H.M. with "life skills", Dr. Lang recommended group therapy, two hours per week, for one or two years. A report prepared by another psychiatrist, Dr. Brooks, was also adduced by the Crown. The report indicated that "[a]lthough his [S.H.M.] personality problems would benefit from treatment, this would not be essential to his well-being".

Although there is no specific acknowledgement of this in the reasons for judgment, the Predisposition Report, necessarily part of the record by virtue of s. 16(3) of the Act, records a single prior conviction as a juvenile for joyriding under s. 295 of the *Criminal Code*. S.H.M. was also convicted for gross indecency under s. 157 of the then *Criminal Code*. The report states that when S.H.M. was charged with that offence he was an adult. He appeared and pleaded guilty in the regular court on June 26, 1986. He received a suspended sentence and three years probation.

On the whole, it is fair to conclude that in Gerhart Prov. Ct. J.'s view, s. 16(2)(b) did not significantly weigh in favour of transfer in the overall assessment.

In the Court of Queen's Bench, Miller A.C.J.Q.B. did not pass upon this element in great detail, simply stating: "there is something to be said for the fact that this young man, although he has established some very bad lifestyle habits, had not come into serious difficulty with the law before this incident occurred. There is no record of prior violence".

In the Court of Appeal, Laycraft C.J.A. noted that "had the events occurred three and one-half weeks later, S.H.M. would, without more, have been liable to the full adult penalties for first

TION] «comme ayant 13 ou 14 ans sur le plan émotif et comme un suiveur plutôt qu'un meneur, un petit garçon passif et effrayé». De l'avis du D<sup>r</sup> Lang, S.H.M. [TRADUCTION] «présente un comportement névrosé mais n'est pas un psychotique ni un schizophrène dérangé». Pour aider S.H.M. à acquérir de nouveaux «mécanismes sociaux», le D<sup>r</sup> Lang a recommandé qu'il suive une thérapie de groupe, deux heures par semaine, pendant un an ou deux. La poursuite a également présenté en preuve le rapport d'un autre psychiatre, le D<sup>r</sup> Brooks, selon lequel [TRADUCTION] «un traitement serait bon pour ses problèmes de personnalité, mais cela n'est pas essentiel à son bien-être».

Bien qu'il n'y ait aucune référence spécifique à ce fait dans les motifs du jugement, le rapport prédécisionnel, qui fait nécessairement partie du dossier en vertu du par. 16(3) de la Loi, fait état d'une seule déclaration de culpabilité antérieure, alors que S.H.M. était adolescent, pour avoir pris un véhicule à moteur sans le consentement de son propriétaire, en contravention de l'art. 295 du *Code criminel*. S.H.M. a également été déclaré coupable de grossière indécence en contravention de l'art. 157 du *Code criminel* de l'époque. Le rapport mentionne que S.H.M. était adulte lorsqu'il a été accusé de cette infraction. Il a comparu et plaidé coupable devant le tribunal ordinaire le 26 juin 1986. Le tribunal a prononcé un sursis et condamné S.H.M. à trois ans de probation.

Dans l'ensemble, il est juste de conclure que, dans l'évaluation globale faite par le juge Gerhart, l'al. 16(2)(b) n'a pas pesé très lourd en faveur d'un renvoi.

En Cour du Banc de la Reine, le juge en chef adjoint Miller ne s'est pas attardé très longtemps à cet élément; il a simplement affirmé: [TRADUCTION] «il ne faut pas négliger le fait que, bien qu'il ait développé de très mauvaises habitudes de vie, ce jeune homme n'avait pas eu de sérieuses difficultés avec la justice avant cet incident. Il n'existe pas de preuve de violence antérieure».

En Cour d'appel, le juge en chef Laycraft a souligné que [TRADUCTION] «si les événements s'étaient produits trois semaines et demie plus tard, S.H.M. aurait été passible, sans plus, de la

degree murder" (p. 315). Laycraft C.J.A. also considered the emotional and intellectual development of S.H.M., though he cast doubt on the credibility of the psychiatric assessment adduced at trial (at p. 313):

His I.Q. was found to be 84 which is "low average" or "dull normal" . . . "equal to or better than only 15 per cent of his peers". His emotional age is described as 4 to 5 years lower than his chronological age. He is shy, introverted, self conscious, easily hurt and perceives himself to be isolated and disliked by his teachers and his peers. One witness describes him as passive and "more a follower than a leader" though, the Crown's allegations, if established, would not support that assessment. [Emphasis added.]

This last remark, in my respectful view, does not seem to be supported by the record.

With respect to S.H.M.'s prior convictions, Laycraft C.J.A. noted (at p. 317):

I also respectfully disagree with the observation in Court of Queen's Bench that this offender had no record of violence. His record showed two counts of sexual assault against nine and ten year old boys. Sexual assault is essentially a crime of violence even if the young victims were compliant as S.H.M. asserts. What effect this 1984 offence has on this transfer application is, of course, another matter. [Emphasis added.]

Again, these remarks do not appear to be supported by the record. The pre-disposition report adduced as evidence at trial shows a count of gross indecency (s. 157 of the then *Criminal Code*) but no count of sexual assault (s. 246 of the then *Code*). This evidence was undisputed in the Youth Court and in the Court of Queen's Bench. The written evidence adduced at the transfer hearing does not disclose the circumstances described by the Court of Appeal. Gross indecency does not necessarily involve violence. To be made out, the offence does not require the non-consensual application of force to another person as does assault.

peine applicable aux adultes pour un meurtre au premier degré» (p. 315). Le juge en chef Laycraft a également tenu compte du développement émotif et intellectuel de S.H.M., bien qu'il ait mis en doute la crédibilité de l'évaluation psychiatrique présentée au procès (à la p. 313):

[TRADUCTION] On a conclu que son Q.I. était de 84, ce qui est «moyen faible» ou «normal inférieur» . . . «égal ou supérieur à seulement 15 p. 100 de ses pairs». Son développement émotif est en retard de 4 à 5 ans sur son âge. Il est gêné, introverti, timide, facilement blessé et se considère seul et rejeté par ses professeurs et ses pairs. Selon la description d'un témoin, il est passif et «plus suiveur que meneur» bien que les allégations du ministre public, si elles sont prouvées, n'appuient pas cette évaluation. [Je souligne.]

Avec égards, il me semble que cette dernière remarque ne prend pas appui sur la preuve.

Quant aux déclarations de culpabilité antérieures de S.H.M., le juge en chef Laycraft a souligné (à la p. 317):

[TRADUCTION] Avec égards, je ne partage pas non plus la remarque en Cour du Banc de la Reine que ce contrevenant n'a pas d'antécédents de violence. Son dossier indique deux accusations d'agression sexuelle mettant en cause des garçons de neuf et dix ans. L'agression sexuelle est essentiellement un crime violent même si les jeunes victimes étaient consentantes comme l'indique S.H.M. L'effet de cette infraction, qui remonte à 1984, sur la demande de renvoi est évidemment une autre question. [Je souligne.]

Encore une fois, ces remarques ne semblent pas être étayées par le dossier. Le rapport prédécisionnel présenté en preuve indique une accusation de grossière indécence (art. 157 du *Code criminel* de l'époque) mais aucune d'agression sexuelle (art. 246 du *Code* de l'époque). Cette preuve n'a pas été contestée devant le tribunal pour adolescents ni devant la Cour du Banc de la Reine. La preuve écrite présentée à l'audition du renvoi ne révèle pas les circonstances décrites par la Cour d'appel. L'infraction de grossière indécence ne comporte pas forcément de violence. L'infraction existe même s'il n'y a pas emploi de force sur une autre personne sans son consentement, contrairement à ce qui est le cas en matière de voies de fait.

While in Laycraft C.J.A.'s view, s. 16(2)(b) favored transfer, this conclusion was premised in substantial part on an erroneous interpretation of the evidence. In addition, the Court of Appeal did not find any palpable error in the findings of fact made by the Youth Division nor did it in any way pay curial deference to that court.

Turning to s. 16(2)(c), Gerhart Prov. Ct. J. considered the comparative "adequacy" of the *Young Offenders Act* and that of the *Criminal Code* as part of the overall balancing. The expression "adequacy" was understood to focus on the rehabilitative aspect of the respective enactments:

The minimum disposition under the *Criminal Code* for the offence of first degree murder is life imprisonment. The maximum disposition under the *Young Offenders Act* is three years secure custody.

The Court, in determining the adequacy of the *Young Offenders Act* or of the *Criminal Code*, must bear in mind the age and maturity of the young person together with any evidence as to the necessity for prolonged treatment. There is no evidence before the Court with respect to the necessity for confinement for treatment longer than available under the *Young Offenders Act*. The Court is therefore of the opinion that the *Young Offenders Act* is adequate to meet the needs of society and of the accused S.H.M.

Gerhart Prov. Ct. J. was satisfied on the evidence adduced before him that S.H.M. would be amenable to treatment within a three-year period spent in the youth system. He was of the view that the evidence did not establish that a longer treatment would be necessary.

In the Court of Queen's Bench, Miller A.C.J.Q.B. similarly contemplated the adequacy of the *Young Offenders Act* when he wrote:

Because of the reports on file which indicate that with proper guidance and some treatment, [S.H.M.] may still be salvaged and be a useful citizen to society, I am prepared to give him the benefit of the provisions of the *Young Offenders Act* . . .

Bien que le juge en chef Laycraft ait été d'avis que l'examen de l'al. 16(2)(b) militait en faveur du renvoi, cette conclusion était en bonne partie fondée sur une interprétation erronée de la preuve.

<sup>a</sup> De plus, la Cour d'appel n'a décelé aucune erreur manifeste dans les conclusions de fait du tribunal pour adolescents et n'a fait preuve d'aucune retenue judiciaire envers ce tribunal.

<sup>b</sup> Quant à l'al. 16(2)(c), le juge Gerhart de la Cour provinciale s'était livré à un examen comparatif de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et du *Code criminel* pour déterminer lequel était le plus opportun lorsqu'il a soupesé tous les facteurs. Le mot «opportunité» a été compris comme visant l'aspect réadaptation des lois respectives:

[TRADUCTION] La peine minimale en vertu du *Code criminel* pour l'infraction de meurtre au premier degré est l'emprisonnement à perpétuité. La peine maximale en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est une détention de trois ans en milieu fermé.

<sup>c</sup> Pour déterminer l'opportunité de soumettre l'adolescent à la *Loi sur les jeunes contrevenants* ou au *Code criminel*, la cour doit avoir à l'esprit l'âge et la maturité de l'adolescent ainsi que toute preuve relative à la nécessité d'un traitement prolongé. La nécessité de détenir l'adolescent pour une période de traitement plus longue que celle prévue en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'a pas été prouvée devant la cour. Par conséquent, la cour est d'avis que la *Loi sur les jeunes contrevenants* est appropriée pour répondre aux besoins de la société et à ceux de l'accusé S.H.M.

<sup>d</sup> Le juge Gerhart s'est déclaré satisfait d'après la preuve qui lui avait été présentée que S.H.M. pourrait répondre au traitement en trois ans, dans le système pour adolescents. Il a été d'avis que la nécessité d'un traitement plus long n'avait pas été établie en preuve.

<sup>e</sup> En Cour du Banc de la Reine, le juge en chef adjoint Miller a également examiné l'opportunité de soumettre l'adolescent à la *Loi sur les jeunes contrevenants* lorsqu'il a écrit:

[TRADUCTION] Puisque les rapports déposés au dossier indiquent qu'avec l'assistance nécessaire et certains traitements [S.H.M.] peut être sauvé et devenir un bon citoyen pour la société, je lui accorde les avantages des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* . . .

In the Court of Appeal, however, the emphasis was on the retributive aspect of adequacy. Laycraft C.J.A. wrote (at p. 316):

The "interest of society" to which the section [s. 16(1)] refers includes the protection of society, itself, from the offender, as well as the enforcement of the standard of penalty which Parliament has seen fit to fix for first degree murder. That crime attracts the most serious sanction in our criminal law. The sanction sets forth the reaction of Canadian society to the crime, as seen by the enactment of its elected representatives. By contrast the three year maximum penalty prescribed by the Young Offenders Act may be seen, in some cases, as an absurdly inadequate response. [Emphasis added.]

With respect for the learned opinion of the Court of Appeal, s. 16(1)(a) already provides for a consideration of the seriousness of the crime. It appears that, in considering "adequacy", the Court of Appeal in effect gave additional regard to the element of seriousness of the crime in underscoring the need for correlative punishment. In my view the Court failed to recognize that the element of "adequacy" focusses on the likelihood that the youth's need for rehabilitation and treatment will be met. As a result, while the Court expressed the view that s. 16(2)(c) favoured transfer, that conclusion was premised on an erroneous interpretation of the element of "adequacy".

In considering s. 16(2)(d), Gerhart Prov. Ct. J. heard evidence from witnesses called by the Crown. These witnesses testified that the provincial correctional facilities provided adequate psychiatric facilities. It was the opinion of one of these witnesses that S.H.M.'s group counselling needs could be met in either the young offender system or the ordinary correctional system. Gerhart Prov. Ct. J. accepted this evidence and found that "S.H.M. will be adequately served in either the Young Offenders system or in the Adult system". Although the use of the word "adequately" may lead to confusion when used in the context of s. 16(2)(d), it is clear from the present context that Gerhart Prov. Ct. J. meant that the necessary resources were available in either system. The

Cependant, en Cour d'appel, le juge en chef Laycraft a insisté sur l'aspect sanction de chacune de ces lois et il a écrit (à la p. 316):

[TRADUCTION] «[L]'intérêt de la société» dont il est question [au par. 16(1)] comprend la protection de la société elle-même contre le contrevenant ainsi que l'application du type de peine que le Parlement a jugé approprié d'établir dans le cas d'un meurtre au premier degré. Dans notre droit criminel, ce crime entraîne la peine la plus sévère. La peine exprime la réaction de la société canadienne face à ce crime, réaction traduite par le texte adopté par ses représentants élus. Par opposition, on peut considérer que la peine maximale de trois ans prévue par la Loi sur les jeunes contrevenants constitue dans certains cas une solution inadaptée et absurde. [Je souligne.]

Avec égards pour l'opinion de la Cour d'appel, l'al. 16(1)a requiert déjà la prise en considération de la gravité du crime. Il appert qu'en examinant la question de «l'opportunité» de soumettre l'adolescent à l'une ou l'autre loi, la Cour d'appel a, dans les faits, étudié de nouveau le facteur de gravité du crime en insistant sur la nécessité d'une peine correspondante. À mon avis, la cour a erré en ne reconnaissant pas que l'élément de «l'opportunité» vise la probabilité que les besoins de l'adolescent en matière de réadaptation et de traitement seront rencontrés. Par conséquent, bien que la cour ait exprimé l'avis que l'examen de l'al. 16(2)c militait en faveur du renvoi, cette conclusion est fondée sur une interprétation erronée de l'élément de «l'opportunité».

Lors de l'examen de l'al. 16(2)d), le juge Gerhart de la Cour provinciale a entendu les témoignages des témoins cités par la poursuite. Ils ont témoigné que les services correctionnels de la province avaient des installations psychiatriques adéquates. De l'avis de l'un de ces témoins, les besoins de S.H.M. en matière de thérapie de groupe pouvaient être satisfaits tant dans le système des jeunes contrevenants que dans le système correctionnel ordinaire. Le juge Gerhart a accueilli ce témoignage et conclu que [TRADUCTION] «on peut répondre aux besoins de S.H.M. de façon adéquate tant dans le système des jeunes contrevenants que dans le système pour adultes». Bien que l'expression «de façon adéquate» puisse prêter à confusion lorsqu'elle est utilisée dans le contexte



availability of resources was not discussed in the Court of Queen's Bench nor in the Court of Appeal. Given that the Court carefully reviewed the other conclusions of the Youth Court, this silence may be taken as implicit approval.

As a result, of the four elements considered, the Court of Appeal agreed with the Youth Court that two of these militated in favour transfer. It took a different view on the other two elements, though, as I have attempted to show, these conclusions are in part unsupported by the record and inextricably bound to an erroneous interpretation of s. 16(2)(c). In my view, these circumstances fail to disclose a serious ground for the exercise of the Court of Appeal's power of review.

#### IV—Conclusion

On the whole, I am led to the conclusion that in the present case s. 16(9) and (10) of the Act did not authorize the Court of Appeal to substitute its own evaluation of the circumstances for the evaluation of the Youth Division. No error of fact or of law was committed by the Youth Division. Nor are there any other serious grounds for intervention.

In fact, the Court of Appeal itself proceeded on the footing of an incorrect interpretation of s. 16(1) and (2) of the Act. It misconceived the burden of proof required for a transfer. The history and purpose of the legislation as well as the English and French texts of the provisions set a threshold more onerous than simply "favouring" transfer, as was held in the Court of Appeal. In my view, the burden falls squarely on the applicant to persuade the court that no solution other than transfer is appropriate.

This is a case where the additional expertise of the Youth Division and its privileged situation in assessing the expert testimony should have prevailed over any perceived differences of opinion in the Court of Appeal. In the circumstances of this particular case, the Youth Division was convinced

de l'al. 16(2)d), il découle clairement du contexte que le juge Gerhart entendait les ressources nécessaires qui existaient dans l'un ou l'autre système. Ni la Cour du Banc de la Reine ni la Cour d'appel n'ont discuté de cet élément de l'existence des ressources. Puisque la Cour d'appel a examiné attentivement les autres conclusions du tribunal pour adolescents, il est permis d'interpréter ce silence comme une approbation tacite.

En somme, des quatre facteurs considérés, la Cour d'appel a été d'accord avec le tribunal pour adolescents pour conclure que deux de ces éléments favorisaient le renvoi. Elle a apprécié différemment les deux autres éléments mais, comme j'ai tenté de le démontrer, ses conclusions ne sont qu'en partie étayées par le dossier et sont intimement liées à une interprétation erronée de l'al. 16(2)c). À mon avis, ces circonstances n'établissent pas un motif sérieux autorisant la Cour d'appel à exercer son pouvoir de révision.

#### IV—Conclusion

Dans l'ensemble, j'en viens à la conclusion qu'en l'espèce les par. 16(9) et (10) de la Loi ne permettaient pas à la Cour d'appel de substituer sa propre évaluation des circonstances à celle du tribunal pour adolescents. Le tribunal pour adolescents n'a commis aucune erreur de fait ni de droit. Il n'existe pas non plus d'autres motifs sérieux d'intervention.

En fait, la Cour d'appel s'est elle-même fondée sur une interprétation erronée des par. 16(1) et (2) de la Loi. Elle a mal interprété le fardeau de preuve requis pour un renvoi. L'historique et l'objet de la Loi ainsi que les versions anglaise et française des dispositions établissent un test plus sévère que celui qui simplement «milite en faveur» d'un renvoi, comme l'a décidé la Cour d'appel. À mon avis, le fardeau repose incontestablement sur le requérant de convaincre le tribunal pour adolescents que le renvoi est la seule solution appropriée.

Il s'agit ici d'un cas où l'expertise additionnelle du tribunal pour adolescents et sa position privilégiée pour évaluer les témoignages d'experts auraient dû prévaloir sur toutes différences d'opinions perçues par la Cour d'appel. Compte tenu des circonstances de l'espèce, le tribunal pour ado-

that the Crown had failed on its burden to show why a transfer should be ordered. In the Youth Court's view, the element of seriousness, which favoured transfer, was outweighed by the other elements, which were either neutral or weighed against transfer. As found by the Youth Division, the available treatment facilities and the character of the youth gave rise to a sufficient likelihood that treatment would be successful. As the youth would not be likewise amenable to rehabilitation in the ordinary penal system, the balancing test under s. 16(1) and (2) required, in the Youth Court's view, that he not be transferred. In the absence of any serious ground for intervention, this conclusion should have conclusively determined the fate of the appellant as regards his transfer to the ordinary court system.

As a result, I would allow the appeal and quash the order to transfer S.H.M. to ordinary court. I would restore the judgment of the Court of Queen's Bench dismissing the appeal from the decision of the Youth Division.

*Appeal dismissed, LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Brimacombe & Sanderman, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.*

lescents était convaincu que la poursuite ne s'était pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'un renvoi devrait être ordonné. De l'avis du tribunal pour adolescents, l'élément de gravité, qui militait en faveur d'un renvoi, était supplanté par les autres éléments, qui étaient ou neutres ou ne militaient pas en faveur d'un renvoi. Comme l'a conclu le tribunal pour adolescents, l'existence de moyens de traitement et le caractère de l'adolescent étaient de nature à indiquer une possibilité suffisante de succès du traitement. Puisque l'adolescent ne répondrait pas aussi bien aux mesures de réhabilitation dans le système pénal ordinaire, le tribunal pour adolescents a été d'avis que le critère établi aux par. 16(1) et (2) exigeait qu'il ne soit pas renvoyé. En l'absence de motifs sérieux d'intervention, cette conclusion aurait dû déterminer une fois pour toutes le sort de l'appelant quant à son renvoi devant la juridiction normalement compétente.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de renvoi de S.H.M. devant la juridiction normalement compétente. Je rétablirais le jugement de la Cour du Banc de la Reine qui rejetait l'appel de la décision du tribunal pour adolescents.

*Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Brimacombe & Sanderman, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.*

**J.E.L. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. L. (J.E.)

File No.: 20764.

1989: April 27; 1989: September 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Young offenders — Transfer to ordinary court — Requirements — Young offender charged with first degree murder — Crown's application for transfer to ordinary court dismissed by Youth Court judge — Youth Court's decision affirmed by Court of Queen's Bench but reversed by Court of Appeal — Nature of burden on the Crown for transfer to ordinary court — Nature of review on appeal — Test for transfer — Whether Court of Appeal erred in ordering youth to be transferred to ordinary court — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 16.*

J.E.L. and another youth, S.H.M., were charged with first degree murder and with possession of stolen property. The Crown brought an application to have them transferred to ordinary court pursuant to s. 16 of the *Young Offenders Act*. The Crown contended that on April 30, 1986 they accompanied a homosexual male to his home. The man allegedly attempted sexual relations with one of the youth who struck him and rendered him unconscious. The youths then bound the man with electrical wire, strangled him and concealed the body in the basement. They lived in the victim's house some days and tried to dispose of his stereo and computer equipment. J.E.L. was 17 years and 6 months old at the time of the alleged offences. He had prior convictions for theft and mischief. The pre-disposition report indicates that J.E.L.'s behaviour deteriorated following the death of his father in 1983. Since 1984, he has been in the care of Alberta Social Services. The psychiatric evidence concerning J.E.L. was conflicting. According to the defence psychiatrist, there was a strong possibility that he could re-establish close relationships which might

**J.E.L. Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. L. (J.E.)

N° du greffe: 20764.

1989: 27 avril; 1989: 28 septembre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

<sup>c</sup> *Droit criminel — Jeunes contrevenants — Renvoi à la juridiction normalement compétente — Exigences — Jeune contrevenant accusé de meurtre au premier degré — Demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public et rejetée par le juge du tribunal pour adolescents — Décision du tribunal pour adolescents confirmée par la Cour du Banc de la Reine mais infirmée par la Cour d'appel — Nature du fardeau de preuve incombant au ministère public quant au renvoi devant la juridiction normalement compétente — Nature de l'examen en appel — Critère du renvoi — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ordonnant le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 16.*

J.E.L. et un autre adolescent, S.H.M., ont été accusés de meurtre au premier degré et de possession de biens volés. Le ministère public a demandé leur renvoi devant la juridiction normalement compétente en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le ministère public prétend que, le 30 avril 1986, ils ont accompagné un homosexuel jusque chez lui. On allègue que cet homme a tenté d'avoir des relations sexuelles avec un des adolescents qui l'a frappé jusqu'à ce qu'il perde connaissance. Les adolescents ont alors attaché l'homme avec du fil électrique, l'ont étranglé et ont dissimulé son corps dans le sous-sol. Ils sont restés quelques jours dans la maison de la victime et ont essayé de vendre ses appareils stéréo et son ordinateur. J.E.L. avait 17 ans et 6 mois à l'époque des infractions reprochées. Il avait été antérieurement déclaré coupable de vol et de méfait. Le rapport prédécisionnel indique que le comportement de J.E.L. s'est détérioré après la mort de son père en 1983. Depuis 1984, les services sociaux de l'Alberta s'occupent de J.E.L. Les témoignages des psychiatres concernant J.E.L. sont contradictoires. Selon le psychiatre de la

result in abandonment of his anti-social ways. The Crown psychiatrist was of the opinion that J.E.L. suffered from an untreatable personality disorder. Tests conducted on J.E.L. reveal that he was of above average intelligence.

The Youth Court judge considered the factors set out in s. 16(2) of the Act and declined to order the transfer. The Court of Queen's Bench upheld the ruling but the Court of Appeal reversed the judgment. J.E.L. appealed to this Court. The issues on this appeal were the same as in *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446.

*Held* (La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The Court of Appeal did not err in the view it took of the nature of the burden on the Crown. While there is a burden on the party seeking transfer to persuade the court that transfer to ordinary court is appropriate on the factors set out in s. 16(2) of the Act, the onus should not be regarded as a heavy one. The question is whether the judge is satisfied, after weighing and balancing all the relevant considerations, that the case should be transferred to ordinary court.

The Court of Appeal was correct in its interpretation of the nature of the review process. While the provincial reviewing court must base its decision on the findings of fact made by the Youth Court judge and give due deference to that judge's evaluation of the evidence, s. 16(9) and (10) of the Act confer on the provincial courts of review a discretion to make an independent evaluation and arrive at an independent conclusion on those facts.

The Court of Appeal properly applied the relevant factors for transfer from Youth Court to ordinary court. The Court of Appeal considered the gravity and heinous nature of the alleged offences to be an important factor but its reasons clearly indicate that it also bore in mind the other factors prescribed by the Act. The court, in the exercise of its discretion, is not required to accord equal weight to all factors; given the nature of the case, some may loom larger than others.

*Per* La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The Court of Appeal erred in ordering the transfer of J.E.L. to ordinary court. The transfer of a youth to

défense, il a de fortes chances de pouvoir rétablir des rapports étroits et abandonner ainsi ses comportements antisociaux. Le psychiatre de la poursuite estime que J.E.L. souffre de troubles de la personnalité qui ne peut être traité. Les tests subis par J.E.L. révèlent qu'il a une intelligence supérieure à la moyenne.

Le juge du tribunal pour adolescents a pris en considération les facteurs énumérés au par. 16(2) de la Loi et a refusé d'ordonner le renvoi. La Cour du Banc de la Reine a confirmé cette décision mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement. J.E.L. se pourvoit devant cette Cour. Les questions soulevées dans ce pourvoi sont identiques à celles de l'affaire *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446.

*Arrêt*: (les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur quant à la nature du fardeau de preuve incombant au ministère public. Bien que la partie qui demande le renvoi ait le fardeau de convaincre la cour que le renvoi devant la juridiction normalement compétente est approprié, selon les facteurs énumérés au par. 16(2) de la Loi, il n'y a pas lieu de le considérer comme un lourd fardeau. La question est de savoir si le juge est convaincu, après avoir examiné et soupesé tous les éléments pertinents, que l'affaire devrait être renvoyée devant la juridiction normalement compétente.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la nature de la procédure d'examen. Bien que la juridiction d'examen doive fonder sa décision sur les conclusions de fait du juge du tribunal pour adolescents et respecter son évaluation de la preuve, les par. 16(9) et (10) de la Loi confèrent aux cours provinciales saisies en révision le pouvoir discrétionnaire de procéder à une évaluation indépendante et de rendre une conclusion distincte à partir des faits.

La Cour d'appel a correctement appliqué les facteurs pertinents au renvoi du tribunal pour adolescents à la juridiction normalement compétente. La Cour d'appel estimait que la gravité des infractions et leur caractère odieux étaient des facteurs importants mais ses motifs indiquent clairement qu'elle avait également à l'esprit les autres facteurs prévus par la Loi. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour n'est pas tenue d'accorder le même poids à tous les facteurs; selon la nature de l'affaire, certains peuvent l'emporter sur d'autres.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): La Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant le renvoi de J.E.L. à la juridiction normalement compé-

ordinary court under s. 16(1) of the *Young Offenders Act* must propose itself to the Youth Court judge's mind as the only appropriate solution. The burden falls squarely on the applicant to persuade the court that no solution other than transfer is appropriate in the circumstances of a particular case. In this case, the Court of Appeal misconceived the burden of proof required for transfer. This error pervaded its assessment of the evidence relating to the elements to be considered under s. 16.

The discretion to confirm or reverse the decision of the Youth Court under s. 16(9) and (10) of the Act can only be exercised in cases where there is a serious ground for intervention. Errors of fact as well as errors of law would constitute such serious grounds, but the test is intended to allow a somewhat broader basis for review. In some cases, it could allow the discretion to review to be exercised where there is a substantial discrepancy between the reviewing court's and the Youth Court's assessment of the relevant factors. Here, the Court of Appeal erred in proceeding on the basis that it could only substitute its own appreciation as to whether a transfer should be made.

The Court of Appeal expressed no serious disagreement with the analysis of the Youth Court judge. The sole difference between the two courts was that the Court of Appeal considered the transfer of J.E.L.'s accomplice, S.H.M., to be a relevant consideration. While the transfer of a co-accused may be relevant, it is only a single element which must be weighed in light of the other elements stated in s. 16(2). In view of the importance of the other elements in that section which were not discussed at any length by the Court of Appeal, the court simply substituted its view for that of the Youth Court in an area lying at the heart of that court's expertise. No error of fact or of law was found in the reasons of the Youth Court, nor did the Court of Appeal state any other serious ground for intervention. This was a case where the additional expertise of the Youth Court and its privileged situation in assessing the expert testimony should have prevailed over only minor differences of opinion.

#### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, aff'g (1987), 78 A.R. 309.

tente. Le renvoi d'un adolescent à la juridiction normalement compétente, en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, doit s'imposer au juge du tribunal pour adolescents comme la seule solution appropriée. Le fardeau de preuve repose incontestablement sur le requérant qui doit convaincre le tribunal qu'il n'y a pas d'autre solution appropriée dans les circonstances particulières d'une affaire. En l'espèce, la Cour d'appel a mal interprété le fardeau de preuve exigé pour le renvoi. Cette erreur a faussé l'ensemble de son appréciation de la preuve des éléments à examiner en vertu de l'art. 16.

Le pouvoir discrétionnaire de confirmer ou d'infirmier la décision du tribunal pour adolescents en vertu des par. 16(9) et (10) de la Loi ne peut être exercé que dans les cas où il existe un motif sérieux d'intervention. Les erreurs de fait ainsi que les erreurs de droit constitueraient de tels motifs sérieux, mais le test proposé a pour but de donner une portée un peu plus large à la révision. Dans certains cas, il justifierait l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'il existait un écart important entre l'évaluation des facteurs pertinents par le tribunal pour adolescents et celle du tribunal de révision. En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en tenant pour acquis qu'elle pouvait substituer sa propre évaluation de la question de savoir s'il y avait lieu d'ordonner le renvoi.

La Cour d'appel n'a pas exprimé de désaccord important avec l'analyse effectuée par le juge du tribunal pour adolescents. La seule divergence entre les deux tribunaux tient à ce que la Cour d'appel a tenu compte du fait que le complice S.H.M. avait été renvoyé devant la juridiction normalement compétente. Bien que le renvoi d'un coaccusé puisse être pertinent, il ne s'agit que d'un seul élément qui doit être évalué à la lumière des autres éléments du par. 16(2). Compte tenu de l'importance des autres éléments énoncés dans cet article, qui n'ont pas été examinés en détail par la Cour d'appel, la cour a simplement substitué son opinion à celle du tribunal pour adolescents dans un domaine qui relève fondamentalement du domaine d'expertise de ce tribunal. La Cour d'appel n'a trouvé aucune erreur de droit ou de fait dans les motifs de la décision du tribunal pour adolescents et n'a pas fait état d'autres motifs sérieux d'intervention. Il s'agissait d'un cas où la plus grande expertise du tribunal pour adolescents et sa situation privilégiée pour évaluer les témoignages d'experts auraient dû prévaloir sur des divergences d'opinions mineures.

#### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, conf. (1987), 78 A.R. 309.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, aff'g (1987), 78 A.R. 309; *R. v. Clements* (1983), 5 C.C.C. (3d) 308; *R. v. C.R.M.* (1986), 46 Man. R. (2d) 317; *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368; *R. v. E.S.R.* (1985), 36 Man. R. (2d) 276.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 294 [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 23; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 25; am. 1985, c. 19, s. 44], 387 [am. 1972, c. 13, s. 30; am. 1985, c. 19, s. 58].  
*Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 5, 16.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 4 W.C.B. (2d) 97, setting aside a judgment of Veit J. rendered May 29, 1987, affirming a judgment of a Youth Court judge, dismissing the Crown's application for transfer to ordinary court pursuant to s. 16 of the *Young Offenders Act*. Appeal dismissed, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

*Peter J. Royal, Q.C.*, for the appellant.

*Michael Watson*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal, heard together with *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, concerns the requirements for transfer of young offenders from Youth Court to ordinary court under the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110.

#### The Facts

The facts giving rise to the charges have been set out in my reasons in *R. v. M. (S.H.)* and need not be repeated. Suffice it to say that the circumstances alleged by the Crown, if proven, establish the commission of a heinous offence in callous manner. Separate charges were laid against each of the young offenders, and each proceeded independently. In the case of J.E.L., as with

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, conf. (1987), 78 A.R. 309; *R. v. Clements* (1983), 5 C.C.C. (3d) 308; *R. v. C.R.M.* (1986), 46 Man. R. (2d) 317; *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368; *R. v. E.S.R.* (1985), 36 Man. R. (2d) 276.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 294 [abr. & rempl. 1972, chap. 13, art. 23; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 25; mod. 1985, chap. 19, art. 44], 387 [mod. 1972, chap. 13, art. 30; mod. 1985, chap. 19, art. 58].  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 5, 16.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 4 W.C.B. (2d) 97, qui a annulé un jugement du juge Veit rendu le 29 mai 1987 confirmant un jugement d'un juge du tribunal pour adolescents, qui avait rejeté une demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Pourvoi rejeté, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

*Peter J. Royal, c.r.*, pour l'appellant.

*Michael Watson*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Ce pourvoi, entendu en même temps que celui de *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, porte sur les conditions du renvoi de jeunes contrevenants du tribunal pour adolescents à la juridiction normalement compétente, en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110.

#### Les faits

Les faits à l'origine des accusations sont relatés dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *R. c. M. (S.H.)* Je n'ai pas à les reprendre. Il suffit de dire que les circonstances alléguées par le ministère public font état d'un crime odieux perpétré sans scrupule. Des accusations distinctes ont été portées contre chacun des jeunes contrevenants et chacune a été traitée de façon indépendante. Dans

S.H.M., the Youth Court judge declined to order transfer to ordinary court. The Court of Queen's Bench upheld that ruling. The Court of Appeal overturned it, ordering J.E.L. to stand trial in ordinary court. J.E.L. now appeals to this Court.

The background of J.E.L. was troubled. At the time of the alleged offences, J.E.L. was 17 years, 6 months of age. He had prior convictions for theft over \$200 and mischief, for each of which he was sentenced to six months' probation. The pre-disposition report describes J.E.L. as enjoying a stable and close relationship with members of his family until his father's death in February, 1983. He was extremely close to his father who apparently offered a degree of discipline which his mother was subsequently unable to do. Following the death of his father, J.E.L.'s behaviour deteriorated; school suspensions and incidents of running away from home occurred. Since August of 1984, J.E.L. has been in the care of Alberta Social Services in various group homes and a boarding apartment situation.

The testimony of the psychiatrists concerning J.E.L. is conflicting. According to the defence psychiatrist, there is a strong possibility that J.E.L. can re-establish close relationships which might result in abandonment of his anti-social ways. The Crown psychiatrist took the bleaker view that J.E.L. suffered from an untreatable personality disorder. Tests conducted on J.E.L. reveal he is of above average intelligence; his troubles at school and his inability to remain employed would seem to stem more from a lack of motivation than a lack of ability.

#### Relevant Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are those set out in my reasons in *R. v. M.* (*S.H.*)

#### Judgments

##### *Youth Court: Judge Hansen*

Like her counterpart in the companion case of *R. v. S.H.M.* (1986), 17 W.C.B. 322, the Provin-

le cas de J.E.L. comme dans le cas de S.H.M., le juge du tribunal pour adolescents a refusé d'ordonner le renvoi devant la juridiction normalement compétente. La Cour du Banc de la Reine a confirmé cette décision. La Cour d'appel l'a infirmée et a ordonné que J.E.L. subisse son procès devant la juridiction normalement compétente. J.E.L. se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Les antécédents de J.E.L. sont marqués de difficultés. Au moment de la perpétration des infractions qui lui sont reprochées, J.E.L. était âgé de 17 ans et 6 mois. Il avait antérieurement été déclaré coupable d'un vol de plus de 200 \$ et de méfait, et avait été condamné à six mois de probation dans chaque cas. Selon le rapport prédécisionnel, J.E.L. entretenait des rapports étroits et stables avec les membres de sa famille jusqu'au décès de son père en février 1983. Il était extrêmement proche de son père qui exerçait apparemment un degré de discipline que sa mère n'a pu exercer par la suite. À la suite du décès de son père, le comportement de J.E.L. s'est détérioré; il a été l'objet de suspensions à l'école et a fait plusieurs fugues. Depuis août 1984, les services sociaux de l'Alberta s'occupent de J.E.L. et l'ont placé dans divers foyers de groupes et dans des appartements partagés.

Les témoignages des psychiatres concernant J.E.L. sont contradictoires. Selon le psychiatre de la défense, il y a de fortes chances que J.E.L. puisse rétablir des rapports étroits et abandonne ainsi ses comportements antisociaux. Selon l'opinion plus pessimiste du psychiatre de la poursuite, J.E.L. souffre de troubles de la personnalité qui ne peut être traité. Les tests révèlent que J.E.L. a une intelligence supérieure à la moyenne; ses problèmes à l'école et son incapacité à garder un emploi semblent découler davantage d'un manque de motivation que d'un manque d'aptitude.

#### Les dispositions législatives applicables

Les dispositions législatives applicables sont reproduites dans mes motifs de l'arrêt *R. c. M.* (*S.H.*)

#### j Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

##### *Le tribunal pour adolescents: le juge Hansen*

Comme son collègue dans l'affaire *R. c. S.H.M.* (1986), 17 W.C.B. 322, le juge de la Cour provin-

cial Court judge examined the factors and principles set out in s. 16 of the *Young Offenders Act*. She seems to have preferred the evidence of the defence psychiatrist, stating that she was not satisfied that J.E.L. was suffering from a personality disorder of the anti-social type. After considering the different penalties provided by the Acts, the seriousness of the offences, the age, development and maturity of the appellant, and the fact that the goal of the *Young Offenders Act* is rehabilitation, the judge found that the period of sentence or disposition under the *Young Offenders Act* was sufficient for the appellant to receive the therapy he needed. She noted that federal institutions are not designed to deal with young offenders and that "there is always a long term risk that incarceration in an adult institution could be detrimental to a young offender's development and ultimate rehabilitation".

The Youth Court judge then turned to the onus on the Crown to justify transfer. Noting that the test in s. 16(1) of the *Young Offenders Act* places the primary emphasis on the interest of society of the needs of the young person, she stated the interest of society goes beyond the protection of society to include the principles of accountability, responsibility, and rehabilitation of young offenders and she concluded that while "[t]he Crown is not required to establish beyond a reasonable doubt that the young person should be transferred", the onus is nevertheless "a heavy one". Given the onus, she concluded that transfer was not appropriate, stating:

I am not satisfied on the evidence that the Crown has discharged the heavy onus. There is no compelling reason in the interest of society that he should be transferred. Having regard to the needs of J.E.L., he has not exhausted the young offenders system and, in fact, there is a specific program within the youth system designed to meet his treatment needs and hopefully affect his rehabilitation and, accordingly, the application for transfer on each count is denied.

ciale a examiné les facteurs et principes énumérés à l'art. 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Elle semble avoir donné la préférence au témoignage du psychiatre de la défense, affirmant qu'elle n'était pas convaincue que J.E.L. souffrait de troubles de la personnalité de type antisocial. Après avoir considéré les différentes peines prévues par les lois, la gravité des infractions, l'âge, le développement et la maturité de l'appelant ainsi que le fait que la *Loi sur les jeunes contrevenants* vise la réadaptation, le juge a conclu que la longueur de la peine prévue dans la *Loi sur les jeunes contrevenants* était suffisante pour permettre à l'appelant de bénéficier de la thérapie dont il avait besoin. Elle a souligné que les institutions fédérales ne sont pas conçues pour les jeunes contrevenants et qu' [TRADUCTION] «il existe toujours un risque à long terme que l'emprisonnement dans une institution pour adultes soit préjudiciable au développement et à la réadaptation ultime du jeune contrevenant».

Le juge du tribunal pour adolescents a ensuite examiné le fardeau de preuve qui incombait au ministère public pour justifier le renvoi. Soulignant que le critère du par. 16(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* privilégie l'intérêt de la société par rapport aux besoins de l'adolescent, elle a affirmé que l'intérêt de la société va au-delà de la protection de la société et comprend les principes de responsabilité et de réadaptation des jeunes contrevenants; elle a donc conclu que bien que [TRADUCTION] «le ministère public ne soit pas obligé d'établir hors de tout doute raisonnable que l'adolescent devrait être renvoyé», le fardeau est néanmoins «lourd.» Compte tenu du fardeau de preuve, elle a conclu que le renvoi n'était pas justifié, affirmant:

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincue d'après la preuve que le ministère public se soit acquitté du lourd fardeau de preuve. Aucune raison déterminante ne justifie son renvoi dans l'intérêt de la société. En ce qui concerne les besoins de J.E.L., il n'a pas épuisé les ressources du système des jeunes contrevenants et il existe d'ailleurs au sein du système un programme spécifiquement conçu pour répondre à ses besoins en matière de traitement et, espérons-le, favoriser sa réadaptation; par conséquent, la demande de renvoi présentée pour chacun des chefs d'accusation est rejetée.



*Alberta Court of Queen's Bench: Veit J.*

Veit J. took the view that the review procedure contemplated under s. 16(9) of the *Young Offenders Act* was akin to an administrative law judicial review. The reviewing court, in her opinion, could not substitute its discretion for that of the Youth Court judge. Rather, the reviewing court's jurisdiction was limited to assessing jurisdiction and determining if the transfer court judge has made an error of law.

On the question of the burden of proof on the Crown, Veit J. stated that although the phrase "heavy onus" was unfortunate, the lower court judge had correctly considered whether the interests of society would be served by transfer. She expressed the view that the phrase "heavy onus" was merely meant to emphasize that transfers to adult court were not to be automatic. Having found that the hearing judge had adopted the correct test under s. 16(1) by noting that the primary emphasis was on the interests of society over the needs of the young person, and having concluded that the hearing judge did not fail in her appreciation of the evidence, Veit J. confirmed the Youth Court judge's ruling against transfer to ordinary court.

*Court of Appeal: Lieberman, McClung and Irving J.J.A.*

McClung J.A., writing for the court, found that the decision of Veit J. was inconsistent with the Court of Appeal's ruling in the companion case of *R. v. S.H.M.* (1987), 78 A.R. 309, and that she had erred in confining the role of a reviewing court to determining jurisdiction and reviewing for error. In the Court of Appeal's view, the review court is empowered to confirm or reverse the decision before it "in its discretion", entitling it to render the decision which it believes should have been given initially. Stating that he had assessed the evidence and factors in this case and noting that "[t]his homicide was not a crime of adolescent

*La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta: le juge Veit*

Selon le juge Veit, la procédure de révision prévue au par. 16(9) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est semblable au contrôle judiciaire en droit administratif. À son avis, la juridiction d'examen ne peut substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge du tribunal pour adolescents. La compétence de la juridiction d'examen se limite à examiner la compétence et à déterminer si le juge a commis une erreur de droit dans sa décision concernant le renvoi.

Quant à la question du fardeau de preuve, le juge Veit a affirmé que même si l'expression «lourd fardeau» était malheureuse, le juge du tribunal d'instance inférieure avait correctement examiné la question de savoir si l'intérêt de la société serait mieux servi par le renvoi. À son avis, l'expression «lourd fardeau» avait simplement pour but de souligner que les renvois devant les tribunaux pour adultes ne devaient pas être automatiques. Après avoir conclu que le juge de première instance avait utilisé le critère approprié en vertu du par. 16(1) puisqu'elle avait souligné que ce critère privilégiait les intérêts de la société par rapport aux besoins de l'adolescent, et après avoir conclu que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur dans son examen de la preuve, le juge Veit a confirmé la décision du juge du tribunal pour adolescents de refuser le renvoi devant la juridiction normalement compétente.

*La Cour d'appel: les juges Lieberman, McClung et Irving*

Le juge McClung, s'exprimant au nom de la cour, a conclu que la décision du juge Veit était incompatible avec l'arrêt *R. v. S.H.M.* (1987), 78 A.R. 309 de la Cour d'appel et qu'elle avait commis une erreur en restreignant le rôle de la juridiction d'examen aux questions de compétence et d'erreurs. De l'avis de la Cour d'appel, la juridiction d'examen peut confirmer ou infirmer la décision qui lui est soumise dans l'exercice de son «pouvoir discrétionnaire», lequel lui permet de rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être rendue à l'origine. Ayant examiné la preuve et les facteurs en l'espèce, et souligné que [TRADUC-

proportion", McClung J.A. concluded that a transfer to ordinary court should be ordered: (1987), 4 W.C.B. (2d) 97.

### Issues

The issues on this appeal are the same as in *R. v. M. (S.H.)*: (1) the nature of the burden on the applicant for transfer to ordinary court; (2) the nature of review on appeal; and (3) whether the Court of Appeal erred in application of the test for transfer.

### Discussion

#### 1. *The Burden on the Applicant*

In *R. v. M. (S.H.)* I concluded that while there is a burden on the party seeking transfer to persuade the court that transfer to ordinary court is appropriate on the factors set out in s. 16(2) of the Act, the onus should not be regarded as a heavy one. The question is whether the judge is satisfied, after weighing and balancing all the relevant considerations, that the case should be transferred to ordinary court.

The Court of Appeal did not err in its appreciation of this principle in the case at bar.

#### 2. *The Nature of the Review Process*

In *R. v. M. (S.H.)*, I set out my views on the nature of the review process in the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal. While the reviewing court must base its decision on the findings of fact made by the Youth Court judge and give due deference to that judge's evaluation of the evidence, the *Young Offenders Act* confers on the provincial courts of review a discretion to make an independent evaluation and arrive at an independent conclusion on those facts.

In my opinion, the Court of Appeal did not err in its interpretation of the nature of the review process.

TION] «[c]e meurtre n'est pas un crime qui appartient au monde de l'adolescence», le juge McClung a ordonné le renvoi devant la juridiction normalement compétente: (1987), 4 W.C.B. (2d) 97.

#### <sup>a</sup> Les questions en litige

Les questions soulevées dans ce pourvoi sont identiques à celles du pourvoi *R. c. M. (S.H.)*: (1) la nature du fardeau de preuve incombant au requérant pour obtenir le renvoi devant la juridiction normalement compétente; (2) la nature de la procédure d'examen; et (3) la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur dans l'application du critère concernant le renvoi.

#### Analyse

#### 1. *Le fardeau de preuve du requérant*

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, j'ai conclu que, bien que la partie qui demande le renvoi ait le fardeau de convaincre la cour que le renvoi devant la juridiction normalement compétente est approprié selon les facteurs énumérés au par. 16(2) de la Loi, il n'y avait pas lieu de le considérer comme un <sup>e</sup> lourd fardeau. La question est de savoir si le juge est convaincu, après avoir examiné et soupesé tous les éléments pertinents, que l'affaire devrait être <sup>f</sup> renvoyée devant la juridiction normalement compétente.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans l'examen de ce principe en l'espèce.

#### <sup>g</sup> 2. *La nature de la procédure d'examen*

Dans l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, j'ai exprimé mon opinion quant à la nature de la procédure d'examen par la Cour du Banc de la Reine et la Cour <sup>h</sup> d'appel. Bien que la juridiction d'examen doive fonder sa décision sur les conclusions de fait du juge du tribunal pour adolescents et respecter son évaluation de la preuve, la *Loi sur les jeunes contrevenants* confère aux cours provinciales <sup>i</sup> saisies en révision le pouvoir discrétionnaire de procéder à une évaluation indépendante et de rendre une conclusion distincte à partir des faits.

<sup>j</sup> À mon avis, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la nature de la procédure d'examen.

3. *Whether the Court of Appeal Erred in Application of the Relevant Factors*

The reasons in this case, as in *R. v. M. (S.H.)*, indicate that the Court of Appeal considered the gravity and heinous nature of the alleged offences to be an important factor in determining whether the case should be transferred to ordinary court. But its reasons make clear that it also bore in mind the other factors prescribed by the Act. The court, in the exercise of its discretion, is not required to accord equal weight to all factors; given the nature of the case, some may loom larger than others. I can find no error in the Court of Appeal's application of the principles to the facts of this case.

Conclusion

I would dismiss the appeal.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—With deference, having had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice McLachlin, I am unable to subscribe to her opinion nor can I agree with her disposition of the present appeal.

This case was heard at the same time as *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446 (reasons delivered concurrently). It raises the same issues. In accordance with the reasons I gave in *R. v. M. (S.H.)*, I am of the view that the Court of Appeal erred in ordering that J.E.L. be transferred to ordinary court.

In light of these comments, I now propose to briefly review the findings made in the courts below as regards the three issues raised in this appeal, namely, the burden of proof required to justify transfer of a youth pursuant to s. 16 of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, the scope of review allowed by s. 16(9) and (10) of the Act, and the proper test for transfer, as set out in s. 16(1) and (2) of the Act.

3. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans l'application des facteurs pertinents?*

Il ressort de ses motifs en l'espèce, comme de ceux dans l'affaire *R. c. M. (S.H.)*, que la Cour d'appel estimait que la gravité des infractions et leur caractère odieux étaient des facteurs importants pour décider du renvoi de l'affaire devant la juridiction normalement compétente. Par ailleurs, ses motifs indiquent clairement qu'elle avait également à l'esprit les autres facteurs prévus par la Loi. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour n'est pas tenue d'accorder le même poids à tous les facteurs; selon la nature de l'affaire, certains peuvent l'emporter sur d'autres. J'estime que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur dans l'application des principes aux faits de l'espèce.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de ma collègue le juge McLachlin et, en toute déférence, je ne puis souscrire à son opinion ni à la solution qu'elle propose dans le présent pourvoi.

Ce pourvoi a été entendu en même temps que celui de *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446 (jugement rendu simultanément). Il soulève les mêmes questions. Conformément à mon opinion dans l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant le renvoi de J.E.L. devant la juridiction normalement compétente.

Compte tenu de ces remarques, je vais maintenant revoir brièvement les conclusions des tribunaux d'instance inférieure quant aux trois questions que soulève ce pourvoi: le fardeau de preuve nécessaire pour justifier le renvoi d'un adolescent en application de l'art. 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, l'étendue de la révision prévue aux par. 16(9) et (10) de la Loi et le test approprié au renvoi selon les par. 16(1) et (2) de la Loi.

Before doing so, however, I find it appropriate to recall that J.E.L. was charged with first degree murder, theft and possession of stolen property in connection with the killing of George Dreifus. Although S.H.M. and J.E.L. were not jointly charged, it was alleged that they had both participated in the killing. We were informed that, recently, after having proceeded to preliminary inquiry over the youths' objections, the charge was reduced to second degree murder.

### I—Burden of Proof

The French and the English texts of s. 16(1) of the Act must be read together in order to find a common interpretation in accord with Parliament's intent and the basic philosophy of the legislation, including the exceptional nature of transfers. For the reasons I gave in *R. v. M. (S.H.)*, and having regard to all the requirements in s. 16, I am of the view that, under s. 16(1) of the *Young Offenders Act*, the transfer of the youth to the ordinary court must propose itself to the Youth Court judge's mind as the only appropriate solution.

In the case at bar, the Youth Division considered that the burden on an applicant under s. 16(1) of the Act is a "heavy" one. Hansen Prov. Ct. J. said:

The Crown is not required to establish beyond a reasonable doubt that the young person should be transferred however the onus on the Crown is a heavy one.

In the Court of Queens' Bench, Veit J. commented on the notion of a "heavy onus", although she appeared not to endorse the use of such an onus. She said:

It may be unfortunate that the expression "heavy onus" has crept into judicial language with respect to the onus on a transfer applicant. One might have thought that one of the traditional tests would suffice: establish beyond a reasonable doubt or on a balance of probabilities. By adopting a third, probably intermediate, standard, the existing jurisprudence undoubtedly wishes to emphasize only that Parliament has decided that young persons should be dealt with in a particular way; it has not established automatic transfers to the

Avant de ce faire, cependant, il y a lieu de rappeler que J.E.L. a été accusé de meurtre au premier degré, de vol et de possession de biens volés en rapport avec le meurtre de George Dreifus. Bien que S.H.M. et J.E.L. n'aient pas été accusés conjointement, on a allégué qu'ils avaient tous les deux participé au meurtre. On nous a informés que l'accusation a été réduite à celle de meurtre au deuxième degré après une enquête préliminaire tenue malgré l'opposition des adolescents.

### I—Le fardeau de preuve

Les versions française et anglaise du par. 16(1) de la Loi doivent être lues ensemble en vue de trouver une interprétation commune qui soit conforme à l'intention du Parlement, à la philosophie sous-jacente de la loi ainsi qu'à la nature exceptionnelle des renvois. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, et compte tenu de toutes les exigences de l'art. 16, je suis d'avis que, en vertu du par. 16(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le renvoi d'un adolescent à la juridiction normalement compétente doit s'imposer au juge du tribunal pour adolescents comme la seule solution appropriée.

En l'espèce, le tribunal pour adolescents a jugé que le fardeau du requérant en application du par. 16(1) de la Loi était «lourd», comme l'exprime le juge Hansen de la Cour provinciale:

[TRADUCTION] Bien que le ministère public ne soit pas obligé d'établir hors de tout doute raisonnable que l'adolescent devrait être renvoyé, le fardeau de la poursuite est néanmoins lourd.

Le juge Veit de la Cour du Banc de la Reine a commenté la notion de [TRADUCTION] «lourd fardeau», qu'elle ne semble toutefois pas endosser. Elle affirme:

[TRADUCTION] Il est peut-être malheureux que l'expression «lourd fardeau» se soit glissée dans le langage judiciaire en ce qui concerne le fardeau imposé au requérant qui demande un renvoi. On aurait pu croire que l'un des critères traditionnels aurait suffi: établir hors de tout doute raisonnable ou selon la prépondérance des probabilités. En adoptant un troisième critère, probablement intermédiaire, la jurisprudence existante a certainement voulu faire ressortir seulement que le Parlement a décidé qu'il faut traiter les adolescents d'une

ordinary courts either for a certain age class of young persons or for certain types of offences. The jurisprudence emphasizes that a transfer hearing judge must recognize this overall intention of Parliament on the burden of satisfying the tests in s. 16(1).

In the Court of Appeal, McClung J.A. did not expressly comment upon the burden, although it is clear that he followed the decision of Laycraft C.J.A. in *R. v. S.H.M.* (1987), 78 A.R. 309. Laycraft C.J.A. held that it sufficed if "the balancing of the factors favours transfer" (p. 316).

In my view, for the more detailed reasons I have given in *R. v. M. (S.H.)*, the burden falls squarely on the applicant to persuade the Youth Court that no solution other than transfer is appropriate in the circumstances of a particular case. To the extent that it relied on the lower threshold of "favouring transfer", the Court of Appeal erred and that error pervaded its assessment of the evidence relating to the elements to be considered in s. 16.

## II—Scope of Review

In the Court of Queen's Bench, Veit J. exercised her statutory discretion to review in a restrictive manner. Commenting on the scope of review, she said:

Although the expressed options of confirming or reviewing the decision of the provincial court make it clear that something more than a mere review of jurisdiction is anticipated in this review, the scope of the appeal court's jurisdiction on review is clearly not to review the matter *de novo* and is presumably not so broad as to enable the review court to substitute its discretion for that of the court being reviewed. Assuming that there is no challenge to the jurisdiction of the transfer hearing court, I am of the view that the appeal court on review should interfere only if there has been an error in law or a patently unreasonable result.

façon particulière; le Parlement n'a pas prévu le renvoi automatique devant les juridictions normalement compétentes pour les adolescents d'une certaine catégorie d'âge ou pour certains types d'infractions. Il ressort de la jurisprudence que le juge qui entend une demande de renvoi doit reconnaître cette intention générale du Parlement quant à l'obligation de se conformer aux critères établis au par. 16(1).

En Cour d'appel, le juge McClung ne s'est pas prononcé expressément sur le fardeau de preuve mais il est clair qu'il a suivi la décision du juge en chef Laycraft dans l'arrêt *R. v. S.H.M.* (1987), 78 A.R. 309. Le juge en chef Laycraft a décidé qu'il était suffisant que [TRADUCTION] «les facteurs à considérer militent en faveur du renvoi» (p. 316).

À mon avis, et pour les motifs plus élaborés que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, ce fardeau repose incontestablement sur le requérant qui doit convaincre le tribunal pour adolescents qu'il n'y a pas d'autre solution appropriée que le renvoi, compte tenu des circonstances particulières d'une affaire. Dans la mesure où elle s'est appuyée sur le critère moins sévère des «éléments militant en faveur du renvoi», la Cour d'appel a commis une erreur et cette erreur a faussé l'ensemble de son appréciation de la preuve des éléments à examiner en vertu de l'art. 16.

## II—La portée de la révision

En Cour du Banc de la Reine, le juge Veit a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon restrictive. Commentant la portée de la révision, elle écrit:

[TRADUCTION] Bien que les options expressément prévues quant à la confirmation ou à la révision de la décision de la cour provinciale indiquent clairement qu'on s'attend à davantage qu'un simple contrôle de compétence en l'espèce, l'étendue de la compétence d'examen de la cour n'est certainement pas de réexaminer l'affaire *de novo* et elle n'est vraisemblablement pas assez étendue pour permettre au tribunal de révision de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du tribunal d'instance inférieure. Si l'on tient pour acquis que la compétence du tribunal qui a entendu la demande de renvoi n'est pas contestée, je suis d'avis que le tribunal de révision ne devrait intervenir que s'il y a eu erreur de droit ou un résultat manifestement déraisonnable.

The Court of Appeal of Alberta, however, felt that it was "bound to apply the principles . . . that were expressed in *Regina v. S.H.M.*" For the court, McClung J.A. added that he "fully agree[d]" with these principles:

By their explicit wording, these provisions [s. 16(9) and (10)] have recast the customary standard of appellate review of interlocutory orders of this type. The appellate court is required to render the decision it concludes should have been given. [Reference omitted.]

In my view, this is too broad an interpretation of the scope of appeal. For the reasons I gave in *R. v. M. (S.H.)*, the discretion which is conferred by s. 16(9) and (10) of the Act is not to be exercised in a vacuum. In light of s. 5, the general economy of the Act and the necessarily incidental creation of a specialized body of decision-makers, paying due tribute to curial deference in the Youth Court's area of expertise, the discretion to confirm or reverse the decision of the Youth Court can be exercised only in cases where there is a serious ground for intervention. Errors of fact as well as errors of law would constitute such serious grounds, but the test is intended to allow a somewhat broader basis for review. In some cases, it could allow the discretion to review to be exercised where there is a substantial discrepancy between the reviewing court's and the Youth Court's assessment of the relevant factors.

I now turn to the test for transfer to determine whether in this case there was such a serious ground for intervention.

### III—Test for Transfer

In considering the elements listed in s. 16(2) in the case at bar, Hansen Prov. Ct. J. first considered the element of seriousness. She noted that "[t]he offence of first degree murder is one of the most serious offences under the Criminal Code". Hansen Prov. Ct. J. then cited with approval a decision of the Ontario Court of Appeal where the alleged commission of murder was referred to as a "weighty factor" (*R. v. Clements* (1983), 5 C.C.C. (3d) 308, at p. 311). She also appraised the cir-

La Cour d'appel de l'Alberta a cependant estimé qu'elle était [TRADUCTION] «tenue d'appliquer les principes [...] formulés dans l'arrêt *Regina v. S.H.M.*» Au nom de la cour, le juge McClung a ajouté qu'il était [TRADUCTION] «tout à fait d'accord» avec ces principes:

[TRADUCTION] En raison de leur libellé explicite, ces dispositions [par. 16(9) et (10)] ont reformulé la norme habituelle applicable à la révision par un tribunal d'appel des ordonnances interlocutoires de cette nature. Le tribunal d'appel doit rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être rendue. [Référence omise.]

J'estime qu'il s'agit là d'une interprétation trop large de la portée de l'appel. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, le pouvoir discrétionnaire conféré par les par. 16(9) et (10) de la Loi ne doit pas être exercé dans un vacuum. Compte tenu de l'art. 5, de l'économie générale de la Loi et de la création d'un tribunal spécialisé, ainsi que de la retenue judiciaire envers le tribunal pour adolescents dans son domaine d'expertise, le pouvoir discrétionnaire de confirmer ou d'infirmer la décision du tribunal pour adolescents ne peut être exercé que dans les cas où il existe un motif sérieux d'intervention. Les erreurs de fait ainsi que les erreurs de droit constitueraient de tels motifs sérieux, mais le test proposé a pour but de donner une portée un peu plus large à la révision. Dans certains cas, il justifierait l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'il existait un écart important entre l'évaluation des facteurs pertinents par le tribunal pour adolescents et celle du tribunal de révision.

Je me propose maintenant d'examiner le test applicable au renvoi pour déterminer si, en l'espèce, un motif sérieux d'intervention existait.

### <sup>h</sup> III—Le test du renvoi

En considérant les éléments énumérés au par. 16(2) en l'espèce, le juge Hansen de la Cour provinciale a d'abord étudié l'élément de gravité de l'infraction. Elle a souligné que [TRADUCTION] «[l]'infraction de meurtre au premier degré constitue une des infractions les plus graves prévues au Code criminel». Le juge Hansen a alors cité avec approbation un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans lequel on a considéré comme un [TRADUCTION] «facteur important» la perpétration du

cumstances, in particular, the degree of violence and insensitivity of the murder. Though urged by the Crown to conclude that J.E.L.'s actions were premeditated, she found no evidence in this respect:

The Crown has argued, however, that because the strangulation occurred after the deceased was rendered unconscious or incapable of protecting himself, the Court should infer that the murder was premeditated.

There is, however, no evidence of the degree, if any, of J.E.L.'s participation in the strangulation and, accordingly, it is not possible for the Court to come to any conclusion as to the degree of premeditation and violence on the part of J.E.L.

Veit J., in the Court of Queen's Bench, considered the element of seriousness at length. She took note of the Youth Court judge's finding that there was no evidence of premeditation. In this respect, she indicated some approval for the proposition that "[t]he matter of premeditation is something to be decided by the trier of fact at the hearing of the case, and not for the judge at the hearing of the transfer application" (*R. v. C.R.M.* (1986), 46 Man. R. (2d) 317, at p. 318). Veit J. concluded as follows:

In summary on this issue, the learned trial judge explicitly recognized the weightiness of the mere charge of first degree murder. As to the circumstances of the murder, she was entitled to consider the evidence led, to note the absence of any evidence of premeditation, to weigh the frailty of the hearsay evidence on the crucial issue of [J.E.L.]'s participation in the cruelty of the strangulation as distinct from his involvement in the initial blow to the victim's head, and to note the existence of potential provocation on the issue of the danger of [J.E.L.] to society at large.

In the Court of Appeal, equal attention was given to this element of the balancing, as McClung J.A. noted:

Mr. Davies has urged that J.E.L.'s role in the homicide is subsidiary to that of S.H.M. Nonetheless, at its lowest level of criminality, the case alleged against J.E.L. points to his participation in a culpable homicide that was brutal, coordinated and mercantile. There was evidence that it was unregretted.

This homicide was not a crime of adolescent proportion.

meurtre reproché (*R. v. Clements* (1983), 5 C.C.C. (3d) 308, à la p. 311). Elle a également tenu compte des circonstances, en particulier du degré de violence et d'insensibilité du meurtre.

*a* Bien que le ministère public l'ait invitée à conclure que les actes de J.E.L. étaient prémédités, elle a jugé qu'il n'y avait aucune preuve à cet égard:

[TRADUCTION] Le ministère public a cependant soutenu que, puisque la strangulation avait eu lieu quand la victime était inconsciente ou incapable de se protéger, la Cour devrait conclure que le meurtre était prémédité.

*b* Il n'y a cependant aucune preuve de la participation ni du degré de participation de J.E.L. à la strangulation et, par conséquent la Cour ne peut tirer aucune conclusion quant au degré de préméditation et de violence de la part de J.E.L.

*c* En Cour du Banc de la Reine, le juge Veit a fait un examen détaillé de l'élément de gravité de l'infraction. Elle a pris note de la conclusion du juge du tribunal pour adolescents qu'il n'y avait aucune preuve de préméditation. À cet égard, elle a semblé approuver la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «[l]a préméditation est une question qui doit être tranchée par le juge des faits à l'audience et non par le juge qui entend la demande de renvoi» (*R. v. C.R.M.* (1986), 46 Man. R. (2d) 317, à la p. 318). Le juge Veit a conclu de la façon suivante:

[TRADUCTION] En résumé sur ce point, le savant juge de première instance a reconnu explicitement l'importance du seul fait d'une accusation de meurtre au premier degré. Quant aux circonstances du meurtre, elle pouvait considérer la preuve présentée, tenir compte de l'absence de toute preuve quant à la préméditation, évaluer la faiblesse de la preuve par oui-dire sur la question cruciale de la participation de [J.E.L.] à l'acte cruel de la strangulation par opposition à sa participation au coup initial porté à la tête de la victime, et prendre en considération l'existence d'une provocation possible, afin d'examiner la question du danger que représente [J.E.L.] pour la société dans son ensemble.

*d* La Cour d'appel a porté la même attention à cet élément de l'examen, comme l'a souligné le juge McClung:

[TRADUCTION] Monsieur Davies a soutenu que le rôle de J.E.L. dans l'homicide est accessoire à celui de S.H.M. Quoi qu'il en soit, le moins que l'on puisse dire sur le plan criminel, c'est que les actes reprochés à J.E.L. démontrent qu'il a participé à un homicide volontaire qui était brutal, organisé et intéressé. Des éléments de preuve indiquent qu'il n'a manifesté aucun regret.

Ce meurtre n'est pas un crime qui appartient au monde de l'adolescence.

Other than the use of more emphatic language in the Court of Appeal, it appears that all courts below found that the element of seriousness of the alleged offence and circumstances militated in favour of transfer.

With respect to s. 16(2)(b), Hansen Prov. Ct. J. found that J.E.L. was 17 years and six months old at the time of the alleged offence. She accepted the evidence of Dr. Brooks, who this time had prepared a psychiatric assessment report at the request of the youth, to the effect that J.E.L. is of average intelligence and that his personality testing fell within normal limits. Hansen Prov. Ct. J. quoted from Dr. Brooks' report, which indicated "a mildly anti-social pattern with a tendency to anti-authority attitudes".

The Crown adduced evidence through another psychiatrist, Dr. Blashko, who expressed the view that J.E.L. suffers from a personality disorder. However, Hansen Prov. Ct. J. rejected that evidence:

Dr. Blashko, in response to a lengthy hypothetical question, was of the opinion that J.E.L. suffers from a personality disorder, anti-social type, for which the prognosis is bleak. While Dr. Blashko had available to him, in formulating his opinion, a great deal of historical information, he did not have the benefit of a clinical interview.

Dr. Blashko indicated that in arriving at his conclusion, he considered patterns of anti-social behaviour in J.E.L.'s history but did not specifically relate the onset of the anti-social behaviour to the death of J.E.L.'s father.

I am not satisfied on the evidence that J.E.L. falls within the limits of the category of personality disorder, anti-social type, as described by Dr. Blashko. [Emphasis added.]

With respect to previous findings of guilt, the pre-disposition report indicates that J.E.L. had one previous finding of guilt of theft over \$200, contrary to s. 294 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970,

Indépendamment du langage plus énergique employé par la Cour d'appel, il semble que tous les tribunaux d'instance inférieure aient conclu que l'élément de gravité de l'infraction ainsi que les circonstances militaient en faveur du renvoi.

En ce qui concerne l'al. 16(2)b), le juge Hansen a constaté que J.E.L. était âgé de 17 ans et six mois à l'époque de l'infraction qui lui est reprochée. Elle a accepté le témoignage du D<sup>r</sup> Brooks qui, cette fois-ci, avait préparé un rapport d'évaluation psychiatrique à la demande de l'adolescent, rapport qui démontre que J.E.L. est d'intelligence moyenne et que ses tests de personnalité s'inscrivent dans les limites normales. Le juge Hansen a cité un extrait du rapport du D<sup>r</sup> Brooks qui indique [TRADUCTION] «un type légèrement antisocial avec une tendance à avoir une attitude négative face à l'autorité».

Le ministère public a présenté le témoignage d'un autre psychiatre, le D<sup>r</sup> Blashko, qui a exprimé l'avis que J.E.L. souffre de troubles de la personnalité. Cependant, le juge Hansen a rejeté ce témoignage:

[TRADUCTION] Le D<sup>r</sup> Blashko, en réponse à une longue question théorique, a exprimé l'avis que J.E.L. souffre de troubles de la personnalité de type antisocial pour lequel le pronostic est peu encourageant. Bien que, pour formuler son opinion, le D<sup>r</sup> Blashko ait disposé d'une grande quantité de renseignements sur ses antécédents, il n'a pas eu l'avantage de pouvoir mener une entrevue clinique.

Le D<sup>r</sup> Blashko a indiqué que pour arriver à sa conclusion il a examiné des modèles de comportement antisocial dans le passé de J.E.L., mais il n'a pas relié précisément le début de ce comportement antisocial à la mort de son père.

Je ne suis pas convaincue d'après la preuve que J.E.L. fait partie de la catégorie de ceux qui souffrent de troubles de la personnalité de type antisocial comme le décrit le D<sup>r</sup> Blashko. [Je souligne.]

En ce qui concerne les déclarations de culpabilité antérieures, le rapport prédécisionnel indique que J.E.L. a déjà été déclaré coupable d'un vol de plus de 200 \$, en contravention de l'art. 294 du



c. C-34, and one finding of guilt of mischief contrary to s. 387 of the *Code*.

These prior convictions are not discussed in the reasons for judgment in the courts below. There is no further acknowledgement of the elements of age, character and background in the Court of Queen's Bench and in the Court of Appeal. Accordingly, it must be assumed that the Court of Appeal did not disagree with the analysis of Hansen Prov. Ct. J. on the element of s. 16(2)(b) in the circumstances of this case.

Turning to the factors of adequacy under s. 16(2)(c) and availability of resources under s. 16(2)(d), Hansen Prov. Ct. J. noted:

The maximum disposition under the Young Offenders Act is three years secure custody. Under the Criminal Code, the minimum punishment for the offence of first degree murder is life imprisonment. In determining the adequacy of the Act, one must have regard to the degree of accountability expected bearing in mind the age, level of maturity and development of the young person, together with seriousness and circumstances surrounding the alleged offence.

One must also consider that the primary goal when dealing with a youthful offender is that of rehabilitation. The Court must determine whether a longer period of time than that provided for in the Young Offenders Act having regard to the protection of society is necessary for the rehabilitation of the young person.

Dr. Brooks was of the opinion that J.E.L. required a fairly long period of individual and group psychotherapy about one year, which is well within the statutory limits in Section 20 of the Young Offenders Act. [Emphasis added.]

Hansen Prov. Ct. J. indicated that she was satisfied that J.E.L. was amenable to treatment when she cited the following portion of Dr. Brooks' report:

There is a strong possibility that J.E.L. can re-establish relationships with somebody on a close basis and if this occurs, he can abandon his anti-social ways. With this in mind, a fairly long period of individual and group psycho-therapy, about one year, could achieve this end.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et de méfait, en contravention de l'art. 387 du *Code*.

Ces déclarations de culpabilité antérieures n'ont pas été examinées dans les jugements des tribunaux d'instance inférieure. Il n'a pas été question non plus en Cour du Banc de la Reine ni en Cour d'appel de l'âge, du caractère et des antécédents de l'adolescent. Par conséquent, il faut tenir pour acquis que la Cour d'appel n'était pas en désaccord avec l'analyse du juge Hansen quant aux éléments de l'al. 16(2)b) en l'espèce.

Passant aux facteurs concernant l'«opportunité» selon l'al. 16(2)c) et l'existence de ressources selon l'al. 16(2)d), le juge Hansen a souligné:

[TRADUCTION] La peine maximale prévue par la Loi sur les jeunes contrevenants est trois ans de détention en garde fermée. En vertu du Code criminel, la peine minimale pour une infraction de meurtre au premier degré est l'emprisonnement à vie. Pour déterminer l'opportunité de soumettre l'adolescent à la Loi sur les jeunes contrevenants, il faut tenir compte du degré de responsabilité auquel on s'attend, en gardant à l'esprit l'âge, le degré de maturité et de développement de l'adolescent ainsi que la gravité de l'infraction reprochée et les circonstances qui l'entourent.

Il faut également considérer que le but premier du traitement d'un jeune contrevenant est la réadaptation. La Cour doit déterminer si une plus longue période que celle prévue par la Loi sur les jeunes contrevenants est nécessaire pour la réadaptation de l'adolescent, compte tenu de la protection de la société.

Le D<sup>r</sup> Brooks était d'avis que J.E.L. avait besoin d'une période assez longue, d'environ un an, de psychothérapie individuelle et de groupe, ce qui s'inscrit très bien dans les limites de l'article 20 de la Loi sur les jeunes contrevenants. [Je souligne.]

Le juge Hansen a indiqué qu'elle était convaincue que J.E.L. répondrait au traitement, lorsqu'elle a cité l'extrait suivant du rapport du D<sup>r</sup> Brooks:

[TRADUCTION] Il y a de fortes chances que J.E.L. puisse rétablir des rapports étroits avec quelqu'un et si cela se produit il pourra abandonner son comportement antisocial. Si l'on tient compte de cela, une période assez longue de psychothérapie individuelle et de groupe, environ un an, permettrait d'arriver à ce résultat.

Hansen Prov. Ct. J. suggested that J.E.L.'s case would not benefit from the same likelihood of reformation in the adult system:

The Young Offender institutions are specifically designed and staffed to meet the needs of young offenders. In addition, within the young offender system, there is a forensic unit at Alberta Hospital, which has been established to meet the treatment needs of young offenders. The federal institutions are not designed to deal with young offenders. While the vocational training programs available to inmates in adult institutions may be superior to those in young offender institutions, there are no special handling units, nor is there individualized programming for young people.

In addition, having regard to the inmate culture in provincial and federal institutions, there is always a long term risk that incarceration in an adult institution could be detrimental to a young offender's development and ultimate rehabilitation.

Later, Hansen Prov. Ct. J. added: "he [J.E.L.] has not exhausted the young offenders system and, in fact, there is a specific program within the youth system designed to meet his treatment needs and hopefully affect his rehabilitation . . ."

In the Court of Queen's Bench, Veit J. also noted the availability of facilities suited to address J.E.L.'s treatment needs, stressing the "explicit psychiatric evidence that [J.E.L.] . . . was amenable to treatment, and that a program exists which can treat him". She concluded:

Given the explicit support of the psychiatrist for this program for this young person, in total the learned trial judge has certainly not failed in her appreciation of the evidence.

There was no discussion of this element in the Court of Appeal. Accordingly, it must be assumed that the court found no reason to disagree with Hansen Prov. Ct. J. in her analysis of these elements in the circumstances of the present case.

Pursuant to s. 16(2)(e), Hansen Prov. Ct. J. then considered two other elements which were

Le juge Hansen a laissé entendre que J.E.L. ne se verrait pas offrir les mêmes chances de réadaptation dans le système pour adultes:

[TRADUCTION] Les institutions pour jeunes contrevenants sont spécifiquement conçues et équipées pour répondre aux besoins des jeunes contrevenants. De plus, à l'intérieur du système pour jeunes contrevenants, il existe une unité spéciale à l'Alberta Hospital qui a été créée pour répondre aux besoins de traitement des jeunes contrevenants. Les institutions fédérales ne sont pas conçues pour traiter des jeunes contrevenants. Bien que les programmes de formation professionnelle offerts aux détenus dans les institutions pour adultes puissent être supérieurs à ceux qui sont offerts dans les institutions pour jeunes contrevenants, il n'existe pas d'unité spéciale de traitement ni de programme individualisé pour les jeunes.

De plus, en ce qui concerne le milieu carcéral dans les institutions provinciales et fédérales, il existe toujours un risque à long terme que l'emprisonnement dans une institution pour adultes soit préjudiciable au développement et à la réadaptation ultime du jeune contrevenant.

Plus loin, le juge Hansen a ajouté: [TRADUCTION] «il [J.E.L.] n'a pas épuisé les ressources du système des jeunes contrevenants et il existe d'ailleurs au sein du système un programme spécifiquement conçu pour répondre à ses besoins en matière de traitement et, espérons-le, favoriser sa réadaptation . . .»

En Cour du Banc de la Reine, le juge Veit a également souligné l'existence de services conçus pour répondre aux besoins de J.E.L. en matière de traitement, insistant sur [TRADUCTION] «la preuve psychiatrique qui indique expressément que [J.E.L.] . . . répondrait au traitement et qu'un programme existe pour le traiter». Elle a conclu:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'appui explicitement donné par le psychiatre à ce programme pour cet adolescent, le savant juge de première instance n'a certainement pas commis d'erreur dans l'évaluation de la preuve.

La Cour d'appel n'a pas examiné cet élément. Par conséquent, il faut tenir pour acquis que la cour a conclu qu'elle n'avait aucune raison d'être en désaccord avec l'examen qu'en avait fait le juge Hansen, compte tenu des circonstances de l'espèce.

Conformément à l'al. 16(2)e), le juge Hansen a alors examiné deux autres éléments que le minis-

urged by the Crown to be relevant. First, the Crown adduced evidence that J.E.L. escaped from the Youth Development Centre while being held in respect of the charge of murder. The Crown urged the Court to infer that the security system was inadequate to hold J.E.L. Hansen Prov. Ct. J. rejected this submission, noting: "The possibility of escape is a concern in all correctional institutions". There was no further discussion of this submission in the courts below. While evidence of escape may be relevant to the overall assessment, as ultimately going to the societal interest in being protected from dangerous criminals and also perhaps indicating the youth's non amenability to treatment, it is open to the Youth Court judge to consider such evidence in light of all the other evidence before the court. The second submission involved a letter allegedly written by J.E.L. showing insensitivity and lack of remorse on his part. This evidence was rejected by the Youth Court judge:

As stated by Dr. Brooks, however, there is no way to determine whether this letter is a true statement of lack of remorse and bragging or whether it is a means of putting up a front for peers.

Authorship of the letter was not proven, and even if it had been, the Youth Court judge found, as a fact, that the letter could not be taken as establishing lack of remorse. Nevertheless, in the Court of Appeal, McClung J.A. observed: "There was evidence that it [the murder] was unregretted". It is difficult to see how the Court of Appeal, in the absence of palpable mistake by the court below, and not having had the benefit of Dr. Brooks' *viva voce* testimony, could reverse the Youth Court's findings with respect to the letter.

There was an additional relevant element considered in the Court of Appeal which had not been examined in the courts below. McClung J.A. relied

tère public estimait pertinents. Premièrement, le ministère public a présenté une preuve selon laquelle J.E.L. s'était évadé du centre de développement pour adolescents alors qu'il était détenu relativement à l'accusation de meurtre. Le ministère public a invité la cour à conclure que le système de sécurité n'était pas adéquat pour détenu J.E.L. Le juge Hansen avait rejeté cet argument, soulignant que: [TRADUCTION] «Le risque qu'une personne s'évade est une préoccupation dans tous les centres correctionnels». Cet argument n'a pas davantage été examiné devant les tribunaux d'instance inférieure. Bien que la preuve de cette évasion puisse être pertinente dans l'évaluation globale, parce qu'elle concerne en fin de compte l'intérêt de la société à être protégée des criminels dangereux et qu'elle indique peut-être également que l'adolescent ne répondra pas au traitement, il est permis au juge du tribunal pour adolescents de tenir compte de cette preuve en fonction de tous les autres éléments de preuve présentés à la cour. Le deuxième argument concernait une lettre que l'on prétend avoir été écrite par J.E.L. et qui démontre son insensibilité et son absence de remords. Cette preuve a été rejetée par le juge du tribunal pour adolescents:

[TRADUCTION] Cependant, comme l'a affirmé le D<sup>r</sup> Brooks, il n'y a aucun moyen de savoir si cette lettre constitue une véritable affirmation de l'absence de remords ou une vantardise, ou s'il s'agit d'un moyen de jouer les durs devant ses pairs.

La preuve de l'auteur de la lettre n'a pas été établie et, même si elle l'avait été, le juge du tribunal pour adolescents a tiré la conclusion de fait que la lettre ne pouvait pas être retenue comme preuve de l'absence de remords. Quoi qu'il en soit, en Cour d'appel, le juge McClung a fait remarquer: [TRADUCTION] «Des éléments de preuve indiquent qu'il n'a manifesté aucun regret». Il est difficile de voir comment, en l'absence d'erreur manifeste du tribunal d'instance inférieure et sans avoir eu l'avantage d'entendre de vive voix le témoignage du D<sup>r</sup> Brooks, la Cour d'appel pouvait infirmer les conclusions du tribunal pour adolescents relativement à cette lettre.

La Cour d'appel a discuté d'un autre élément pertinent qui n'avait pas été examiné par les tribunaux d'instance inférieure. Le juge McClung a

on the principle that co-accused should be tried jointly. He said:

It is a consideration which cannot deny a young offender an individual assessment of the justification for his transfer to the ordinary court but neither is it irrelevant to the issues before the court. Like cases should be treated alike.

Some cases have indeed considered that the treatment of co-accused is a relevant consideration in an application for transfer. For instance, under the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, in the case of *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368 (Man. C.A.), Hall J.A. wrote at p. 371:

This was a joint venture between the accused and his adult confederate. If they are tried by two different tribunals—one in the juvenile Court, the other in adult Court—there is a danger of disparate conclusions being reached, as well as the certainty of vastly different degrees of punishment being imposed, if verdicts of guilt were reached.

In the later case of *R. v. E.S.R.* (1985), 36 Man. R. (2d) 276 (C.A.), Hall J.A. had an opportunity to explain his words in *Smith*. He said (at p. 279):

In my opinion the transfer of E. and the retention of W. [are] not necessarily inconsistent. Each accused must be viewed separately. Both should be treated the same if the circumstances warrant but that does not have to be the case. The decision of this court in *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368 was not intended as a statement that transfer must always be ordered where the co-accused of a young offender is to be tried in adult court. It is only one factor to be taken into account. It was a particularly important factor in *R. v. Smith*, (supra), but only because of the facts in that particular case.

I agree with these views. Each case must be determined on its specific facts. Minor differences in the factual background of particular cases may result in different conclusions respecting the propriety of transfer. While the transfer of a co-accused may be relevant, it is only a single ele-

invoqué le principe que des coaccusés devraient subir leur procès conjointement. Il a dit:

[TRADUCTION] Il s'agit d'un facteur qui ne peut priver un jeune contrevenant d'une évaluation personnelle des moyens justifiant son renvoi devant la juridiction normalement compétente mais il s'agit néanmoins d'un facteur qui n'est pas étranger aux questions soumises à la cour. Des cas semblables devraient être traités de la même façon.

Les tribunaux ont quelquefois considéré le traitement de coaccusés comme un facteur pertinent dans une demande de renvoi. Par exemple, sous le régime de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3, le juge Hall a écrit dans l'arrêt *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368 (C.A. Man.), à la p. 371:

[TRADUCTION] Il s'agissait d'une entreprise commune de l'accusé et de son complice adulte. S'ils subissent leur procès devant deux tribunaux différents—l'un devant le tribunal pour adolescents, l'autre devant le tribunal pour adultes—on risque d'arriver à des conclusions divergentes et il est certain que le degré de sévérité des peines sera extrêmement différent si des verdicts de culpabilité sont rendus.

Dans l'arrêt plus récent de *R. v. E.S.R.* (1985), 36 Man. R. (2d) 276 (C.A.), le juge Hall a eu l'occasion d'expliciter ses propos dans l'arrêt *Smith* (à la p. 279):

[TRADUCTION] À mon avis, les décisions de renvoyer E. et de retenir W. ne [sont] pas nécessairement incompatibles. Chaque accusé doit être considéré séparément. Les deux devraient être traités de la même façon si les circonstances le justifient, mais cela n'est pas obligatoire. La décision de cette Cour dans l'arrêt *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368 n'avait pas pour but d'affirmer que le renvoi doit toujours être ordonné lorsque le coaccusé d'un jeune contrevenant doit subir son procès devant un tribunal pour adultes. Il s'agit seulement d'un facteur à prendre en considération. Il s'agissait d'un facteur particulièrement important dans l'arrêt *R. v. Smith*, précité, mais seulement en raison des faits de cette affaire.

Je partage cette opinion. Chaque cas doit être jugé selon ses faits particuliers. Des différences mineures dans les faits dans un cas donné peuvent donner lieu à des conclusions différentes quant à l'opportunité du renvoi. Bien que le renvoi d'un coaccusé puisse être pertinent, il ne s'agit que d'un

ment, one which must be weighed in light of the other elements stated in s. 16(2).

It can readily be seen that the Court of Appeal expressed no serious disagreement with the analysis of the Youth Court judge. The sole difference between the two courts lies in the taking into account by the Court of Appeal of the fact that the accomplice, S.H.M., had been transferred to ordinary court. Considering the importance of the other elements in s. 16(2), which were not discussed at any length in the reasons of McClung J.A., the Court of Appeal, for no apparent reason, simply substituted its view for that of the Youth Court in an area lying at the heart of that court's expertise.

In view of the scant discussion of the factors to be balanced and the comment of McClung J.A. adopting the principles expressed in *R. v. S.H.M.*, *supra*, one cannot escape the impression that, at the end of the day, much reliance was put on the earlier judgment of the Court of Appeal in that case. In my view, this is anything but the exercise of a fresh discretion as envisaged by the legislation.

#### IV—Conclusion

As was the case in *R. v. S.H.M.*, the Court of Appeal found no error of fact or of law in the reasons of the Youth Division. Nor in my view did the Court of Appeal state any other serious ground for intervention. This was a case where the additional expertise of the Youth Division and its privileged situation in assessing the expert testimony should have prevailed over only minor differences of opinion in the Court of Appeal.

As a result, I would allow the appeal and quash the order to transfer J.E.L. to ordinary court. I would restore the judgment of the Court of Queen's Bench dismissing the appeal from the decision of the Youth Division.

seul élément qui doit être évalué à la lumière des autres éléments du par. 16(2).

Il est donc clair que la Cour d'appel n'a pas exprimé de désaccord important avec l'analyse effectuée par le juge du tribunal pour adolescents. La seule divergence entre les deux tribunaux tient à ce que la Cour d'appel a tenu compte du fait que le complice S.H.M. avait été renvoyé devant la juridiction normalement compétente. Vu l'importance des autres éléments du par. 16(2), que le juge McClung n'a pas examinés en détail dans ses motifs, la Cour d'appel, sans aucune raison apparente, a simplement substitué son opinion à celle du tribunal pour adolescents dans un domaine qui relève fondamentalement du domaine d'expertise de ce tribunal.

Compte tenu de l'examen superficiel des facteurs à soupeser et des remarques du juge McClung qui a adopté les principes formulés dans l'arrêt *R. v. S.H.M.*, précité, il nous faut conclure qu'en définitive, on s'est appuyé largement sur ce jugement antérieur de la Cour d'appel. À mon avis, il ne s'agit pas là de l'exercice du pouvoir discrétionnaire nouveau envisagé par la loi.

#### IV—Conclusion

Comme dans l'arrêt *R. c. S.H.M.*, la Cour d'appel a conclu que le tribunal pour adolescents n'avait commis aucune erreur de droit ou de fait. À mon avis, la Cour d'appel n'a pas non plus fait état d'autres motifs sérieux d'intervention. Il s'agissait d'un cas où la plus grande expertise du tribunal pour adolescents et sa situation privilégiée pour évaluer les témoignages d'experts auraient dû prévaloir sur les divergences d'opinions mineures de la Cour d'appel.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais l'ordonnance de renvoi de J.E.L. devant la juridiction normalement compétente. Je rétablirais le jugement de la Cour du Banc de la Reine qui a rejeté l'appel de la décision du tribunal pour adolescents.

*Appeal dismissed, LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.* — *Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.*

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

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

*Solicitor for the respondent: Michael Watson, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Michael Watson, Edmonton.*

**Chantal Daigle** *Appellant*

v.

**Jean-Guy Tremblay** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Canadian Abortion Rights Action League (CARAL), the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF), the Canadian Civil Liberties Association, the Campaign Life Coalition, the Canadian Physicians for Life, the Association des médecins du Québec pour le respect de la vie, and the REAL Women of Canada**  
*Intervenors*

INDEXED AS: TREMBLAY v. DAIGLE

File No.: 21553.

1989: August 8\*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Injunction — Injunction against abortion — Foetal rights — Father's rights — Unmarried woman seeking abortion — Father of unborn child granted an interlocutory injunction to stop abortion — Whether injunction should have been granted — Whether foetus has a right to life under Quebec legislation — Whether potential father has a right to veto the mother's decision to have an abortion — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 752.*

*Civil rights — Provincial human rights legislation — Right to life — Father of unborn child obtaining an injunction to prevent mother from having an abortion — Whether foetus a "human being" under the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1, 2.*

*Civil law — Legal status of unborn child — Father of unborn child obtaining an injunction to prevent mother from having an abortion — Whether foetus recognized as a juridical person under the Civil Code*

\* Reasons delivered November 16, 1989.

**Chantal Daigle** *Appelante*

c.

**Jean-Guy Tremblay** *Intimé*

a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA), le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), l'Association canadienne des libertés civiles, la Campaign Life Coalition, Canadian Physicians for Life, l'Association des médecins du Québec pour le respect de la vie, et REAL Women of Canada**  
*Intervenants*

RÉPERTORIÉ: TREMBLAY c. DAIGLE

d

N° du greffe: 21553.

1989: 8 août\*.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Injonction — Injonction contre un avortement — Droits du fœtus — Droits du père — Femme célibataire voulant se faire avorter — Injonction interlocutoire empêchant l'avortement accordée au père de l'enfant non encore né — L'injonction aurait-elle dû être accordée? — La législation québécoise reconnaît-elle au fœtus le droit à la vie? — Le père en puissance a-t-il le droit d'opposer un veto à la décision de la mère de se faire avorter? — Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 752.*

*Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Droit à la vie — Le père d'un enfant non encore né obtient une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter — Le fœtus est-il un «être humain» au sens de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, préambule, art. 1, 2.*

*Droit civil — Statut juridique de l'enfant non encore né — Le père d'un enfant non encore né obtient une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter — Le Code civil reconnaît-il au fœtus la personnalité*

\* Motifs déposés le 16 novembre 1989.

— *Civil Code of Lower Canada, arts. 18, 338, 345, 608, 771, 838, 945, 2543.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Application — Injunction — Father of unborn child seeking an injunction to prevent mother from having an abortion — No state action involved — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked to support the injunction.*

The parties ended their relationship after five months of cohabitation. The appellant was 18 weeks pregnant at the time of the separation and decided to terminate her pregnancy. The respondent, the father of the unborn child, obtained an interlocutory injunction from the Superior Court preventing her from having the abortion. The trial judge found that a foetus is a "human being" under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and therefore enjoys a "right to life" under s. 1. This conclusion, he added, was in harmony with the *Civil Code's* recognition of the foetus as a juridical person. He then ruled that the respondent had the necessary "interest" to request the injunction. The trial judge concluded, after considering the effect of the injunction on the appellant's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 1 of the Quebec *Charter*, that the foetus' right to life should prevail in the present case. The injunction was upheld by a majority of the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

The injunction must be set aside because the substantive rights which are alleged to support it—the rights accorded to a foetus or a potential father—do not exist.

A foetus is not included within the term "human being" in the Quebec *Charter* and, therefore, does not enjoy the right to life conferred by s. 1. The Quebec *Charter*, considered as a whole, does not display any clear intention on the part of its framers to consider the status of a foetus. It is framed in very general terms and makes no reference to the foetus or foetal rights, nor does it include any definition of the term "human being" or "person". This lack of an intention to deal with a foetus' status is, in itself, a strong reason for not finding foetal rights under the Quebec *Charter*. If the legislature had wished to accord a foetus the right to life, it is unlikely that it would have left the protection of this right in such an uncertain state. As this case demonstrates, a foetus' alleged right to life will be protected only at the discretionary request of third parties.

The difficult issue of whether a foetus is a legal person cannot be settled by a purely linguistic argument

*juridique? — Code civil du Bas Canada, art. 18, 338, 345, 608, 771, 838, 945, 2543.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Injonction — Le père d'un enfant non encore né demande une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter — Aucune mesure de l'État n'est en cause — La Charte canadienne des droits et libertés peut-elle être invoquée au soutien de l'injonction?*

Les parties se sont quittées après cinq mois de cohabitation. L'appelante, enceinte de dix-huit semaines au moment de la rupture, a décidé d'interrompre sa grossesse. L'intimé, père de l'enfant non encore né, a obtenu en Cour supérieure une injonction interlocutoire empêchant l'avortement. Le juge de première instance a décidé que le foetus est un «être humain» au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et jouit en conséquence d'un «droit à la vie» garanti par l'art. 1. Cette conclusion, a-t-il ajouté, s'accorde avec la reconnaissance dans le *Code civil* de la personnalité juridique du foetus. Il a alors statué que l'intimé avait «l'intérêt» requis pour demander l'injonction. Le juge de première instance a conclu, après avoir considéré les répercussions de l'injonction sur les droits dont jouissait l'appelante en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'art. 1 de la *Charte* québécoise, que le droit du foetus à la vie devait l'emporter en l'espèce. L'injonction a été maintenue par la Cour d'appel à la majorité.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L'injonction doit être annulée parce que les droits substantifs invoqués pour l'appuyer—les droits du foetus ou les droits du père en puissance—n'existent pas.

Le foetus n'est pas compris dans le terme «être humain» employé dans la *Charte* québécoise et, par conséquent, ne jouit pas du droit à la vie conféré par son art. 1. La *Charte* québécoise, prise dans son ensemble, ne traduit aucune intention manifeste de la part du législateur de prendre en considération le statut du foetus. La formulation de la *Charte* est très générale. Elle ne parle ni du foetus ni de droits du foetus; de plus, elle ne définit pas les termes «être humain» et «personne». Cette absence d'intention de traiter du statut du foetus milite elle-même fortement contre la conclusion que la *Charte* québécoise confère des droits au foetus. Si le législateur avait voulu accorder au foetus le droit à la vie, il est peu probable qu'il eût laissé la protection de ce droit dans une telle incertitude. Ainsi que le démontre le présent litige, le prétendu droit à la vie du foetus ne serait protégé qu'à la demande discrétionnaire de tiers.

La question difficile de savoir si le foetus est une personne juridique ne peut se régler par le recours à un



that the plain meaning of the term "human being" includes fetuses. Like a purely scientific argument, a purely linguistic argument attempts to settle a legal debate by non-legal means. What is required are substantive legal reasons which support a conclusion that the term "human being" has a particular meaning. As for the differing usage of the terms "human being" and "person" in the Quebec *Charter*, it does not lead to the conclusion that a foetus is included within the term "human being". The more plausible explanation is that different terms were used in order to distinguish between physical and moral persons.

A consideration of the status of the foetus under the *Civil Code* supports the conclusion that a foetus is not a "human being" under the Quebec *Charter*. The provisions of the Code providing for the appointment of a curator for an unborn child and the provisions granting patrimonial interests to such child do not implicitly recognize that a foetus is a juridical person. Articles 338 and 345, like art. 945, simply provide a mechanism whereby the interests of the foetus described elsewhere in the Code can be protected. They do not accord the foetus any additional rights or interests. In addition, the realization of the patrimonial interests of the foetus under arts. 608, 771, 838 and 2543 of the Code is subject to a suspensive condition that the foetus be born alive and viable. The recognition of the foetus' juridical personality is only a "fiction of the civil law" which is utilized in order to protect the future interests of the foetus. In view of the treatment of the foetus in the remainder of the Code, the term "human being" in art. 18 of the Code, which provides that "Every human being possesses juridical personality", cannot be construed as including fetuses. The *Civil Code*, therefore, does not generally accord a foetus legal personality. A foetus is treated as a person only where it is necessary to do so in order to protect its interests after it is born.

While Anglo-Canadian law is not determinative in establishing the meaning to be given to general terms in the Quebec *Charter*, it is instructive to consider the legal status of a foetus in that body of jurisprudence. In Anglo-Canadian law, a foetus must be born alive to enjoy rights. In light of the treatment of foetal rights in civil law and, in addition, the consistency to be found in the common law jurisdictions, it would be wrong to interpret the vague provisions of the Quebec *Charter* as conferring legal personhood upon the foetus.

The Canadian *Charter* cannot be invoked in this case to support the injunction. This is a civil action between

argument purement linguistique selon lequel l'expression «être humain», dans son sens ordinaire, comprend le fœtus. Comme un argument purement scientifique, un argument purement linguistique tente de trancher un débat juridique par des moyens non juridiques. Ce qu'il faut ce sont de solides raisons juridiques justifiant la conclusion que l'expression «être humain» a un sens particulier. Quant à l'emploi dans la *Charte* québécoise de termes différents, «être humain» et «personne», il ne permet pas de conclure que l'expression «être humain» comprend le fœtus. Une explication plus plausible est que des termes différents sont employés pour faire une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales.

L'examen du statut du fœtus en vertu du *Code civil* appuie la conclusion que le fœtus n'est pas un «être humain» au sens de la *Charte* québécoise. Les dispositions du Code prévoyant la nomination d'un curateur dans le cas d'un enfant non encore né et celles accordant à celui-ci des droits patrimoniaux ne constituent pas une reconnaissance implicite que le fœtus est une personne juridique. Les articles 338 et 345, comme l'art. 945, ne font qu'établir un mécanisme qui permet de protéger les intérêts du fœtus énoncés ailleurs dans le Code. Ils ne confèrent pas au fœtus d'autres droits ou intérêts. De plus, la réalisation des droits patrimoniaux du fœtus en vertu des art. 608, 771, 838 et 2543 du Code est soumise à la condition suspensive que le fœtus naisse vivant et viable. La reconnaissance de la personnalité juridique du fœtus est une «fiction du droit civil» à laquelle on a recours pour protéger les intérêts futurs du fœtus. Vu la façon dont le reste du Code traite le fœtus, le terme «être humain» à l'art. 18 du Code, qui porte que «Tout être humain possède la personnalité juridique», ne peut s'interpréter comme comprenant le fœtus. Donc, d'une manière générale, le *Code civil* ne confère pas au fœtus la personnalité juridique. Le fœtus n'est traité comme une personne que dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts après sa naissance.

Quoiqu'on ne puisse décider du sens à prêter à certains termes généraux employés dans la *Charte* québécoise en fonction du droit anglo-canadien, il est instructif d'examiner le statut juridique du fœtus dans cette jurisprudence. En droit anglo-canadien, le fœtus doit naître vivant pour avoir des droits. Vu le traitement des droits du fœtus en droit civil et de surcroît l'uniformité constatée dans les ressorts de *common law*, ce serait une erreur d'interpréter les dispositions vagues de la *Charte* québécoise comme conférant la personnalité juridique au fœtus.

La *Charte* canadienne ne peut être invoquée en l'espèce pour fonder l'injonction. Il s'agit d'une action civile

two private parties and there is no state action which is being impugned. The respondent pointed to no "law" of any sort which he can claim is infringing his rights or anyone else's rights. The issue as to whether s. 7 of the Canadian *Charter* could be used to ground an affirmative claim to protection by the state was not raised. This Court should generally avoid making any unnecessary constitutional pronouncement.

Finally, there is nothing in the Quebec legislation or case law, to support the argument that the father's interest in a foetus he helped create gives him the right to veto a woman's decisions in respect of the foetus she is carrying. The lack of legal basis is fatal to this argument.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, aff'd on other grounds (1987), 33 C.C.C. (3d) 402; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Allard v. Monette* (1927), 66 C.S. 291; *Lavoie v. Cité de Rivière-du-Loup*, [1955] C.S. 452; *Langlois v. Meunier*, [1973] C.S. 301; *Assurance-automobile—9*, [1984] C.A.S. 489; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276; *C. v. S.*, [1987] 1 All E.R. 1230; *Attorney-General v. T* (1983), 46 A.L.R. 275; *F. v. F.*, Fam. Ct. Australia, July 12, 1989 (Lindenmayer J.), unreported; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (Ont. H.C.), aff'd (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (Ont. C.A.); *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252; *Diamond v. Hirsch*, Man. Q.B., July 6, 1989 (Hirschfield J.), unreported; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686; *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203; *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421; *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030; *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209; *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351; *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288; *Re Baby R* (1988), 15 R.F.L. (3d) 225; *Re Children's Aid Society of the City of Belleville and T* (1987), 59 O.R. (2d) 204; *Re Children's Aid Society for the District of Kenora and J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249; *Re F (in utero)*, [1988] 2 W.L.R. 1288; *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Whalley v. Whalley* (1981), 122 D.L.R. (3d) 717; *Mock v. Brandanburg* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 235; *Doe v. Doe*, 314 N.E.2d 128 (1974); *Jones v. Smith*, 278 So.2d 239 (1973); *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887.

entre deux particuliers et aucune mesure de l'État n'est attaquée. L'intimé n'a cité aucune «loi» dont il peut affirmer qu'elle porte atteinte à ses droits ou à ceux d'autrui. On n'a pas soulevé la question de savoir si l'art. 7 de la *Charte* canadienne pourrait être utilisé pour fonder une demande de protection par l'État. Notre Cour doit, en règle générale, éviter toute déclaration inutile en matière constitutionnelle.

Finalement, rien dans la législation ni dans la jurisprudence du Québec n'appuie l'argument que l'intérêt du père à l'égard d'un foetus qu'il a engendré lui donne le droit d'opposer un veto aux décisions d'une femme relativement au foetus qu'elle porte. L'absence de tout fondement juridique est fatale pour cet argument.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, conf. pour d'autres motifs (1987), 33 C.C.C. (3d) 402; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Allard v. Monette* (1927), 66 C.S. 291; *Lavoie v. Cité de Rivière-du-Loup*, [1955] C.S. 452; *Langlois v. Meunier*, [1973] C.S. 301; *Assurance-automobile—9*, [1984] C.A.S. 489; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276; *C. v. S.*, [1987] 1 All E.R. 1230; *Attorney-General v. T* (1983), 46 A.L.R. 275; *F. v. F.*, Fam. Ct. Australia, 12 juillet 1989 (le juge Lindenmayer), inédit; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (H.C. Ont.), conf. (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (C.A. Ont.); *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252; *Diamond v. Hirsch*, B.R. Man., 6 juillet 1989 (le juge Hirschfield), inédit; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686; *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203; *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421; *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030; *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209; *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351; *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288; *Re Baby R* (1988), 15 R.F.L. (3d) 225; *Re Children's Aid Society of the City of Belleville and T* (1987), 59 O.R. (2d) 204; *Re Children's Aid Society for the District of Kenora and J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249; *Re F (in utero)*, [1988] 2 W.L.R. 1288; *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Whalley v. Whalley* (1981), 122 D.L.R. (3d) 717; *Mock v. Brandanburg* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 235; *Doe v. Doe*, 314 N.E.2d 128 (1974); *Jones v. Smith*, 278 So.2d 239 (1973); *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887.

## Statutes and Regulations Cited

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1 [repl. 1982, c. 61, s. 1], 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9.1 [ad. 1982, c. 61, s. 2].  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 18, 338, 345, 608, 771, 772, 838, 945, 2543.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 752.

## Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis et Yvon Renaud. *Code civil annoté*, vol. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.  
 Canada. Law Reform Commission. *Crimes Against the Fœtus* (Working Paper 58). Ottawa: Law Reform Commission, 1989.  
 Delaporte, J. B. et P. N. Riffé-Caubray. *Les pandectes françaises*, t. 6. Paris: Riffé-Caubray, 1804.  
 Garant, Patrice. "Fundamental Rights and Fundamental Justice". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.  
 Keyserlingk, Edward W. "A Right of the Unborn Child to Prenatal Care—The Civil Law Perspective" (1982), 13 *R.D.U.S.* 49.  
 Keyserlingk, Edward W. *The Unborn Child's Right to Prenatal Care: A Comparative Law Perspective*. Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1983.  
 Knoppers, Bartha Maria. *Conception artificielle et responsabilité médicale: une étude de droit comparé*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986.  
 Kouri, Robert P. "Réflexions sur le statut juridique du fœtus" (1980-81), 15 *R.J.T.* 193.  
 Lorimier de, Charles Chamilly et Charles Albert Vilbon. *La bibliothèque du Code civil de la Province de Québec*, t. 3. Montréal: Presses à vapeur de la Minerve, 1874.  
 Mayrand, Albert. *L'inviolabilité de la personne humaine*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1975.  
 Rivet, Michèle. "The Legal Position of the Unborn Child in Canada (Civil Law)". In *Proceedings of the Thirteenth International Symposium on Comparative Law* (held in Ottawa (Canada) October 3-4, 1975). Ottawa: University of Ottawa Press, 1978.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 1735, 59 D.L.R. (4th) 609, 23 Q.A.C. 241, affirming a judgment of the Superior Court, [1989] R.J.Q. 1980. Appeal allowed.

Daniel Bédard, Ginette Beattey and Robert J Décary, Q.C., for the appellant.

Henri Kélada, for the respondent.

## Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12, préambule, art. 1 [repl. 1982, chap. 61, art. 1], 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9.1 [aj. 1982, chap. 61, art. 2].  
*Code civil du Bas Canada*, art. 18, 338, 345, 608, 771, 772, 838, 945, 2543.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, art. 752.

<sup>b</sup> Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis et Yvon Renaud. *Code civil annoté*, vol. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.  
 Canada. Commission de réforme du droit. *Les crimes contre le fœtus* (Document de travail 58). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1989.  
 Delaporte, J. B. et P. N. Riffé-Caubray. *Les pandectes françaises*, t. 6. Paris: Riffé-Caubray, 1804.  
 Garant, Patrice. «Droits fondamentaux et justice fondamentale». Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.  
 Keyserlingk, Edward W. «A Right of the Unborn Child to Prenatal Care—The Civil Law Perspective» (1982), 13 *R.D.U.S.* 49.  
 Keyserlingk, Edward W. *The Unborn Child's Right to Prenatal Care: A Comparative Law Perspective*. Montréal: Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, 1983.  
 Knoppers, Bartha Maria. *Conception artificielle et responsabilité médicale: une étude de droit comparé*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986.  
 Kouri, Robert P. «Réflexions sur le statut juridique du fœtus» (1980-81), 15 *R.J.T.* 193.  
 Lorimier de, Charles Chamilly et Charles Albert Vilbon. *La bibliothèque du Code civil de la Province de Québec*, t. 3. Montréal: Presses à vapeur de la Minerve, 1874.  
 Mayrand, Albert. *L'inviolabilité de la personne humaine*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1975.  
 Rivet, Michèle. «La situation juridique de l'enfant non encore né au Canada (Droit civil)». Dans *Travaux du treizième Colloque international de droit comparé* (tenu à Ottawa (Canada) 3 et 4 octobre 1975). Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1978.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 1735, 59 D.L.R. (4th) 609, 23 Q.A.C. 241, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 1980. Pourvoi accueilli.

Daniel Bédard, Ginette Beattey et Robert Décary, c.r., pour l'appelante.

Henri Kélada, pour l'intimé.

*Bernard Laprade, Edward Sojonky, Q.C., and René LeBlanc*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jean Bouchard and Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Clayton C. Ruby and Dan Brodsky*, for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League (CARAL).

*Suzanne P. Boivin, Lucie Lamarche, Guy Cournoyer and Michelle Boivin*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

*John B. Laskin*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Edward L. Greenspan, Q.C.*, for the intervener the Campaign Life Coalition.

*John P. Nelligan, Q.C.*, for the interveners the Canadian Physicians for Life and the Association des médecins du Québec pour le respect de la vie.

*Angela M. Costigan and Karla Gower*, for the intervener REAL Women of Canada.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The issue in this appeal is the validity of an interlocutory injunction prohibiting Chantal Daigle from having an abortion. The injunction was granted at the request of Ms. Daigle's former boyfriend, Jean-Guy Tremblay. Because of the urgency and importance of the case, Ms. Daigle being some 21 weeks pregnant at the time, the Court agreed to hear the application for leave to appeal, and then heard the appeal itself, on short notice during the Court's summer recess. According to the medical evidence, generally no hospital centre in the province of Quebec would permit a voluntary abortion after 20 weeks of pregnancy; patients would be required to go to the United States if they wished to terminate a pregnancy after 20 weeks, each week adding to the surgical risk. A decision in the appeal was delivered from the bench on the day of the hearing, August 8, 1989. The Court was unanimous in the view that the appeal should be allowed. It was also stated that the reasons for the decision would be

*Bernard Laprade, Edward Sojonky, c.r., et René LeBlanc*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jean Bouchard et Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Clayton C. Ruby et Dan Brodsky*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA).

*Suzanne P. Boivin, Lucie Lamarche, Guy Cournoyer et Michelle Boivin*, pour l'intervenante le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

*John B. Laskin*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Edward L. Greenspan, c.r.*, pour l'intervenante la Campaign Life Coalition.

*John P. Nelligan, c.r.*, pour les intervenants Canadian Physicians for Life et l'Association des médecins du Québec pour le respect de la vie.

*Angela M. Costigan et Karla Gower*, pour l'intervenante REAL Women of Canada.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—La question soulevée par ce pourvoi est celle de la validité d'une injonction interlocutoire interdisant à Chantal Daigle de se faire avorter. L'injonction a été accordée à la requête de Jean-Guy Tremblay, l'ancien ami de M<sup>me</sup> Daigle. Vu l'urgence et l'importance de la cause, M<sup>me</sup> Daigle étant enceinte à l'époque d'environ vingt et une semaines, la Cour a accepté d'entendre la demande d'autorisation de pourvoi, puis a entendu le pourvoi lui-même, à bref délai, pendant ses vacances d'été. Il ressort de la preuve médicale qu'en règle générale, aucun centre hospitalier de la province de Québec n'effectuait d'avortement volontaire après la vingtième semaine de grossesse; les femmes voulant interrompre leur grossesse après la vingtième semaine devaient se rendre aux États-Unis et avec chaque semaine qui passait les risques chirurgicaux s'accroissaient. Le pourvoi a donc été tranché à l'audience le 8 août 1989. La Cour a jugé à l'unanimité que le pourvoi devait être accueilli. Elle a indiqué que les motifs de la

rendered at a later date. The following are those reasons.

### I—Facts and Procedural History

The factual record in this appeal consists solely of the affidavits of the parties and the affidavit of Claude Poulin, a doctor from Sherbrooke, Quebec.

Chantal Daigle, age 21 years, and Jean-Guy Tremblay, age 25 years, began to see one another near the end of November, 1988 and commenced having sexual relations toward the end of December of that year. In January of 1989 Mr. Tremblay proposed marriage to Ms. Daigle. At the same time, he requested that she cease using contraceptives. Ms. Daigle was reluctant to do so, but at Mr. Tremblay's insistence she agreed to cease using contraceptive pills. The parties began to live together at the beginning of February, 1989, and arrangements were made for their marriage to take place on July 29, 1989. In March of this year Ms. Daigle was informed by her doctor that she was pregnant. The paternity of Mr. Tremblay is not questioned.

Shortly after commencing cohabitation the parties' relationship began to deteriorate. In her affidavit Ms. Daigle alleges that Mr. Tremblay became dominant, jealous and possessive and that he abused her physically. The factum of the appellant reads:

[TRANSLATION] Even though he knew the appellant was pregnant, he pushed her on to the floor, threatening to "bring her into line once and for all".

In May of 1989, as a result of this change in their relationship, Ms. Daigle says she began to contemplate having an abortion and ending her relationship with Mr. Tremblay. On July 1, the relationship deteriorated further. Ms. Daigle alleges that Mr. Tremblay, during a quarrel, seized her by the throat, and that she found refuge with the landlord, who had to call the police. Ms. Daigle left Mr. Tremblay, and on July 4 she arranged to have an abortion in Sherbrooke, Quebec. Her reasons for seeking an abortion are set out in her affidavit:

décision seraient déposés ultérieurement. Voici ces motifs.

### I—Les faits et la procédure

<sup>a</sup> Sur le plan des faits, le dossier du présent pourvoi se compose uniquement des affidavits des parties et de celui de Claude Poulin, médecin à Sherbrooke (Québec).

<sup>b</sup> Chantal Daigle, âgée de 21 ans, et Jean-Guy Tremblay, âgé de 25 ans, ont commencé à se fréquenter vers la fin novembre 1988 et à avoir des rapports sexuels vers la fin décembre 1988. En janvier 1989, M. Tremblay a fait à M<sup>me</sup> Daigle une proposition de mariage. Il lui a demandé en même temps de cesser de se servir de contraceptifs. Madame Daigle, malgré ses réticences, s'est laissé persuader par M. Tremblay d'arrêter de prendre la pilule anticonceptionnelle. Les parties ont commencé à cohabiter au début de février 1989 et la date du mariage a été fixée au 29 juillet 1989. Au mois de mars de cette année, M<sup>me</sup> Daigle a appris de son médecin qu'elle était enceinte. La paternité de M. Tremblay n'est pas contestée.

<sup>f</sup> Peu après le début de la cohabitation, les relations entre les parties ont commencé à se détériorer. Dans son affidavit, M<sup>me</sup> Daigle allègue que M. Tremblay est devenu autoritaire, jaloux et possessif et qu'il la maltraitait physiquement. On lit dans le mémoire de l'appelante:

<sup>g</sup> Alors même qu'il savait l'appelante enceinte, il la bouscula sur le plancher, menaçant de la «dompter une fois pour toutes».

<sup>h</sup> En mai 1989, par suite de l'altération de leurs relations, affirme M<sup>me</sup> Daigle, elle a commencé à songer à l'avortement et à rompre avec M. Tremblay. Le 1<sup>er</sup> juillet, leurs relations se sont détériorées davantage. Madame Daigle prétend en effet que M. Tremblay, au cours d'une dispute, l'a saisie à la gorge et qu'elle s'est réfugiée chez le propriétaire, qui a dû appeler la police. Madame Daigle a quitté M. Tremblay et, le 4 juillet, a pris des dispositions en vue d'obtenir un avortement à Sherbrooke (Québec). Les motifs de sa décision de chercher à se faire avorter sont exposés dans son affidavit:

[TRANSLATION] 31. My decision is freely taken, it was taken without duress, threats or promises from anyone whatsoever and after much reflexion;

32. I do not wish to have Jean-Guy Tremblay's child;

33. I do not wish to have a child at the present time in light of my age, my social situation as a single person and my moral values as I want to provide for a child in a serene stable family environment in which there is no violence;

34. I do not want any contact whatsoever with Jean-Guy Tremblay;

35. I believe that to carry this pregnancy to term would cause me irreparable psychological and moral harm in the future;

36. In my view, Jean-Guy Tremblay has no reason or interest in the present case except in order to maintain his hold on me.

On July 7, 1989 Mr. Tremblay, invoking the provisions of art. 752 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, brought an application for a provisional injunction restraining Ms. Daigle from proceeding with the abortion. The application was granted on the same day by Richard J. of the Quebec Superior Court. On July 8, while in transit to Sherbrooke, Ms. Daigle heard of the injunction and did not carry through with the abortion.

The provisional injunction was valid until July 17, 1989, on which date Mr. Tremblay brought an application for an interlocutory injunction before Viens J. of the Quebec Superior Court. In his affidavit, Mr. Tremblay gave the following reason for seeking to prevent the abortion:

[TRANSLATION] 12. The order for an interlocutory injunction is necessary to prevent an abortion by respondent that would cause serious and irreparable harm both to me and to the human being carried by respondent;

He further stated that Ms. Daigle was in good health and that the pregnancy was progressing normally. The affidavit submitted by Dr. Claude Poulin stated that Ms. Daigle would be approximately 20 weeks pregnant as of July 20, 1989.

Viens J. granted the injunction on July 17: [1989] R.J.Q. 1980. The relevant part of his order reads as follows:

31. Ma décision est libre et volontaire, elle a été prise sans contrainte, menace ou promesse de qui que ce soit et après y avoir mûrement réfléchi;

32. Je ne désire pas avoir un enfant de Jean-Guy Tremblay;

33. Je ne désire pas avoir un enfant présentement, compte tenu de mon âge, de ma situation sociale de personne seule et de mes valeurs morales de fournir à un enfant à naître, un milieu familial serein, stable et dépourvu de toute violence;

34. Je ne veux plus aucun contact de quelque nature que ce soit avec Jean-Guy Tremblay;

35. Je crois que mener à terme cette grossesse me causera un tort psychologique et moral irrémédiable pour l'avenir;

36. À mon avis, Jean-Guy Tremblay n'a aucun motif ou intérêt dans le présent dossier, sauf celui d'essayer de maintenir son emprise sur ma personne.

Le 7 juillet 1989, M. Tremblay, invoquant l'art. 752 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, a présenté une demande d'injonction provisoire afin d'empêcher M<sup>me</sup> Daigle de se faire avorter. Le juge Richard de la Cour supérieure du Québec y a fait droit le jour même. Le 8 juillet, alors qu'elle se rendait à Sherbrooke, M<sup>me</sup> Daigle a appris l'existence de l'injonction et ne s'est pas fait avorter.

L'injonction provisoire restait en vigueur jusqu'au 17 juillet 1989, date à laquelle M. Tremblay a saisi le juge Viens de la Cour supérieure du Québec d'une demande d'injonction interlocutoire. Dans son affidavit, M. Tremblay motivait ainsi sa tentative de prévenir l'avortement:

12. L'ordonnance d'injonction interlocutoire est nécessaire pour empêcher l'avortement de l'intimée qui me causerait ainsi qu'à l'être vivant que l'intimée porte en son sein un préjudice sérieux et irréparable;

Il ajoutait que M<sup>me</sup> Daigle était en bonne santé et que la grossesse se déroulait normalement. D'après l'affidavit du D<sup>r</sup> Claude Poulin, M<sup>me</sup> Daigle était enceinte d'environ vingt semaines le 20 juillet 1989.

Le juge Viens a accordé l'injonction le 17 juillet: [1989] R.J.Q. 1980. La partie pertinente de son ordonnance porte:

[TRANSLATION] ORDERS the respondent to abstain, under pain of all legal penalties, from undergoing an abortion or voluntarily having recourse to any method which, directly or indirectly, may result in the death of the foetus that she is carrying at the present time;

Ms. Daigle applied for leave to appeal this order to the Court of Appeal of Quebec. This application was granted by Chouinard J.A. on July 19. Her further application for a suspension of the interlocutory injunction pending the Court of Appeal's decision was refused. On July 20 the Court of Appeal heard the appeal and, on July 26, the court delivered its majority judgment upholding the injunction: [1989] R.J.Q. 1735, 59 D.L.R. (4th) 609, 23 Q.A.C. 241 (hereinafter cited to D.L.R.) The appellant immediately applied for leave to appeal to this Court, which application was heard and granted by a panel of five judges of the Court on August 1. The appeal was heard on August 8 before the entire Court.

Despite the short notice, intervener status was granted to a number of interested parties. The Canadian Civil Liberties Association (CCLA), the Canadian Abortion Rights Action League (CARAL), the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF), and the Attorney General of Canada argued on behalf of allowing the appeal. REAL Women of Canada, the Campaign Life Coalition, the Canadian Physicians for Life and the Association des médecins du Québec pour le respect de la vie, supported the respondent. The Attorney General of Quebec intervened to argue in support of the government of Quebec's power to legislate with respect to certain aspects of abortion, but, as we understand his argument, he did not take an explicit position on whether or not the appeal should be allowed.

The hearing before this Court was interrupted just after the lunch recess by Mr. Bédard, counsel for Ms. Daigle, who informed the Court that he had just learned that his client had had an abortion. Mr. Bédard stated that he was informed of this fact after the adjournment by a representative of the Attorney General of Quebec, and that he had subsequently confirmed that it was true. He

ORDONNE à l'intimée de s'abstenir, sous toute peine que de droit, de se soumettre à un avortement ou de recourir volontairement à toute méthode qui directement ou indirectement conduirait à la mort du fœtus qu'elle porte en elle actuellement;

Madame Daigle a demandé l'autorisation de faire appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel du Québec, demande à laquelle le juge Chouinard a fait droit le 19 juillet. Son autre demande visant à obtenir la suspension de l'injonction interlocutoire en attendant l'arrêt de la Cour d'appel a cependant été rejetée. Le 20 juillet, la Cour d'appel a entendu l'appel et, le 26 juillet, s'est prononcée à la majorité en faveur du maintien de l'injonction: [1989] R.J.Q. 1735, 59 D.L.R. (4th) 609, 23 Q.A.C. 241 (ci-après cité au R.J.Q.) L'appelante a immédiatement demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Cette demande a été entendue et accueillie par un banc de cinq juges le 1<sup>er</sup> août. Notre Cour au complet a entendu le pourvoi le 8 août.

Malgré le peu de préavis, la qualité d'intervenant a été accordée à plusieurs intéressés. L'Association canadienne des libertés civiles (ACLC), l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA), le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et le procureur général du Canada, ont soutenu que le pourvoi devait être accueilli. REAL Women of Canada, la Campaign Life Coalition, Canadian Physicians for Life ainsi que l'Association des médecins du Québec pour le respect de la vie ont appuyé l'intimé. Le procureur général du Québec est intervenu pour faire valoir que le gouvernement du Québec détenait le pouvoir de légiférer relativement à certains aspects de l'avortement mais, si nous avons bien compris son argumentation, il n'a pas expressément pris position sur l'issue du pourvoi.

L'audience devant notre Cour a été interrompue au début de l'après-midi par M<sup>e</sup> Bédard, l'avocat de M<sup>me</sup> Daigle, qui nous a informés qu'il venait d'apprendre que sa cliente s'était fait avorter. M<sup>e</sup> Bédard a dit en avoir été informé, après l'ajournement de midi, par un représentant du procureur général du Québec et en avoir reçu la confirmation par la suite. Il n'a pu préciser à quel moment ni

was unable to offer any information as to when or under what circumstances the abortion occurred. Mr. Bédard did indicate that because of the continued importance of a decision in this appeal for his client and for other women in Quebec and Canada that he wished to continue. The Court then took a recess before hearing arguments from the parties and the interveners on whether or not the appeal should continue. After hearing these arguments, the Court decided that the appeal should continue. As indicated earlier, the Court delivered a unanimous judgment at the end of the hearing allowing the appeal and stating that the reasons for the decision would be rendered at a later date.

## II—Relevant Legislation

Reference will be made later in these reasons to the several relevant sections of the *Civil Code of Lower Canada* and it is not necessary to repeat them here.

The *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, reads in part as follows:

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being;

Whereas it is expedient to solemnly declare the fundamental human rights and freedoms in a Charter, so that they may be guaranteed by the collective will and better protected against any violation;

Therefore, Her Majesty, with the advice and consent of the National Assembly of Québec, enacts as follows:

### PART I

#### HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

##### CHAPTER I

##### FUNDAMENTAL FREEDOMS AND RIGHTS

dans quelles circonstances l'avortement avait eu lieu. M<sup>e</sup> Bédard a toutefois souligné qu'il souhaitait que l'audience se poursuive étant donné l'importance que continuait de revêtir pour sa cliente et pour d'autres femmes québécoises et canadiennes une décision sur le pourvoi. La Cour a alors accordé un ajournement avant d'entendre les arguments des parties et des intervenants sur la question de savoir si le pourvoi devait continuer. Après avoir entendu ces arguments, la Cour a décidé en faveur de la continuation. Au terme de l'audience la Cour a rendu un arrêt unanime accueillant le pourvoi et disant que les motifs seraient déposés ultérieurement.

## II—Les dispositions législatives pertinentes

Plusieurs articles pertinents du *Code civil du Bas-Canada* seront mentionnés plus loin et il n'est pas nécessaire de les reproduire ici.

La *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12, déclare notamment ce qui suit:

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général;

Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation;

À ces causes, Sa Majesté, de l'avis et du consentement de l'Assemblée nationale du Québec, décrète ce qui suit:

### PARTIE I

#### LES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

##### CHAPITRE I

##### LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX



1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

2. Every human being whose life is in peril has a right to assistance.

Every person must come to the aid of anyone whose life is in peril, either personally or calling for aid, by giving him the necessary and immediate physical assistance, unless it involves danger to himself or a third person, or he has another valid reason.

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

5. Every person has a right to respect for his private life.

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

7. A person's home is inviolable.

8. No one may enter upon the property of another or take anything therefrom without his express or implied consent.

9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* reads as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

2. Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.

Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

7. La demeure est inviolable.

8. Nul ne peut pénétrer chez autrui ni y prendre quoi que ce soit sans son consentement exprès ou tacite.

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* déclare:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

III—Judgments of the Courts of Quebec*Superior Court*

In arriving at his conclusion that an interlocutory injunction was justified, Viens J. first considered the legal status of the foetus. In this regard, he examined the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* and the *Civil Code*. With respect to the *Canadian Charter*, he held that, in light of the Saskatchewan Court of Appeal's decision in *Borowski v. Attorney General of Canada* (1987), 33 C.C.C. (3d) 402 (Sask. C.A.), aff'd on other grounds, [1989] 1 S.C.R. 342, the applicant could not rely on the argument that a foetus has a right to "life, liberty and security" under s. 7 of the *Canadian Charter*. Viens J. then turned to the *Quebec Charter*. He noted that Professor Bartha Maria Knoppers in her work entitled *Conception artificielle et responsabilité médicale: une étude de droit comparé* (1986), at p. 182, wrote:

[TRANSLATION] ... the rights of every human being, guaranteed by sections 1 and 2 of the Quebec Charter, to life, to security, inviolability and freedom of the person, and to aid when life is endangered, must be interpreted according to the law of Quebec.

Under the *Quebec Charter*, Viens J. found that a foetus is an "être humain", in English, "human being", and therefore enjoys a "right to life" under s. 1 as well as a "right to assistance" under s. 2. Viens J. held that the fact that the term "être humain" is used in the preamble and in ss. 1 and 2 of the *Quebec Charter*, while the term "personne", in English "person", is used in the subsequent provisions, is significant and leads to the conclusion that a foetus should be included in the former term. He further held that this interpretation is supported by a consideration of the status of the foetus under the *Civil Code*. Viens J. referred to arts. 338 and 345 (dealing with the appointment of curators), art. 608 (dealing with inheritance rights), and arts. 771, 838 and 945 (dealing with *inter vivos* gifts and wills), and said they show that a foetus is recognized as a juridical person under the *Civil Code*.

III—Les jugements des cours du Québec*La Cour supérieure*

Avant de conclure qu'une injonction interlocutoire était justifiée, le juge Viens a étudié en premier lieu la question de la situation juridique du foetus. À cette fin, il a examiné la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et le *Code civil*. En ce qui concerne la *Charte canadienne*, il a statué que, compte tenu de ce que dit la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Borowski v. Attorney General of Canada* (1987), 33 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Sask.), conf. pour d'autres motifs, [1989] 1 R.C.S. 342, le requérant ne pouvait se prévaloir de l'argument que le foetus jouit du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité» en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Le juge Viens a ensuite porté son attention sur la *Charte québécoise*. Il note ce qu'écrit le professeur Bartha Maria Knoppers dans son ouvrage intitulé *Conception artificielle et responsabilité médicale: une étude de droit comparé* (1986), à la p. 182:

... les droits garantis par les articles 1 et 2 de la *Charte québécoise* de tout être humain à la vie, à la sécurité, à l'intégrité, à la liberté et au secours lorsque sa vie est en péril, doivent s'interpréter selon le droit québécois.

Interprétant la *Charte québécoise*, le juge Viens a conclu qu'un foetus est un «être humain» et jouit en conséquence du «droit à la vie» garanti par l'art. 1 ainsi que du «droit au secours» selon l'art. 2. D'après le raisonnement du juge Viens, le fait que le terme «être humain» est employé dans le préambule et aux art. 1 et 2 de la *Charte québécoise*, tandis que le mot «personne» est utilisé dans les dispositions suivantes, est important et permet de conclure que le premier terme devrait inclure le foetus. Il a soutenu en outre que cette interprétation est appuyée par l'étude du statut du foetus en vertu du *Code civil*. Il a cité les art. 338 et 345 (traitant de la nomination de curateurs), l'art. 608 (traitant du droit de succession) et les art. 771, 838 et 945 (traitant des donations entre vifs et des testaments), qui démontrent, selon lui, que le *Code civil* reconnaît au foetus la personnalité juridique.

Viens J. then turned to consider whether the applicant had the necessary "interest" to request the injunction. He concluded that the applicant had a sufficient interest, both on his own and on behalf of the foetus.

Finally, Viens J. considered the effect of an injunction on Ms. Daigle's rights under s. 7 of the Canadian *Charter* and s. 1 of the Quebec *Charter*. After discussing her reasons for seeking an abortion, he acknowledged that she would be inconvenienced by the injunction, but held that the foetus' right to life should prevail in this situation. He added that even if his conclusions about the applicant's right to an injunction or the foetus' right to life were in doubt, the balance of convenience was clearly in favour of the applicant because denying the injunction would result in the loss of a life.

#### *Court of Appeal*

Each of the five judges in the Court of Appeal who heard the appeal wrote a judgment: LeBel, Nichols and Bernier J.J.A., for the majority, argued for dismissing the appeal while Tourigny and Chouinard J.J.A. argued for allowing it. LeBel J.A.'s reasoning was similar to that of Viens J. in the Superior Court. He first held that because the judgment of this Court in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 ("*Morgentaler (No. 2)*"), did not state that women have an absolute right to have an abortion, and, further, because the *Morgentaler (No. 2)* judgment did not consider the question of foetal rights, the court was not precluded from finding that foetal rights were conferred by provincial legislation. LeBel J.A. then discussed the Quebec *Charter* and concluded that it is difficult to deny that a foetus, and, in particular, a foetus at this stage in its development, is a "human being" and thus protected under the Quebec *Charter*. He added that this conclusion is in harmony with the *Civil Code's* recognition of the foetus as a partial juridical person. In this regard, LeBel J.A. referred to the same articles of the Code mentioned by Viens J., emphasizing the significance of art. 338.

Le juge Viens a alors examiné si le requérant avait «l'intérêt» requis pour demander l'injonction et a conclu que le requérant possédait lui-même et au nom du foetus un intérêt suffisant.

a

Enfinement, le juge Viens a considéré les répercussions d'une injonction sur les droits garantis à M<sup>me</sup> Daigle par l'art. 7 de la *Charte* canadienne et l'art. 1 de la *Charte* québécoise. Ayant traité des raisons qui l'avaient incitée à chercher à interrompre sa grossesse, il a reconnu que l'injonction lui causerait des inconvénients, mais il a décidé que dans les circonstances c'était le droit du foetus à la vie qui devait l'emporter. Il a ajouté que, même si ses conclusions relatives au droit du requérant à une injonction ou au droit du foetus à la vie étaient contestables, la balance des inconvénients allait nettement en faveur du requérant puisque le refus de l'injonction entraînerait la perte d'une vie.

#### *La Cour d'appel*

Chacun des cinq juges de la Cour d'appel qui ont entendu l'appel a rédigé des motifs: les juges LeBel, Nichols et Bernier, qui composaient la majorité, étaient d'avis de rejeter le pourvoi, tandis que les juges Tourigny et Chouinard estimaient qu'il y avait lieu de l'accueillir. Le raisonnement du juge LeBel se rapproche de celui du juge Viens de la Cour supérieure. En effet, il a d'abord conclu que puisque notre arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 ("*Morgentaler (n° 2)*"), ne reconnaît pas aux femmes un droit absolu à l'avortement et qu'en outre, la question des droits du foetus n'y est pas abordée, rien n'empêchait la Cour d'appel de décider qu'une loi provinciale conférait des droits au foetus. Le juge LeBel a examiné ensuite la *Charte* québécoise et a dit qu'on pouvait difficilement nier qu'un foetus, surtout à ce stade de son développement, est un «être humain» qui bénéficie en conséquence de la protection de la *Charte* québécoise. Cette conclusion, a-t-il ajouté, s'accorde avec la reconnaissance dans le *Code civil* que le foetus est partiellement doté de la personnalité juridique. Sur ce point, le juge LeBel s'est référé aux articles du Code mentionnés par le juge Viens, en soulignant particulièrement l'importance de l'art. 338.

LeBel J.A. acknowledged that the recognition of foetal rights leads to a conflict between these rights and the rights of pregnant women guaranteed under s. 7 of the Canadian *Charter*. After reciting the reasons for which the appellant desired an abortion, and noting the stage of development of the foetus, LeBel J.A. concluded that in this case the balance of convenience clearly favoured the rights of the foetus. In closing, LeBel J.A. said that while an injunction might be a draconian remedy it is a necessary one, and, furthermore, it is one which the respondent, as the potential father, had the necessary legal interest to request.

Nichols J.A. came to the same conclusion, although he disagreed with LeBel J.A.'s interpretation of the Quebec *Charter*. He found that neither the Quebec nor the Canadian *Charter* recognizes foetal rights, stating (at p. 615):

[TRANSLATION] I have difficulty convincing myself that the Canadian or Quebec Charter recognize fundamental rights in the foetus. On this point, I would be more disposed to agree with the appellant.

adding:

[TRANSLATION] But the absence of constitutional guarantees in favour of the foetus do not translate into a total negation of its rights nor an unrestricted exercise of liberty.

Nichols J.A. held that foetal rights are recognized by custom and, implicitly, by our laws. In support of this argument, he referred to the review in the Law Reform Commission's Working Paper 58, *Crimes Against the Foetus* (1989), of the history of legal restrictions on abortion. Nichols J.A. stated that the framers of the *Civil Code* assumed that foetal rights exist and, therefore, found it unnecessary to give such rights explicit recognition in the Code. Nichols J.A. held that foetal rights were implicitly recognized in the articles which protect various legal interests of a foetus: [TRANSLATION] "They have also been recognized by custom and implicitly consecrated in our laws" (p. 618). He found that the only right of the appellant at issue in this case was her right to liberty, a right which is not absolute. Like LeBel J.A., Nichols J.A. went on to conclude that in the specific

Le juge LeBel a convenu que la reconnaissance de droits au fœtus engendre un conflit entre ces droits et ceux que l'art. 7 de la *Charte* canadienne garantit aux femmes enceintes. Ayant exposé les raisons pour lesquelles l'appelante voulait interrompre sa grossesse et après avoir souligné le stade de développement du fœtus, le juge LeBel a conclu qu'en l'espèce la balance des inconvénients favorisait clairement les droits du fœtus. Pour terminer, le juge LeBel a dit que l'injonction pouvait être un recours draconien, mais néanmoins nécessaire et que, par ailleurs, l'intimé, en tant que père en puissance, avait l'intérêt juridique nécessaire pour demander cette réparation.

Le juge Nichols est arrivé à la même conclusion malgré son désaccord avec le juge LeBel quant à l'interprétation de la *Charte* québécoise. Selon le juge Nichols, ni la *Charte* québécoise ni la *Charte* canadienne ne reconnaissent des droits aux fœtus. Il a dit à ce propos (à la p. 1740):

J'ai de la difficulté à me convaincre que les chartes, canadienne ou québécoise, reconnaissent des droits fondamentaux au fœtus. Sur ce point je serais davantage disposé à donner raison à l'appelante.

Il a ajouté:

Mais l'absence de garanties constitutionnelles en faveur du fœtus ne se traduit pas par une négation totale de ses droits ni par un exercice illimité de la liberté.

D'après le juge Nichols, les droits du fœtus sont reconnus par la coutume et, implicitement, par nos lois. À l'appui de cet argument il cite l'historique des restrictions juridiques en matière d'avortement que fait la Commission de réforme du droit dans son Document de travail 58, *Les crimes contre le fœtus* (1989). Selon le juge Nichols, les auteurs du *Code civil* tenaient pour acquis l'existence des droits du fœtus et n'ont donc pas jugé nécessaire de les reconnaître explicitement dans le Code. Ces droits du fœtus, selon le juge Nichols, sont implicitement reconnus par les articles qui protègent divers intérêts juridiques du fœtus: «Ils ont été reconnus par la coutume et implicitement consacrés par nos lois» (p. 1742). Le seul droit de l'appelante qui se trouvait en cause en l'espèce, à son avis, était son droit à la liberté, lequel n'a rien d'absolu. Comme le juge LeBel, le juge Nichols a

circumstances of this case, the foetus' right to life outweighed this right and therefore the injunction should be upheld.

Bernier J.A. came to the same conclusion as LeBel J.A., but, again, for different reasons. He began by noting that a woman's right to an abortion, if it exists, is not absolute and it was therefore necessary to consider the civil status of the foetus. In examining the status of a foetus, Bernier J.A. did not take a position on LeBel J.A.'s finding that a foetus is a person under the Quebec *Charter*. He said (at pp. 613-14):

[TRANSLATION] Given the conclusion that I have arrived at, I do not believe that it is necessary to rule on the application of the provisions of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, as amended. I have certain reservations in this regard with giving a broad interpretation to the terms "human being" and "person" in ss. 1 and 2 of this Charter. The term "person" is not restricted in any manner, and one could conclude from that that in private law, anyone, without any family ties, a pure stranger could, as a result of s. 2 of this Charter, have the legal interest required in order to intrude into the private life of a couple.

Nor did he discuss the provisions of the *Civil Code*. Instead, he argued that a foetus has a "natural right" to be carried to term and that this right can only be overridden for a just reason. He stated (at p. 613):

[TRANSLATION] I am therefore of the opinion that the child conceived but not yet born, regardless of the stage of the pregnancy, possesses a civil status. In principle, he is entitled to be carried to term. He cannot be deprived of his natural right to life without cause which is just, sufficient, and acceptable in a free and democratic society.

On the facts of this case, he agreed with Nichols and LeBel J.A. that the appellant's reasons for wanting an abortion were not serious enough and, therefore, the right of the foetus must prevail.

Tourigny J.A. dissented, on the ground that the injunction could not be upheld because the foetal rights asserted by Viens J. do not exist. With

conclu que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le droit du fœtus à la vie l'emportait sur ce droit de l'appelante et que l'injonction devait par conséquent être maintenue.

<sup>a</sup> Le juge Bernier a tiré la même conclusion que le juge LeBel mais, lui aussi, pour des raisons différentes. Au départ, il a fait remarquer que le droit d'une femme à l'avortement, s'il existe, n'est pas absolu et qu'il lui fallait donc examiner le statut civil du fœtus. Pour procéder à cet examen, le juge Bernier n'a pas pris position relativement à la conclusion du juge LeBel qu'un fœtus est une personne selon la *Charte* québécoise. Il dit (à la p. 1739):

<sup>b</sup> Vu la conclusion à laquelle j'en arrive, je ne crois pas devoir me prononcer sur l'application des dispositions de la *Charte* québécoise des droits et libertés (L.R.Q., c. 12, telle qu'amendée). J'ai à ce sujet certaines réserves, entre autres, quant à la large portée que l'on pourrait donner aux termes «être humain» et «personne» aux articles 1 et 2 de cette charte. Le terme «personne» n'étant en aucune façon limité, on pourrait en conclure que, en droit privé, quiconque, sans lien de parenté aucun, un pur étranger, aurait, du fait de l'article 2 de cette charte, l'intérêt juridique requis pour s'ingérer dans la vie privée du couple.

<sup>c</sup> Il n'a pas traité non plus des dispositions du *Code civil*, soutenant plutôt que le fœtus jouit d'un «droit naturel» d'être porté à terme, dont il ne peut être privé sans raison valable. Voici ce qu'il dit (à la p. 1739):

<sup>d</sup> Je suis donc d'avis que l'enfant conçu mais non encore né, peu importe le stade de la grossesse, possède un statut civil, qu'en principe il a droit d'être porté à terme. Il ne peut être privé de son droit naturel à la vie sans cause juste, suffisante et acceptable dans une société libre et démocratique.

<sup>e</sup> Compte tenu des faits de l'espèce, il a partagé l'avis des juges Nichols et LeBel que les raisons pour lesquelles l'appelante voulait interrompre sa grossesse n'étaient pas assez sérieuses et qu'en conséquence le droit du fœtus devait primer.

<sup>f</sup> Le juge Tourigny était dissidente pour le motif qu'on ne pouvait maintenir l'injonction parce que les droits du fœtus dont parlait le juge Viens

respect to the Quebec *Charter*, Tourigny J.A. said that the foetus is not a person and, therefore, the Quebec *Charter* cannot confer rights upon it. She added that in respect of this issue the Quebec *Charter* and Canadian *Charter* are the same and therefore she could rely on the Saskatchewan Court of Appeal's judgment in *Borowski, supra*, which decided that a foetus is not a person under the Canadian *Charter*. As for the distinction between "human being" and "person" in the Quebec *Charter*, Tourigny J.A. said that at most this was meant to distinguish between physical and moral persons. She then stated that there was nothing in the *Civil Code* which would lead to a different conclusion. The articles referred to by Viens J. do not create foetal rights: rather, they conserve rights for future children. Tourigny J.A. added that Viens J.'s decision that a foetus is a person would have the effect of totally denying a woman's right to an abortion which was contrary to this Court's decision in *Morgentaler (No. 2)*. Such a denial was something which, in her view, could only be accomplished by specific legislation, and not through judicial interpretation of general legislation.

Tourigny J.A. stated (at p. 642):

[TRANSLATION] I therefore cannot, with respect, share the view of the judge of first instance that a human being can be anything other than a physical person. The judge of first instance moreover agreed that "it would be difficult to include the human foetus in the expression person . . .".

In my view, the foetus is not a *person* and cannot enjoy rights accorded to persons by the Charter. The interpretation of this word cannot be different depending on whether the Quebec Charter or the Canadian Charter is concerned, and I believe the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Borowski v. Can. (A.-G.)* . . . on the protection of the rights of the foetus under the Canadian Charter is well-founded.

Secondly, the judge of first instance found in the provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, support for his interpretation of the Quebec Charter. He held that the *Civil Code of Lower Canada* gave rights to the child conceived but not yet born.

n'existent pas. En ce qui concerne la *Charte* québécoise, le juge Tourigny a dit que le foetus n'est pas une personne et que cette *Charte* ne peut donc pas lui conférer de droits. Elle a ajouté qu'à cet égard la *Charte* québécoise et la *Charte* canadienne ne diffèrent pas, ce qui lui permettait de s'appuyer sur l'arrêt *Borowski*, précité, dans lequel la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que le foetus n'est pas une personne aux fins de la *Charte* canadienne. Quant à la distinction que fait la *Charte* québécoise entre un «être humain» et une «personne», le juge Tourigny a dit qu'il s'agissait tout au plus de faire une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales. Elle a poursuivi en affirmant que rien dans le *Code civil* ne justifie une conclusion différente. Les articles mentionnés par le juge Viens ne confèrent pas de droits au foetus; ce sont des mesures conservatoires qui protègent les droits des enfants à naître. Le juge Tourigny a ajouté que la décision du juge Viens selon lequel le foetus est une personne entraînerait la négation totale du droit de la femme à l'avortement, ce qui va à l'encontre de l'arrêt *Morgentaler (n° 2)* de notre Cour. Une telle négation, à son avis, ne pouvait se faire qu'au moyen d'un texte législatif précis et non par l'interprétation judiciaire de dispositions législatives générales.

Voici ce que dit le juge Tourigny (à la p. 1757):

Je ne peux donc, avec égards, partager le point de vue du juge de première instance qu'un être humain puisse être autre chose qu'une personne physique. Le juge de première instance convient d'ailleurs qu'il serait difficile d'inclure le foetus humain dans l'expression personne . . .»

À mon avis, le foetus n'est pas une *personne* et ne peut bénéficier des droits accordés aux personnes par les chartes. L'interprétation de ce mot ne peut être différente selon qu'il s'agit de la charte québécoise ou de la charte canadienne et je crois bien fondée la décision de la Cour d'Appel de la Saskatchewan dans *Borowski c. Attorney General of Canada* sur la protection des droits du foetus dans la charte canadienne.

En second lieu, le juge de première instance trouve dans les dispositions du *Code civil* du Québec un appui à son interprétation de la *Charte* québécoise. Il soutient que le *Code civil* du Québec donne des droits à l'enfant conçu qui n'est pas encore né.

With respect, I am not of this opinion. What the *Civil Code of Lower Canada* provides are rights which a child when born not only alive but viable, may enjoy. They are essentially conservatory measures which, pending birth, will protect the interests of the child who is born alive and viable.

Tourigny J.A. concluded (at p. 643):

[TRANSLATION] In this context, I am of the view that the judgment of first instance is not founded in law and that in the absence of precise legislation on this issue, the general provisions of Quebec laws cannot be interpreted as restricting and, even more importantly, preventing the application of rights guaranteed by the Canadian Constitution.

I must point out, however, that I am not going so far as to say that it is impossible for the legislator to impose an infringement which might be justified within the framework of a free and democratic society should he adopt specific legislative provisions on this question. This is not in issue in this case which rather concerns the interpretation of the existing provisions which would give to the foetus "a right to life as of the date of its conception", as mentioned by the judge of first instance.

Chouinard J.A. agreed with Tourigny J.A. His reasons were similar, although he did make a few additional comments. He explicitly stated that he disagreed with Viens J.'s balancing of the rights of the foetus and the appellant. Chouinard J.A. did acknowledge that at a certain stage in its development a foetus may have rights in respect of which the legislature may legislate. He held, however, that such rights cannot be inferred from general legislation such as the Quebec *Charter* or the *Civil Code*. He said (at p. 621):

[TRANSLATION] Nor do I share his [the trial judge] interpretation of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, . . . in particular the terms of its preamble concerning the ideas of "human being" or of "person", as well as the patrimonial or other non "substantive" rights found in the *Civil Code of Lower Canada* relating to rights of an unborn child on the condition that it be born alive and viable. For my part, I cannot find a serious issue of law in favour of the respondent in the present state of our legislation.

Chouinard J.A. added (at pp. 622 and 621):

Avec égards, je ne suis pas de cette opinion. Ce qu'édicte le *Code civil* du Québec, ce sont des droits dont jouira un enfant qui naîtra non seulement vivant mais viable. Il s'agit essentiellement de mesures conservatoires qui, en attendant la naissance, protégeront les intérêts de celui qui naît vivant et viable.

Le juge Tourigny conclut (à la p. 1758):

Dans un tel contexte, je suis d'avis que le jugement de première instance est mal fondé en droit et que, en l'absence de législation précise à cet effet, il ne saurait être question d'interpréter des dispositions générales de lois québécoises comme restreignant et, à plus forte raison, empêchant l'application de droits garantis par la Constitution canadienne.

Je précise cependant que je ne dis pas pour autant qu'il est impossible qu'une quelconque atteinte qui se justifierait dans le cadre d'une société libre et démocratique ne puisse être apportée par le législateur qui adopterait des dispositions législatives précises sur cette question. Il ne s'agit pas de cela ici mais de l'interprétation de dispositions existantes qui donneraient à un foetus «un droit à la vie à compter de sa conception», comme le mentionne le juge de première instance.

Le juge Chouinard partageait l'avis du juge Tourigny. Il a souscrit à ses motifs mais y a ajouté quelques observations. Il a déclaré expressément son désaccord avec l'évaluation comparée qu'a fait le juge Viens des droits du foetus et des droits de l'appelant. Le juge Chouinard a certes reconnu qu'à un certain stade de son développement un foetus possède peut-être des droits susceptibles de faire l'objet de législation. Il a conclu toutefois que ces droits ne peuvent être inférés d'un texte général comme la *Charte* québécoise ou le *Code civil*. Il a dit à ce propos (à la p. 1744):

Je ne partage pas non plus son [le juge de première instance] interprétation de la *Charte des droits et libertés de la personne* se référant aux termes du préambule de celle-ci quant aux notions d'«être humain» ou de «personne» de même qu'aux droits patrimoniaux ou autres non «substantifs» prévus au *Code civil* relativement aux droits d'un enfant à naître à la condition qu'il naisse vivant et viable. Pour ma part, je ne puis trouver une apparence sérieuse de droit en faveur de l'intimé dans l'état actuel de notre législation.

Le juge Chouinard a ajouté (aux pp. 1745 et 1744):

[TRANSLATION] However, I consider that in the present state of our law, such limit does not exist. Neither a certain interpretation of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* nor the recognition of certain rights which are mostly patrimonial in nature, in the unborn child (conditional upon his birth and viability) appear to me to form a real basis for the respondent's right in the present case so as to be able to oppose the fundamental right of the appellant set out in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as interpreted in the *Morgentaler* case.

There is no doubt that the importance of the right to life of the foetus, at least as of a certain stage of development, may be recognized by the legislature and even given precedence over the right of the mother to deal with her body in the absence of sufficiently serious reasons yet to be determined.

In closing, Chouinard J.A. said that he would not discuss the legal interest of the respondent but added that, without undertaking a serious study of the matter, an injunction seemed inappropriate in a private dispute where the fundamental rights of the parties are at issue.

#### IV—Analysis

This appeal raises a number of issues, not all of which need be addressed in this judgment. Before turning to the particular issues which will be discussed, it may be helpful to describe in brief the contentions of the parties.

The position of the respondent, and the interveners who argued on his behalf, can be summarized as follows:

- (1) under Quebec law a foetus has a right to life, and, in addition, a potential father has a right of veto with respect to a decision to abort his "potential progeny";
- (2) the appellant would infringe each of these rights by having an abortion;
- (3) an injunction is an appropriate remedy by which these rights can be protected.

The position of the appellant and the interveners who argued in her support may be summarized as presenting the following three arguments for setting aside the injunction:

J'estime cependant que, dans le cadre actuel de nos lois, une telle limite n'existe pas. Ni une certaine interprétation de la charte québécoise des droits et libertés ni non plus la reconnaissance de certains droits surtout patrimoniaux à l'enfant à naître (conditionnellement à la naissance et à la viabilité de celui-ci) ne m'apparaissent former une base réelle au droit de l'intimé dans la présente cause de sorte qu'il puisse l'opposer au droit fondamental de l'appelante prévu à l'article 7 de la charte des droits et libertés tel qu'interprété dans l'arrêt *Morgentaler*.

Il n'est pas douteux que l'importance du droit à la vie du fœtus, du moins à compter d'un certain stade de développement, pourrait être reconnue par le législateur et même prévaloir sur le droit de la mère de disposer d'elle-même au cas d'absence de motifs suffisamment sérieux à être déterminés.

En terminant, le juge Chouinard a dit qu'il ne traiterai pas de l'intérêt juridique de l'intimé mais a ajouté qu'à défaut d'une étude sérieuse de la question, une injonction lui paraissait peu appropriée dans un différend privé mettant en cause les droits fondamentaux des parties.

#### IV—Analyse

Ce pourvoi soulève plusieurs questions mais il n'est pas nécessaire de les traiter toutes dans le présent jugement. Avant d'aborder les questions précises qui seront examinées, il est utile d'exposer brièvement les arguments des parties.

La position de l'intimé et des intervenants qui l'ont soutenu peut se résumer comme suit:

- (1) le droit québécois reconnaît au fœtus un droit à la vie; de plus, un père en puissance a un droit de veto à l'égard d'une décision d'avortement touchant sa «progéniture éventuelle»;
- (2) l'appelante porterait atteinte à chacun de ces droits en se faisant avorter;
- (3) l'injonction est un recours approprié pour protéger ces droits.

Le point de vue de l'appelante et des intervenants qui l'ont appuyée peut se résumer aux trois arguments suivants en faveur de l'annulation de l'injonction:



- (1) the substantive rights which are alleged to support the injunction do not exist;
- (2) regardless of the Court's position on the above argument, an injunction is an inappropriate remedy in this case;
- (3) the injunction amounts to an improper encroachment of provincial law into the federal power over criminal law.

The thesis of the first of the three arguments set out immediately above is that the respondent lacks the substantive rights on which an injunction could possibly be founded. The right which the respondent relies upon is, primarily, an alleged right to life for a foetus. This right is said to exist by virtue of the fact that a foetus is a person. There is also some argument, although it is mostly found in the judgments below and in the arguments of certain interveners, to the effect that a potential father has an independent right on his own behalf to veto any decision to abort his potential progeny. In response to this position, the appellant and the interveners who argued on her behalf argue, first, that there is no basis in law to support an assertion of foetal rights or "father's" rights. This is their main response. Their second response is that regardless of the rights the respondent may claim on his behalf or on behalf of the foetus, these rights cannot outweigh a woman's right to control her own body. This response relies on the long-standing legal principle that a person may not be compelled to use his or her body at the service of another person, even if the other person's life is in danger. It is alleged that compelling a woman to carry a foetus to term would entail a novel and fundamental abrogation of this principle. This response, it should be noted, is not always easy to distinguish from the previous assertion that foetal rights or "father's" rights do not exist at all. It is often argued that the very reason the law should not recognize either foetal rights or "father's" rights is that such recognition would ignore the rights of women and would justify forcing women to carry a foetus to term. We appreciate that the arguments about the rights of a foetus, and whether such rights could override a woman's rights, may blend. The two arguments, however, can be separated and it is often useful to separate them.

- (1) les droits substantifs allégués comme justification de l'injonction n'existent pas;
- (2) indépendamment de la position qu'adopterait la Cour sur le premier point, l'injonction n'est pas un recours approprié en l'espèce;
- (3) l'injonction équivaut à un empiétement illégitime du droit provincial sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

La thèse correspondant au premier des trois arguments de l'appelante, consiste à dire que l'intimé ne possède pas les droits substantifs qui peuvent fonder une injonction. L'intimé invoque principalement le prétendu droit du foetus à la vie. Ce droit existe, selon lui, parce que le foetus est une personne. On soutient en outre, quoique ce point de vue se dégage surtout des jugements des juridictions inférieures et de l'argumentation de certains intervenants, qu'un père en puissance a un droit indépendant d'opposer un veto, en son propre nom, à toute décision d'avortement visant sa progéniture éventuelle. À cela, l'appelante et les intervenants qui ont plaidé en faveur de sa position répondent d'abord que l'affirmation de l'existence de droits du foetus ou de droits «du père» n'a aucun fondement en droit. Telle est leur réponse principale. Ils disent en deuxième lieu que, quels que soient les droits que l'intimé peut revendiquer en son nom ou au nom du foetus, ceux-ci ne peuvent prévaloir sur le droit de la femme d'être maîtresse de son propre corps. Cette réponse repose sur le principe de droit, depuis longtemps reconnu, selon lequel nul ne peut être contraint d'utiliser son corps au service d'une autre personne, même si la vie de cette personne est en danger. On prétend qu'obliger une femme à porter un foetus à terme représenterait une abrogation nouvelle et fondamentale de ce principe. Soulignons que la distinction entre cet argument et l'affirmation que les droits du foetus ou «du père» n'existent pas du tout n'est pas toujours facile à faire. On a souvent affirmé que la raison de ne pas reconnaître juridiquement les droits du foetus ou «du père» est précisément qu'une telle reconnaissance ferait abstraction des droits des femmes et justifierait qu'on les force à mener la grossesse à terme. Nous sommes bien conscients du fait que le débat relatif aux droits du foetus et la question de savoir si ces droits pourraient primer ceux de la

For reasons which will become apparent, these two aspects of the "substantive rights" argument will be separated in this judgment.

The second of the three general arguments for allowing the appeal does not turn on the rights accorded to a foetus or a potential father. It alleges that whatever such rights might be, an injunction is an inappropriate remedy to protect them. This argument is made from three different perspectives. First, it is argued that ordering an injunction in this case amounts to ordering specific performance of a personal service contract, something the courts will rarely do. Second, it is argued that an interlocutory injunction is inappropriate because it is meant to preserve the *status quo*—something which is impossible in this case—and because the evidentiary limitations of an interlocutory injunction make it unsuited to the sort of issue presented by this case. The third perspective from which the remedy of an injunction is criticized relies on the decision of this Court in *Morgentaler (No. 2)*, *supra*. In *Morgentaler (No. 2)*, the majority judgments said that s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the former therapeutic abortion provision, was contrary to s. 7 of the Canadian *Charter* because, *inter alia*, it had the effect of causing unnecessary delays to a woman's exercise of her rights, and because it subjected the realization of those rights to arbitrary and unpredictable requirements. As applied to this appeal, the argument is that an injunction—which can only be realized through the initiative of a third party and through a court procedure—is at least as arbitrary, unpredictable and time-consuming *vis-à-vis* a woman's exercise of her rights as the law struck down in *Morgentaler (No. 2)*. It is submitted that granting the foetus the right to life from the moment of conception sets up a potential conflict with the rights of women to personal dignity, bodily integrity and autonomy expressed in *Morgentaler (No. 2)* and leads to an inevitable clash with the rights of a woman who seeks an abortion.

femme peuvent parfois se confondre. Ces deux arguments peuvent cependant être séparés et il est souvent utile de le faire. Pour des raisons qui deviendront évidentes, ces deux aspects de l'argument relatif aux «droits substantifs» seront examinés séparément dans le présent jugement.

Le deuxième des trois arguments généraux avancés en faveur d'une décision accueillant le pourvoi ne concerne pas les droits du foetus ni ceux du père en puissance. Selon cet argument, quels que puissent être ces droits, l'injonction n'est pas un moyen approprié de les protéger. Cet argument comporte trois volets. On soutient d'abord qu'une injonction en l'espèce revient à ordonner l'exécution intégrale d'un contrat de services personnels, ce que les tribunaux font rarement. En deuxième lieu, on allègue qu'une injonction interlocutoire n'est pas appropriée parce qu'elle est destinée à assurer le maintien du statu quo—chose impossible dans le cas présent—et que l'injonction interlocutoire est mal adaptée à ce genre de situation en raison des limites qui lui sont propres en matière de preuve. La troisième critique formulée à l'égard du recours à l'injonction repose sur l'arrêt *Morgentaler (n° 2)*, précité, de notre Cour. Dans l'arrêt *Morgentaler (n° 2)*, la majorité a dit que l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, l'ancienne disposition relative à l'avortement thérapeutique, contrevenait à l'art. 7 de la *Charte canadienne* notamment parce qu'il causait des retards inutiles dans l'exercice de droits conférés aux femmes et qu'il soumettait cet exercice à des exigences arbitraires et imprévisibles. Dans le contexte du présent pourvoi, on fait valoir que l'injonction—qui ne peut être obtenue que sur l'initiative d'un tiers et par une procédure judiciaire—est un processus au moins aussi arbitraire, imprévisible et long, du point de vue de l'exercice de ses droits par une femme, que ne l'était la disposition invalidée dans l'arrêt *Morgentaler (n° 2)*. On soutient qu'accorder au foetus le droit à la vie dès la conception crée la possibilité d'un conflit avec les droits de la femme à la dignité personnelle, à l'intégrité corporelle et à l'autonomie évoqués dans l'arrêt *Morgentaler (n° 2)*, conflit qui devient inévitable dans le cas d'une femme qui veut interrompre sa grossesse.

The third and final of the general arguments for allowing the appeal—the federalism argument—is only discussed by the Attorneys General of Canada and Quebec. The Attorney General of Canada argues that the injunction issued in this case effectively amounts to a prohibition, with sanctions, of abortion. Counsel refers to the first *Morgentaler* decision of this Court (*Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616) in arguing that such a prohibition, founded as it was on Quebec legislation, amounts to an exercise of the federal criminal law power.

Each of the above three arguments appears to be deserving of serious consideration. For the appellant to succeed, however, it is only necessary for the Court to accept one of these arguments. In our view the fundamental question in this appeal—and the one upon which this judgment will be focussed—is raised by the first of the arguments discussed above. It is the question of whether the substantive rights exist upon which the injunction could be founded. The conclusion we reach on this question will make it unnecessary to deal with the other arguments for allowing the appeal and we refrain from taking a position on them.

The question of substantive rights is fundamental for several reasons. First, by addressing this question the Court is compelled to consider the basic issue of whose rights might be infringed, and to what extent, by allowing or not allowing the appellant to seek an abortion. This issue is not only of great importance, it is also logically prior to, and determinative of, the issue as to the appropriate remedy. Second, if this question is not addressed then, assuming one of the appellant's other two arguments is accepted, it will remain unclear whether another woman in the position of Ms. Daigle could be placed in a similar predicament through the use of a different legal procedure. In order to try to ensure that another woman is not put through an ordeal such as that experienced by Ms. Daigle it is important for this Court to give the guidance it can. This can only be accomplished if the question of substantive rights is addressed.

Le troisième et dernier argument général à l'appui du pourvoi—l'argument du fédéralisme—n'a été débattu que par les procureurs généraux du Canada et du Québec. Le procureur général du Canada fait valoir que l'injonction accordée en l'espèce équivaut en fait à une interdiction, assortie de sanctions, de l'avortement. S'appuyant sur le premier arrêt *Morgentaler* de notre Cour (*Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616), l'avocat allègue qu'une telle interdiction fondée sur la législation québécoise constitue un exercice du pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

Chacun de ces trois arguments mérite un examen sérieux. Pour que l'appelante obtienne gain de cause, cependant, il suffit que la Cour retienne un seul de ces arguments. À notre avis, la question fondamentale dans ce pourvoi—et celle sur laquelle sera centré le présent jugement—est soulevée par le premier des trois arguments qui ont été exposés ci-dessus. C'est la question de savoir s'il existe des droits substantifs qui peuvent fonder l'injonction. Notre conclusion sur cette question rendra inutile l'étude des autres arguments à l'appui du pourvoi et nous ne nous prononcerons donc pas à leur sujet.

La question des droits substantifs est fondamentale à plusieurs titres. Premièrement, pour traiter d'une telle question, la Cour est obligée d'aborder une question de base, celle de savoir qui subirait une atteinte à ses droits, et dans quelle mesure, si on autorisait ou non l'appelante à interrompre sa grossesse. La question est non seulement primordiale mais doit aussi logiquement être tranchée avant celle du recours approprié, car elle est susceptible d'écarter cette dernière. Deuxièmement, si cette question n'était pas abordée, alors, dans l'hypothèse où l'un des deux autres arguments de l'appelante serait retenu, l'incertitude subsisterait quant à savoir si une autre femme dans la situation de M<sup>me</sup> Daigle pourrait être soumise à des difficultés semblables par le recours à une procédure juridique différente. Afin de tenter d'éviter qu'une autre femme n'ait à traverser les épreuves qu'a subies M<sup>me</sup> Daigle, il importe que notre Cour donne des principes directeurs à cet égard. Elle ne peut le faire qu'en traitant de la question des droits substantifs.

*The Substantive Rights Underlying the Injunction*

Three different arguments are made by the respondent and the interveners who argued on his behalf in respect of what possible legal rights the injunction could be founded upon:

- (1) the foetus has a right to life under the Quebec *Charter* and the *Civil Code*;
- (2) the foetus has a right to life under the Canadian *Charter*;
- (3) the respondent, as the potential father, has a right in respect of decisions concerning his potential progeny.

Each of these arguments will be considered in turn.

(1) Foetal Rights Under the Quebec *Charter* and the *Civil Code*

The respondent argues that a foetus is a "person" who has a "right to life" under the Quebec *Charter* and the *Civil Code*. The significance of the *Civil Code* in the respondent's argument appears to be two-fold. First, the status of a foetus under the *Civil Code* is relevant as an interpretive aid in determining the status of a foetus under the Quebec *Charter*. Second, even if a foetus is not a person under the Quebec *Charter*, it is argued that the *Civil Code* can itself provide an independent foundation for an injunction.

The first of the above approaches was taken by Viens J. in the Superior Court, and by LeBel J.A. in the Court of Appeal, and it appears to be the primary approach adopted by the respondent. The second approach was taken by Nichols J.A. of the Court of Appeal. This judgment will begin with an interpretation of the Quebec *Charter*, since this will necessarily entail a consideration of the *Civil Code*. The conclusion reached with respect to the *Civil Code* as an interpretive aid to the Quebec *Charter*—that the *Civil Code* does not view a foetus as a person—disposes of the argument that the *Civil Code* on its own could sustain the injunction.

Before beginning the discussion of the Quebec *Charter*, a few words should be said concerning

*Les droits substantifs sous-jacents à l'injonction*

Trois arguments différents ont été avancés par l'intimé et les intervenants qui l'ont appuyé quant aux droits susceptibles de fonder une injonction:

- (1) la *Charte* québécoise et le *Code civil* reconnaissent au fœtus le droit à la vie;
- (2) la *Charte* canadienne reconnaît au fœtus le droit à la vie;
- (3) l'intimé, en tant que père en puissance, a un droit à l'égard des décisions concernant sa progéniture éventuelle.

Chacun de ces arguments est examiné ci-après.

(1) Les droits du fœtus en vertu de la *Charte* québécoise et du *Code civil*

L'intimé soutient qu'un fœtus est une «personne» qui, à ce titre, possède un «droit à la vie» en vertu de la *Charte* québécoise et du *Code civil*. Le *Code civil* paraît revêtir une double importance dans l'argument de l'intimé. En premier lieu, le statut du fœtus sous le régime du *Code civil* est pertinent à des fins d'interprétation dans la détermination du statut qu'il peut avoir en vertu de la *Charte* québécoise. En deuxième lieu, même si le fœtus n'est pas une personne aux termes de la *Charte* québécoise, on prétend que le *Code civil* peut lui-même fournir un fondement indépendant pour une injonction.

La première thèse a été adoptée par le juge Viens de la Cour supérieure et par le juge LeBel de la Cour d'appel, et semble être la thèse principale de l'intimé. La seconde thèse a été adoptée par le juge Nichols de la Cour d'appel. Le présent jugement traitera d'abord de l'interprétation de la *Charte* québécoise qui mènera nécessairement à un examen du *Code civil*. La conclusion tirée quant à la question du *Code civil* comme outil d'interprétation de la *Charte* québécoise—selon laquelle le *Code civil* ne considère pas le fœtus comme une personne—répond à la thèse que le *Code civil* peut par lui-même fonder l'injonction.

Avant d'entamer l'analyse de la *Charte* québécoise, quelques observations s'imposent concernant

the respondent's standing to request an injunction on behalf of the foetus. In so far as Mr. Tremblay argues for the injunction on the basis of the alleged rights of the foetus it is clear that he must be acting as a representative of the foetus. Some arguments were made concerning whether Mr. Tremblay should have standing in this respect; that is, whether he should be able to argue that the rights of another person are in danger of being infringed. In view of how this appeal will be decided this is not a crucial issue, but we note that if the respondent's allegations of foetal rights were accepted it would seem that he would be an appropriate person to assert such rights. As the potential father of the foetus in question Mr. Tremblay would appear to have as much interest in the foetus and as much right to speak on its behalf as anyone, save the appellant.

(a) *The Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*

The relevant sections of the Quebec *Charter* are ss. 1 and 2, which, it will be recalled, read as follows:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

2. Every human being whose life is in peril has a right to assistance.

Every person must come to the aid of anyone whose life is in peril, either personally or calling for aid, by giving him the necessary and immediate physical assistance, unless it involves danger to himself or a third person, or he has another valid reason.

The respondent's argument is that a foetus is an "être humain", in English "human being", and therefore has a right to life and a right to assistance when its life is in peril. In examining this argument it should be emphasized at the outset that the argument must be viewed in the context of the legislation in question. The Court is not required to enter the philosophical and theological debates about whether or not a foetus is a person, but, rather, to answer the legal question of whether the Quebec legislature has accorded the foetus personhood. Metaphysical arguments may be relevant but they are not the primary focus of inquiry.

la qualité de l'intimé pour demander une injonction au nom du fœtus. Dans la mesure où M. Tremblay invoque à l'appui de sa demande d'injonction les prétendus droits du fœtus, il est évident qu'il doit agir à titre de représentant du fœtus. Des arguments ont été présentés relativement à la question de savoir si M. Tremblay devrait avoir qualité pour ce faire, c'est-à-dire s'il devrait pouvoir alléguer le danger d'une atteinte aux droits d'une autre personne. Vu la façon dont le pourvoi est tranché, cette question n'est pas cruciale; mais il convient de faire observer que si les droits du fœtus invoqués par l'intimé devaient être reconnus, il semble qu'il aurait qualité pour faire valoir ces droits. En tant que père en puissance, M. Tremblay aurait autant et plus que quiconque, à l'exception de l'appelante, un intérêt à l'égard du fœtus et un droit de parler en son nom.

a) *La Charte des droits et libertés de la personne du Québec*

Les articles pertinents de la *Charte* québécoise sont les art. 1 et 2 qui, rappelons-le, disposent:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

2. Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.

Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.

L'intimé soutient que le fœtus est un «être humain» qui, à ce titre, a droit à la vie et droit au secours lorsque sa vie est en péril. Soulignons dès le départ que cet argument doit être examiné dans le contexte de la législation en cause. La Cour n'est pas tenue d'intervenir dans les débats philosophiques et théologiques quant à savoir si le fœtus est une personne; sa tâche est plutôt de répondre à une question juridique, à savoir si le législateur québécois a attribué au fœtus le statut de personne. Pour pertinents que puissent être les arguments métaphysiques, ils ne sont pas l'objet principal de l'analyse. Les arguments scientifiques sur le

Nor are scientific arguments about the biological status of a foetus determinative in our inquiry. The task of properly classifying a foetus in law and in science are different pursuits. Ascribing personhood to a foetus in law is a fundamentally normative task. It results in the recognition of rights and duties—a matter which falls outside the concerns of scientific classification. In short, this Court's task is a legal one. Decisions based upon broad social, political, moral and economic choices are more appropriately left to the legislature.

We will begin with an examination of the text of the Quebec *Charter* before turning to a consideration of other sources which may be relevant in interpreting the Quebec *Charter*. No cases dealing with the issue of foetal rights under the Quebec *Charter* have been brought to our attention. The *Charter* is framed in very general terms. It makes no reference to the foetus or foetal rights, nor does it include any definition of the term "human being". The respondent, however, makes two arguments which are based on the text of the *Charter*. The first argument is that a foetus simply is a human being in the plain meaning of the term. The respondent advanced this argument with reference to the *Civil Code*, but it applies equally well to his discussion of the Quebec *Charter*. His contention is that the word "human" is in reference to the "human race", of which the foetus is a part, and the word "being" signifies "existing", which a foetus certainly does. Thus, the respondent concludes, a foetus is a human being.

This argument is not persuasive. A linguistic analysis cannot settle the difficult and controversial question of whether a foetus was intended by the National Assembly of Quebec to be a person under s. 1. What is required are substantive legal reasons which support a conclusion that the term "human being" has such and such a meaning. If the answer were as simple as the respondent contends, the question would not be before the Court nor would it be the subject of such intense debate in our society generally. The meaning of the term "human being" is a highly controversial issue, to say the least, and it cannot be settled by linguistic fiat. A purely linguistic argument suffers from the

statut biologique du foetus ne sont pas déterminants non plus. La classification juridique et la classification scientifique du foetus sont deux démarches différentes. L'attribution de la personnalité au foetus est en droit une tâche essentiellement normative. Elle a pour conséquence la reconnaissance de droits et d'obligations—une préoccupation totalement étrangère à la classification scientifique. Bref, la tâche de cette Cour est juridique. Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiés au législateur.

Nous examinerons d'abord le texte de la *Charte* québécoise avant de considérer d'autres sources qui peuvent être pertinentes dans son interprétation. On ne nous a cité aucune décision traitant de la question des droits du foetus sous le régime de la *Charte* québécoise. La formulation de la *Charte* est très générale. Elle ne parle pas du foetus ou de droits du foetus ni ne définit l'expression «être humain». L'intimé avance toutefois deux arguments fondés sur le texte de la *Charte*. Selon le premier, le foetus est tout simplement un être humain au sens ordinaire du terme. Cet argument a été invoqué par l'intimé à propos du *Code civil*, mais il s'applique tout aussi bien à son analyse de la *Charte* québécoise. Le mot «humain», selon lui, se rapporte à la «race humaine» dont le foetus fait partie et le mot «être» signifie «existant», ce qui s'applique certainement au foetus. Il s'ensuit donc, conclut l'intimé, que le foetus est un être humain.

Cet argument n'est pas convaincant. Une analyse linguistique ne peut trancher la question difficile et controversée de savoir s'il était de l'intention de l'Assemblée nationale du Québec que le foetus soit visé par l'art. 1. Ce qu'il faut ce sont de solides raisons juridiques justifiant la conclusion que l'expression «être humain» a tel ou tel sens. Si la réponse était aussi simple que le prétend l'intimé, la Cour ne serait pas saisie de la question et celle-ci ne ferait pas l'objet d'aussi vifs débats dans notre société en général. Le sens de l'expression «être humain» est, pour le moins, une question hautement controversée qui ne peut être réglée par une décision linguistique. Un argument purement

same flaw as a purely scientific argument: it attempts to settle a legal debate by non-legal means; in this case by resorting to the purported "dictionary" meaning of the term "human being".

The respondent's second textual argument is that the differing usage of the terms "human being" and "person" in the *Charter* supports the conclusion that a foetus is included within the term "human being". This argument relies on the fact that the preamble and ss. 1 and 2 the *Charter* refer to "human beings", while the subsequent sections refer to "persons". The respondent says this distinction is significant, arguing that the term "human being" is wider than the term "person" and that, therefore, it is meant to include within its scope a wider class of "beings", namely, foetuses.

We cannot agree. It is not clear that there is any logic to be attached to the differing use of the terms "person" and "human being". First, the title of the *Charter* in French is "*Charte des droits et libertés de la personne*" (emphasis added); however, according to the respondent's argument, the *Charter* guarantees rights to beings which are not in fact persons. Second, the fourth paragraph in the preamble, reads: "Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being" (emphasis added). According to the respondent's argument the term "human person" does not include foetuses. But why would foetuses be excluded from the concerns of this paragraph? A foetus would appear to be a paradigmatic example of a being whose alleged rights would be inseparable from the rights of others, and in particular, from the rights of the woman carrying the foetus.

If there is any logic to the differing use of these two terms, then it would appear to be that suggested by Tourigny J.A.: different terms were used in order to distinguish between physical and moral persons. Tourigny J.A. argued that the term "human being" may signify the legislator's intention to exclude artificial persons, such as corporations, from benefitting from the rights and freedoms granted therein. This seems to be a far more

linguistique présente la même faille qu'un argument purement scientifique: il tente de trancher un débat juridique par des moyens non juridiques, en l'occurrence par le recours à la prétendue définition au «dictionnaire» de l'expression «être humain».

Le second argument de l'intimé fondé sur le texte de la *Charte* québécoise est que l'emploi de termes différents, «être humain» et «personne» dans ce document appuie la conclusion que l'expression «être humain» comprend le foetus. Cet argument tient au fait que, dans son préambule et aux art. 1 et 2, la *Charte* parle d'«êtres humains», mais de «personnes» aux articles suivants. L'intimé prétend qu'il s'agit d'une distinction importante parce que l'expression «être humain» est plus large que le terme «personne» et doit correspondre à une catégorie plus large d'«êtres», et donc inclure les foetus.

Nous ne pouvons souscrire à ce point de vue. Il n'est pas évident qu'il y a une logique quelconque à l'emploi différent des termes «personne» et «être humain». Premièrement, la *Charte* s'intitule «*Charte des droits et libertés de la personne*» (nous soulignons). Toutefois, suivant l'argument de l'intimé, la *Charte* garantit des droits à des êtres qui ne sont pas en réalité des personnes. Deuxièmement, le quatrième alinéa du préambule déclare: «Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général» (nous soulignons). Or, l'intimé soutient que l'expression «personne humaine» ne comprend pas le foetus. Mais pourquoi le foetus serait-il exclu de cet alinéa? Le foetus serait précisément l'exemple type d'un être dont les droits seraient inséparables de ceux d'autrui et notamment de ceux de la femme qui le porte.

S'il y a quelque logique à l'emploi de deux termes différents, ce semble être l'explication proposée par le juge Tourigny: des termes différents ont été employés pour faire une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales. L'expression «être humain», selon le juge Tourigny, peut indiquer l'intention du législateur d'empêcher les personnes artificielles, telles que les sociétés, de bénéficier des droits et libertés conférés par la

plausible explanation than that offered by the respondent.

In our view the Quebec *Charter*, considered as a whole, does not display any clear intention on the part of its framers to consider the status of a foetus. This is most evident in the fact that the *Charter* lacks any definition of "human being" or "person". For her part, the appellant argues that this lack of an intention to deal with a foetus' status is, in itself, a strong reason for not finding foetal rights under the *Charter*. There is force in this argument. One can ask why the Quebec legislature, if it had intended to accord a foetus the right to life, would have left the protection of this right in such an uncertain state. As this case demonstrates, even if the respondent's arguments are accepted it will only be at the discretionary request of third parties, such as Mr. Tremblay, that a foetus' alleged right to life will be protected under the Quebec *Charter*. If the legislature had wished to grant foetuses the right to life, then it seems unlikely that it would have left the protection of this right to such happenstance.

After considering the generality of the terms used in the Quebec *Charter*, Professor Michèle Rivet (now a judge of the Tribunal de la jeunesse and a member of the Law Reform Commission of Canada) in her article "The Legal Position of the Unborn Child in Canada (Civil Law)", in *Proceedings of the Thirteenth International Symposium on Comparative Law* (1978), 73, reached a similar conclusion (at p. 76):

[TRANSLATION] We would have liked the legislature to indicate the scope of these terms, and in particular to indicate in s. 1 [of the Quebec *Charter*] where this right to life begins. Here again nothing has been said. Accordingly, we are forced to acknowledge, as we did earlier, that in the absence of a specific provision legal personality is acquired at birth when the foetus becomes a human being. [Emphasis added.]

As should be evident, however, these arguments based on the "vagueness" of the Quebec *Charter* turn to some extent on assumptions about the legal background against which the *Charter* exists. This background is the topic we will consider next.

*Charte* québécoise. Cette explication est beaucoup plus plausible que celle de l'intimé.

À notre avis, la *Charte* québécoise, prise dans son ensemble, ne traduit aucune intention manifeste de la part du législateur de prendre en considération le statut du fœtus. Cela se dégage très nettement du fait que la *Charte* ne donne aucune définition des termes «être humain» et «personne». L'appelante pour sa part fait valoir que l'absence d'intention de traiter du statut du fœtus milite elle-même fortement contre la conclusion que la *Charte* confère des droits au fœtus. Cet argument a une certaine force. On peut se demander pourquoi, si l'intention du législateur québécois avait été d'accorder au fœtus le droit à la vie, il aurait laissé la protection de ce droit dans une telle incertitude. Ainsi que le démontre le présent litige, même si les arguments de l'intimé étaient retenus, ce ne serait qu'à la demande discrétionnaire de tiers, comme M. Tremblay, que le prétendu droit à la vie du fœtus serait protégé par la *Charte* québécoise. Si le législateur avait voulu conférer au fœtus le droit à la vie, il n'aurait probablement pas permis que la protection de ce droit tienne à de tels aléas.

Ayant considéré la généralité des termes employés dans la *Charte* québécoise, le professeur Michèle Rivet (maintenant juge du Tribunal de la jeunesse et membre de la Commission de réforme du droit du Canada), dans son article intitulé «La situation juridique de l'enfant non encore né au Canada (Droit civil)», dans *Travaux du treizième Colloque international de droit comparé* (1978), 73, arrive à une conclusion semblable (à la p. 76):

Nous aurions aimé que le législateur précise la portée de ces termes et notamment qu'il précise, à son article 1 [de la *Charte* québécoise], le point de départ de ce droit à la vie. Et, encore là, il est resté muet. Force nous est donc de reconnaître, comme nous l'avons fait précédemment, qu'à défaut de précisions la personnalité juridique s'acquiert à la naissance alors que le fœtus devient l'être humain. [Nous soulignons.]

Il devrait toutefois être évident que ces arguments fondés sur l'«imprécision» de la *Charte* québécoise reposent dans une certaine mesure sur une compréhension du contexte juridique dans lequel s'insère la *Charte*. C'est ce contexte que nous allons examiner maintenant.



(b) *The Civil Code*

The civil law of Quebec, as set out in its *Civil Code*, is the primary “background” source which should be referred to in interpreting the meaning of general terms in Quebec’s *Charter*.

The respondent argues that a foetus is recognized as a human being under the *Civil Code*. His argument rests on two propositions: (1) that art. 18 directly recognizes that a foetus is a human being; and (2) that a variety of other articles in the Code indirectly recognize that a foetus is a “juridical person”, and, since juridical persons are either natural persons, i.e., human beings, or artificial persons, a foetus is a human being.

Article 18, which was introduced in 1971, is a general provision which uses language similar to s. 1 of the Quebec *Charter*. This similarity in language makes its interpretation particularly relevant to an interpretation of the Quebec *Charter*. Article 18 reads:

**18.** Every human being possesses juridical personality.

Whether citizen or alien, he has the full enjoyment of civil rights, except as otherwise expressly provided by law.

On the basis of the words in this article the respondent first makes the linguistic argument which we discussed in respect of the Quebec *Charter*; i.e., that the term “human being”, in its plain meaning, includes foetuses. The response we offered earlier—that such a linguistic argument cannot settle the difficult issue of whether a foetus is a legal person—is equally applicable in the context of the *Civil Code*. The words contained in art. 18 do little more than set out in general terms a guarantee to all human beings of the rights contained elsewhere in the Code. This interpretation is supported by the fact that the article was only introduced in 1971, and without any accompanying changes in the Code. In order to tell whether art. 18 is meant to encompass foetuses it is necessary to consider the treatment of foetuses in the remainder of the Code. If the Code generally treats a foetus as a juridical person then the

b) *Le Code civil*

Le droit civil québécois énoncé dans le *Code civil* du Québec constitue la première source «contextuelle» à consulter dans l’interprétation de termes généraux employés dans la *Charte* québécoise.

L’intimé soutient que le foetus est reconnu comme un être humain par le *Code civil*. Son argument repose sur deux propositions: (1) l’art. 18 reconnaît directement que le foetus est un être humain; et (2) plusieurs autres articles du Code lui reconnaissent indirectement la «personnalité juridique» et, comme les personnes juridiques sont soit des personnes physiques—c.-à-d., des êtres humains—soit des personnes morales, le foetus est un être humain.

L’article 18, adopté en 1971, est une disposition générale dont les termes se rapprochent de ceux de l’art. 1 de la *Charte* québécoise. En raison de cette similitude, l’interprétation de l’art. 18 devient particulièrement pertinente lorsqu’il s’agit d’interpréter la *Charte* québécoise. L’article 18 dit:

**18.** Tout être humain possède la personnalité juridique.

Citoyen ou étranger, il a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

Se fondant sur le texte de cet article, l’intimé avance d’abord l’argument linguistique mentionné au sujet de la *Charte* québécoise, c.-à-d. que, selon son sens ordinaire, l’expression «être humain» comprend le foetus. Notre réponse antérieure—un argument linguistique ne peut trancher la question difficile de savoir si le foetus est une personne juridique—s’applique tout autant dans le contexte du *Code civil*. Les mots employés à l’art. 18 ne font rien d’autre que garantir en termes généraux à tous les êtres humains les droits conférés ailleurs dans le Code. Cette interprétation est étayée par le fait que l’art. 18 n’a été adopté qu’en 1971, sans aucune modification corrélative du Code. Afin de déterminer si l’art. 18 doit s’appliquer au foetus, il faut examiner comment le reste du Code traite le foetus. Si d’une manière générale le Code traite le foetus comme une personne juridique, alors l’intimé peut faire valoir que le foetus est un être

respondent can argue that a foetus is a human being under art. 18 and should also be viewed as such under the Quebec *Charter*.

This brings us to the second of the respondent's arguments: that a variety of articles in the Code implicitly recognize that a foetus is a human being. The respondent says that in arts. 338, 345, 608, 771, 838, 945 and 2543 there is an implicit recognition that a foetus has juridical personality. These articles can be grouped into two categories: 338 and 345 deal with the appointment of curators, while 608, 771, 838, 945 and 2543 deal with patrimonial interests. Articles 338 and 345, which we will consider first, read as follows:

**338.** The persons to whom curators are given are:

1. Judicially emancipated minors;
2. Interdicted persons;
3. Children conceived but not yet born.

**345.** The curator to a child conceived but not yet born, is bound to act for such child whenever its interests require it; he has until its birth the administration of the property which is to belong to it, and afterwards he is bound to render an account of such administration.

The respondent's argument is that because these articles treat fetuses like other entities which are indisputably human beings (minors and interdicted persons) with respect to the appointment and duties of curators that they thereby recognize the foetus as a human being. In our view, however, these articles simply provide a mechanism whereby the interests described elsewhere in the Code can be protected: they do not accord the foetus any additional rights or interests. This interpretation is supported by the fact that there do not appear to have been any cases which have allowed a curator to act in respect of any extra-patrimonial interests of a foetus (see E. W. Keyserlingk, "A Right of the Unborn Child to Prenatal Care—The Civil Law Perspective" (1982), 13 *R.D.U.S.* 49, at p. 61). It also accords with the explanation for the parallel provisions in France given in de Lorimier and Vilbon's *Bibliothèque du Code civil de la Province de Québec* (1874), tome 3. At page 126

humain au sens de l'art. 18 et qu'il devrait également être considéré comme tel aux fins de la *Charte* québécoise.

Ceci nous amène au second argument de l'intimé, savoir que plusieurs articles du Code reconnaissent implicitement que le fœtus est un être humain. L'intimé dit que les art. 338, 345, 608, 771, 838, 945 et 2543 contiennent la reconnaissance implicite que le fœtus possède la personnalité juridique. Ces articles peuvent se regrouper en deux catégories: les art. 338 et 345 portent sur la nomination de curateurs, tandis que les art. 608, 771, 838, 945 et 2543 traitent des droits patrimoniaux. Les articles 338 et 345, que nous examinerons d'abord, sont ainsi rédigés:

**338.** Les personnes auxquelles on donne des curateurs sont:

1. Les mineurs émancipés en justice;
2. Les interdits;
3. Les enfants conçus mais qui ne sont pas encore nés.

**345.** Le curateur à l'enfant conçu, mais qui n'est pas encore né, est chargé d'agir pour cet enfant dans tous les cas où ses intérêts l'exigent; il a, jusqu'à sa naissance, l'administration des biens qui doivent lui appartenir, et il est alors tenu d'en rendre compte.

D'après l'intimé, puisque ces articles traitent le fœtus comme d'autres entités qui sont incontestablement des êtres humains (les mineurs et les interdits) en ce qui concerne la nomination et les fonctions des curateurs, ils reconnaissent en conséquence le fœtus comme un être humain. À notre avis cependant, ces articles établissent simplement un mécanisme qui permet de protéger les droits énoncés ailleurs dans le Code: ils ne confèrent au fœtus aucun droit additionnel. Cette interprétation est appuyée par le fait qu'il ne paraît pas y avoir de décisions autorisant un curateur à agir relativement aux intérêts extrapatrimoniaux du fœtus (voir E. W. Keyserlingk, «A Right of the Unborn Child to Prenatal Care—The Civil Law Perspective» (1982), 13 *R.D.U.S.* 49, à la p. 61). Elle s'accorde également avec l'explication de dispositions analogues en France que fournissent de Lorimier et Vilbon dans *La bibliothèque du Code civil de la Province de Québec* (1874), t. 3. À la p. 126,

the authors refer to Pothier for an explanation of the parallel articles:

[TRANSLATION] As the child to be born has not yet been born, he cannot have a tutor, as they are mainly given to govern the person of a minor, and so it follows that there cannot be a tutor when there is not yet a minor person in existence. Nonetheless, as the child to be born is already regarded as born whenever his interests are in question, *qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*, and it is in the interest of the posthumous being, if he is born, that the property which is to belong to him when he is born shall be administered until that time arrives, he must be treated as born, not in that a tutor should be appointed, since there is not yet any person to be governed, but that a curator should be appointed for him to administer the property that will one day belong to him. Such a curator, known in law as a curator *in ventro*, is thus appointed because the Roman jurists in *doctrina stoicorum* regarded a child still in his mother's womb as *pars viscerum matris*.

The other articles of the *Civil Code* which the respondent relies upon read as follows:

**608.** In order to inherit, it is necessary to be civilly in existence at the moment when the succession devolves; thus, the following are incapable of inheriting:

1. Persons who are not yet conceived;
2. Infants who are not viable when born.

**771.** The capacity to give or to receive *inter vivos* is to be considered relatively to the time of the gift. It must exist at each period, with the donor and with the donee, when the gift and the acceptance are effected by different acts.

It suffices that the donee be conceived at the time of the gift or when it takes effect in his favor, provided he be afterwards born viable.

**838.** The capacity to receive by will is considered relatively to the time of the death of the testator; in legacies the effect of which remain suspended after the death of the testator, whether in consequence of a condition, or in the case of a legacy to children not yet born, or of a substitution, this capacity is considered relatively to the time at which the right comes into effect.

Persons benefited by a will need not be in existence at the time of such will, nor be absolutely described or identified therein. It is sufficient that at the time of the death of the testator they be in existence, or that they be then conceived and subsequently born viable, and be

les auteurs renvoient à Pothier pour une explication d'articles analogues:

L'enfant, dont on espère la naissance, n'étant pas encore né, il ne peut avoir de tuteur; car ils sont donnés principalement pour gouverner la personne du mineur, d'où il suit qu'il ne peut y avoir de tuteur lorsqu'il n'y a point encore de personne de mineur qui existe. Néanmoins, comme l'enfant, dont on espère la naissance, est déjà réputé né toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts, *qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*, et qu'il est de l'intérêt du posthume, s'il vient à naître, que les biens qui doivent lui appartenir, lorsqu'il naîtra, soient en attendant administrés, il doit être réputé né, non pas à l'effet qu'on lui nomme un tuteur, puisqu'il n'existe pas encore de personne qui puisse être gouvernée, mais à l'effet qu'on lui nomme un curateur pour l'administration des biens qui doivent lui appartenir un jour. Ce curateur, qu'on appelle en droit curateur au ventre, se nomme ainsi, parce que les Jurisconsultes Romains, *in doctrinâ stoicorum*, regardaient l'enfant qui était dans le sein de sa mère, comme *pars viscerum matris*.

Les autres articles du *Code civil* invoqués par l'intimé sont les suivants:

**608.** Pour succéder, il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession; ainsi sont incapables de succéder:

1. Celui qui n'est pas encore conçu;
2. L'enfant qui n'est pas né viable.

**771.** La capacité de donner et de recevoir entre vifs se considère au temps de la donation. Elle doit exister à chaque époque chez le donateur et chez le donataire lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents.

Il suffit que le donataire soit conçu lors de la donation, ou lorsqu'elle prend effet en sa faveur, s'il est ensuite né viable.

**838.** La capacité de recevoir par testament se considère au temps du décès du testateur; dans les legs dont l'effet demeure suspendu après ce décès soit par suite d'une condition, soit dans les cas de legs à des enfants à naître et de substitution, cette capacité se considère au temps où le droit est ouvert.

Il n'est pas nécessaire que la personne avantagée par testament existe lorsque cet acte est fait, ni qu'elle y soit désignée et identifiée d'une manière absolue. Il suffit qu'elle existe au décès du testateur ou qu'elle soit alors conçue et naisse ensuite viable, et qu'elle soit clairement

clearly known to be the persons intended by the testator. Even in the case of suspended legacies, already referred to in this article, it suffices that the legatee be alive, or conceived, subject to the condition of being afterwards born viable, and that he prove to be the person indicated, at the time the legacy takes effect in his favor.

**945.** All substitutes, born and unborn, are represented in all inventories and partitions by a curator to the substitution, appointed in the manner established as regards tutors.

All persons who are competent to demand the appointment of a tutor to a minor of the same family may also demand the nomination of a curator to the substitution.

The curator to the substitution attends to the interest of such substitutes and represents them in all cases in which his intervention is requisite or proper.

The intervention of the curator is specially required in the cases provided for in article 947, but not with respect to the revenues belonging to the institute.

The curator may intervene specially to take cognizance of all deeds, documents, titles and proceedings, concerning the property of the substitution, their investment, their deposit in a bank or their withdrawal.

The institute who neglects to demand this nomination of a curator may be declared to have forfeited in favor of the substitutes the benefit of the disposition.

**2543.** It is not necessary that the contemplated person exist at the time of his designation or that he be then expressly determined. It is sufficient that at the time the right originates in his favour he exist or be conceived and be born viable, and be recognized as the person contemplated.

The respondent's argument is that because these articles protect various economic interests of a foetus they also implicitly recognize that a foetus is a juridical person. He refers to the oft-quoted principle that "a foetus will be considered born wherever this is in its interest" and asks what greater interest could a foetus have than an interest in living? A similar proposition was advanced by Nichols J.A. in the Court of Appeal, when he stated that because the *Civil Code* protects economic interests of a foetus it must also be assumed to protect the most fundamental interest of the foetus, its right to life. Certain authors have also argued that it would be illogical for the law to recognize economic interests of a foetus without

reconnue à cette époque pour celle qui était dans l'intention du testateur. Même dans les legs qui demeurent suspendus, tel qu'il est mentionné précédemment au présent article, il suffit que le légataire existe ou soit conçu, avec la condition qu'il naîtra viable, et qu'il se trouve être la personne indiquée, au temps où le legs prend effet en sa faveur.

**945.** Tous les appelés nés et à naître sont représentés en tout inventaire ou partage par un curateur à la substitution, nommé en la manière établie pour la nomination des tuteurs.

Toute personne qui a qualité pour provoquer la nomination d'un tuteur à un mineur de la même famille, peut aussi provoquer celle d'un curateur à la substitution.

Ce curateur à la substitution veille aux intérêts des appelés, et les représente dans tous les cas auxquels son intervention est requise ou peut avoir lieu.

L'intervention du curateur est notamment requise dans les cas prévus par l'article 947, mais non en ce qui concerne les revenus appartenant au grevé.

Ce curateur peut intervenir spécialement pour prendre connaissance de tous actes, documents, titres et procédures, concernant les biens substitués, leur placement, leur dépôt en banque ou leur retrait.

Le grevé qui néglige de provoquer cette nomination de curateur peut être déclaré, au profit des appelés, déchu du bénéfice de la disposition.

**2543.** Il n'est pas nécessaire que la personne visée existe lors de sa désignation, ni qu'elle soit alors expressément déterminée. Il suffit qu'à l'époque où le droit a pris naissance en sa faveur, elle existe ou soit conçue et naisse viable, et qu'elle soit reconnue comme la personne visée.

L'intimé soutient que, puisqu'ils protègent divers intérêts économiques du foetus, ces articles lui reconnaissent implicitement la personnalité juridique. Invoquant le principe souvent cité selon lequel «l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt», il demande quel intérêt le foetus pourrait avoir qui soit plus grand que l'intérêt à vivre. Une proposition semblable a été avancée par le juge Nichols en Cour d'appel quand il disait que, puisque le *Code civil* protège certains intérêts économiques du foetus, il faut présumer qu'il protège également l'intérêt le plus fondamental du foetus, le droit à la vie. Certains auteurs ont prétendu en outre qu'il serait illogique que le droit reconnaisse les intérêts économiques

also recognizing a right to life (e.g., R. P. Kouri, "Réflexions sur le statut juridique du fœtus" (1980-81), 15 *R.J.T.* 193). The respondent acknowledges that the realization of the patrimonial interests of the foetus is conditional upon it being born alive and viable, but he contends that this is a "resolatory" condition rather than a "suspensive" one. In other words, the respondent argues, the foetus always possesses the rights accorded to it by these sections: it is only because of its condition that it must wait until birth to realize these rights.

Extrapolating from different articles in order to reveal an unstated premise in the *Civil Code* is an established and indeed necessary method of exegesis. In this case, however, it does not support the proposed conclusion. In our view, the respondent's argument ignores the words of the articles and the way in which the courts have interpreted them. The recognition of the foetus' juridical personality has always been, as this Court stated in *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456, a "fiction of the civil law" which is utilized in order to protect the future interests of the foetus. This is equally true in Quebec civil law. Articles 608, 771, 838, and 2543 explicitly state that unless the foetus is born alive and viable it will not be granted the rights recognized therein. If the foetus is not born alive and viable then the interests referred to in these articles disappear, as if the foetus did not exist at all. In short, the condition that the foetus be born alive and viable is a "suspensive" condition. The remaining article, 945, is of little help to the respondent. It deals with the duties of curators as regards "substitutions" and has the same significance as arts. 338 and 345, that is, it does not create any rights, but merely deals with the administration of existing rights.

This interpretation is supported by the explanation, given by the authors of the *Pandectes françaises* (1804), tome 6, at p. 168, of the consequences in French law that result if a child who stands to inherit is not born alive and viable:

[TRANSLATION] If he dies before birth he is deemed never to have existed, with the result that as he has never held property he may not transmit it. He does not

du fœtus sans lui reconnaître en même temps un droit à la vie (p. ex., R. P. Kouri, «Réflexions sur le statut juridique du fœtus» (1980-81), 15 *R.J.T.* 193). L'intimé convient que les intérêts patrimoniaux du fœtus ne peuvent se réaliser que s'il naît vivant et viable, mais fait valoir qu'il s'agit là d'une condition «résolutoire» plutôt que «suspensive». En d'autres termes, affirme l'intimé, le fœtus possède toujours les droits que lui confèrent les articles en question; seul son état l'oblige à attendre sa naissance pour que ces droits se concrétisent.

La démarche consistant à dégager de différents articles, par extrapolation, un principe inexprimé dans le *Code civil* est une méthode d'interprétation établie et même nécessaire. En l'espèce cependant, elle ne soutient pas la conclusion proposée. À notre avis, l'argument de l'intimé ne tient pas compte des termes des articles en question ni de la manière dont les tribunaux les ont interprétés. La reconnaissance de la personnalité juridique du fœtus a toujours été, comme le dit notre Cour dans l'arrêt *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, une [TRADUCTION] «fiction du droit civil» à laquelle on a recours pour protéger les intérêts futurs du fœtus. Ceci est également vrai en droit civil québécois. Les articles 608, 771, 838 et 2543 portent explicitement qu'à moins que le fœtus ne naisse vivant et viable, il ne bénéficiera pas des droits y reconnus. Si le fœtus ne naît pas vivant et viable, les droits mentionnés dans ces articles s'éteignent, comme si le fœtus n'avait jamais existé. Bref, la condition que le fœtus naisse vivant et viable est une condition «suspensive». Quant au dernier article, l'art. 945, il n'est d'aucun secours à l'intimé. Il traite des devoirs du curateur en matière de «substitution» et, comme les art. 338 et 345, il ne crée pas de droits, mais traite simplement de l'administration de droits existants.

Cette interprétation est appuyée par ce que disent les auteurs des *Pandectes françaises* (1804), t. 6, à la p. 168, de ce que prévoit le droit français si l'enfant successible ne naît pas vivant et viable:

S'il périt avant sa naissance, il est censé n'avoir jamais existé, en sorte que n'ayant jamais été saisi, il ne peut pas transmettre. Il ne remplit pas le degré, et il y a

fulfil the degree, and the estate is open in the next degree, as if there had never been question of a child *qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur quia nunquam liberi appellari potuerunt*.

A similar view was expressed by the Quebec Superior Court in the case of *Allard v. Monette* (1927), 66 C.S. 291, dealing with the situation of an heir to a succession, where the heir is conceived but not yet born. The court held that if the heir is not born alive and viable then the succession passes not to the foetus' heirs but to the other heirs of the deceased.

It is also worth mentioning that arts. 338, 345, 608, 771, 838, 945 and 2543 can be explained in terms of the interests of the donors, legators, and deceased person whom the articles protect. The articles ensure that the wishes of these parties are respected—a concern which has nothing to do with the status of the donee, legatee or heir. It is interesting to note in this respect that art. 772 allows for gifts to children who are not yet even conceived:

772. The favor given to contracts of marriage renders valid the gifts therein made to the children to be born of the intended marriage.

It is not necessary that the substitute should be in existence at the time of the gift by which the substitution is created.

To summarize: the various articles referred to by the respondent do not support his argument: rather, they provide grounds for the opposite conclusion, that a foetus is not a juridical person under the *Civil Code*. This conclusion is consistent with the few cases which have considered the status of the foetus under the *Civil Code*. Most of these cases are concerned with pre-natal injuries. The respondent relies heavily on the leading decision of *Montreal Tramways, supra*, where this Court allowed a suit to be brought under art. 1053 of the *Civil Code* on behalf of a child born with club feet. The deformity was allegedly caused by an accident which occurred during the pregnancy. The following quote from p. 463 of the judgment of Lamont J. is offered by the respondent in support of its position:

To the Company's contention that an unborn child being merely a part of its mother had no separate

ouverture de la succession dans le degré suivant, comme s'il n'eût jamais été question de l'enfant *qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur quia nunquam liberi appellari potuerunt*.

Un point de vue semblable a été exprimé par la Cour supérieure du Québec dans la décision *Allard v. Monette* (1927), 66 C.S. 291, portant sur le cas d'un héritier conçu mais non encore né. La cour a statué que si l'héritier n'est pas né vivant et viable, la succession passe non pas aux héritiers du foetus, mais aux autres héritiers du défunt.

Signalons en outre que les art. 338, 345, 608, 771, 838, 945 et 2543 peuvent s'expliquer en fonction des intérêts des donateurs, des testateurs et des défunts qu'ils protègent. Ces articles assurent le respect de la volonté de ces personnes, objet qui n'a rien à voir avec le statut du donataire, du légataire ni de l'héritier. Il est intéressant de constater à ce propos que l'art. 772 permet des donations à des enfants qui ne sont même pas encore conçus:

772. La faveur des contrats de mariage rend valides les donations qui y sont faites aux enfants à naître du mariage projeté.

Il n'est pas nécessaire que les appelés en substitution existent lors de la donation qui l'établit.

En résumé donc, les différents articles invoqués par l'intimé, loin d'étayer son argument, tendent plutôt à justifier la conclusion contraire, savoir que le foetus n'a pas la personnalité juridique aux fins du *Code civil*. Cette conclusion est compatible avec les quelques décisions qui ont étudié le statut du foetus en vertu du *Code civil*. La plupart de ces décisions concerne les blessures prénatales. L'intimé s'appuie dans une large mesure sur l'arrêt de principe *Montreal Tramways*, précité, dans lequel notre Cour a permis que soit introduite au nom d'un enfant né avec des pieds bots une action fondée sur l'art. 1053 du *Code civil*. On alléguait que la difformité résultait d'un accident survenu pendant la grossesse. Le passage suivant, tiré de la p. 463 des motifs du juge Lamont, est cité par l'intimé à l'appui de sa thèse:

[TRADUCTION] À l'argument de la société qu'un enfant non encore né, étant donné qu'il fait simplement

existence and, therefore, could not maintain an action under article 1053 C.C., the answer, in my opinion, is that, although the child was not actually born at the time the Company by its fault created the conditions which brought about the deformity of its feet, yet, under the civil law, it is deemed to be so if for its advantage. Therefore when it was subsequently born alive and viable it was clothed with all the rights of action which it would have had if actually in existence at the date of the accident. The wrongful act of the Company produced its damage on the birth of the child and the right of action was then complete.

In our view this quotation supports the appellant's position. Notice, first, that it would not have been necessary for Lamont J. to say that a foetus is "deemed" to have civil rights if a foetus actually enjoyed such rights. Second, in stating that a foetus is granted those rights "it would have had if actually in existence at the date of the accident", Lamont J. is accepting that a foetus does not exist as a juridical person. Third, in the last line of the quotation Lamont J. states that the damage occurred and the rights were realized "on the birth of the child". It is also worth reiterating that it is in this judgment that Lamont J. speaks of deeming a foetus to be a person as a "fiction of the civil law". Thus, while this decision does recognize the possibility of a claim for pre-natal injuries, it does not recognize a foetus as a juridical person.

A number of Quebec decisions have considered the status of the foetus in cases where a negligent act has caused a miscarriage or an undesired abortion. The conclusion in each of these cases has been that a foetus is not a person. In *Lavoie v. Cité de Rivière-du-Loup*, [1955] C.S. 452, at p. 457, Lacroix J. refused a mother's claim on behalf of a foetus because [TRANSLATION] "Since she did not reach the end of her pregnancy, there was really no child". In *Langlois v. Meunier*, [1973] C.S. 301, Vallerand J. said, at p. 305, that [TRANSLATION] "This unborn child is most certainly not a person and the civil law principles concerning death cannot apply to it". And in *Assurance-automobile—9*, [1984] C.A.S. 489, at p. 491, the Commission des affaires sociales of Quebec stated: [TRANSLATION] "[T]he Commission, in accord-

partie de sa mère, n'a pas d'existence indépendante et ne saurait en conséquence intenter une action en vertu de l'article 1053 C.c., il faut, selon moi, répondre que, bien que l'enfant ne fût pas en fait né au moment où la société par sa faute a créé les conditions qui ont provoqué la malformation de ses pieds, il est néanmoins réputé l'avoir été en droit civil si cela est dans son intérêt. Par conséquent, quand l'enfant est par la suite né vivant et viable, il se trouvait revêtu de tous les droits d'action qu'il aurait possédés s'il avait réellement existé lors de l'accident. La lésion occasionnée par l'acte délictuel de la société s'est manifestée à la naissance de l'enfant et le droit d'action était dès lors acquis.

À notre avis, cette citation appuie la thèse de l'appelante. Notons d'abord que le juge Lamont n'aurait pas eu à dire que le foetus était «réputé» posséder des droits civils s'il en jouissait effectivement. Deuxièmement, quand il affirme que le foetus se voit accorder les droits «qu'il aurait possédés s'il avait réellement existé lors de l'accident», le juge Lamont admet que le foetus n'existe pas en tant que personne juridique. Troisièmement, à la dernière phrase de la citation, le juge Lamont dit que le préjudice a été subi et les droits se sont concrétisés «à la naissance de l'enfant». Il est utile aussi de rappeler que c'est dans cet arrêt que le juge Lamont qualifie de «fiction du droit civil» le fait que le foetus est réputé être une personne. Donc, quoique cet arrêt reconnaisse la possibilité d'une action pour blessures prénatales, il ne reconnaît pas au foetus la personnalité juridique.

Plusieurs décisions québécoises ont examiné le statut du foetus dans des cas où un acte de négligence a causé une fausse couche ou un avortement non voulu. On a conclu chaque fois que le foetus n'est pas une personne. Dans l'affaire *Lavoie v. Cité de Rivière-du-Loup*, [1955] C.S. 452, à la p. 457, le juge Lacroix a rejeté l'action engagée par la mère au nom du foetus parce que: «Comme elle ne s'est pas rendue jusqu'au terme de sa grossesse, il n'y a pas eu, à véritablement parler, d'enfant». Dans la décision *Langlois v. Meunier*, [1973] C.S. 301, le juge Vallerand dit, à la p. 305: «Cet enfant à naître n'est certes pas une personne et les principes du droit civil concernant le décès ne peuvent s'y appliquer». Ensuite, dans l'affaire *Assurance-automobile—9*, [1984] C.A.S. 489, à la p. 491, la Commission des affaires sociales du Québec dit:

ance with its earlier decisions cited above (*Assurance-automobile*, AA-10362 and *Assurance-automobile—25*) must conclude that the stillborn child is not a “person” and hence could not be a “victim” within the meaning of section 47 of the *Automobile Insurance Act*”. The Commission’s interpretation of s. 47 was based on their conclusion that the *Civil Code* does not recognize a foetus as a person.

For all of the foregoing reasons we conclude that the articles of the *Civil Code* referred to by the respondent do not generally recognize that a foetus is a juridical person. A foetus is treated as a person only where it is necessary to do so in order to protect its interests after it is born. We note that a similar conclusion was reached by Professor Keyserlingk, a co-ordinator of the Law Reform Commission’s paper, *Crimes Against the Foetus*, op. cit., and an advocate of foetal rights. In a publication entitled *The Unborn Child’s Right to Prenatal Care: A Comparative Law Perspective* (1983), he writes at p. 16:

The emphasis of the *Civil Code* on patrimonial rights of the unborn and the suspensive condition of viable birth do not manifest an effective or explicit concern for the person and well-being of the unborn child as such and while still unborn. The available anticipatory mechanism of curatorship to the womb, and the acknowledged patrimonial rights, for all practical purposes only constitute protections of the unborn child’s property in anticipation of birth.

This conclusion—that none of the articles discussed above recognizes a foetus as a juridical person—can be applied to the task of interpreting the general terms used in art. 18 of the *Civil Code*, as discussed earlier. This application leads directly to the conclusion that the term “human being” in art. 18 was not meant to include foetuses. We appreciate that some authors disagree with this conclusion (e.g., A. Mayrand, *L’inviolabilité de la personne humaine* (1975)), but note that it is supported by a number of academic commentators. Professor Rivet states in her article, loc. cit., at pp. 74-75:

«[L]a Commission, en accord avec ses décisions antérieures précitées (*Assurance-automobile*, AA-10362 et *Assurance-automobile—25*), se doit de conclure que l’enfant mort-né n’est pas une «personne» et que, partant, il ne saurait être une «victime» au sens de l’article 47 de la *Loi sur l’assurance automobile*». La Commission a fondé son interprétation de l’art. 47 sur sa conclusion que le *Code civil* ne reconnaît pas le foetus comme une personne.

Pour tous les motifs qui précèdent, nous concluons que les articles du *Code civil* invoqués par l’intimé ne reconnaissent généralement pas au foetus la personnalité juridique. Le foetus n’est traité comme une personne que dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts après sa naissance. Notons qu’une conclusion semblable a été tirée par le professeur Keyserlingk, qui est un défenseur des droits du foetus et qui a participé en qualité de coordonnateur à la rédaction du document de la Commission de réforme du droit intitulé *Les crimes contre le foetus*, op. cit. Dans une publication portant le titre *The Unborn Child’s Right to Prenatal Care: A Comparative Law Perspective* (1983), il écrit, à la p. 16:

[TRADUCTION] Le fait que le *Code civil* met l’accent sur les droits patrimoniaux de l’enfant à naître et qu’il crée une condition suspensive de viabilité à la naissance ne traduit aucune préoccupation réelle ou explicite à l’égard de la personne et du bien-être de l’enfant à naître en tant que tel et avant sa naissance. La curatelle au ventre et la reconnaissance de droits patrimoniaux ne constituent en réalité que la protection des biens de l’enfant à naître en prévision de sa naissance.

Cette conclusion—qu’aucun des articles analysés ci-dessus ne reconnaît au foetus la personnalité juridique—peut être appliquée à l’interprétation des termes généraux employés à l’art. 18 du *Code civil*, dont il a déjà été question. Cela nous mène directement à la conclusion que l’expression «être humain» à l’art. 18 n’est pas destinée à comprendre le foetus. Nous savons que certains auteurs rejettent cette conclusion (p. ex., A. Mayrand, *L’inviolabilité de la personne humaine* (1975)), mais nous notons toutefois que plusieurs auteurs l’appuient. Le professeur Rivet affirme dans son article, loc. cit., aux pp. 74 et 75:



[TRANSLATION] Unfortunately, the Quebec legislature has not seen fit to indicate what is meant by "human being", and the preliminary work of the Civil Code Revision Office provides little further clarification.

This article [art. 18] gives us no indication as to the time when legal personality begins, and in the absence of any other provision we are accordingly forced to recognize that the civil law rules, which have not been amended by this new article, are still those which have traditionally been recognized: legal personality begins at birth and ends at death, and analysing the legal status of the unborn child is in civil law certainly not the same thing as analysing the legal status of the human being. [Emphasis added.]

Professor Keyserlingk reaches a similar conclusion in his article "A Right of the Unborn Child to Prenatal Care—The Civil Law Perspective", *loc. cit.*, where he states at p. 62 that "There is no evidence whatsoever that those actual or proposed articles [18 and 19] were intended to include the unborn child within the meaning of 'human being' ". And, finally, we note that Baudouin (now a Justice of the Court of Appeal of Quebec) and Renaud, in a comment on art. 18 in their *Code civil annoté* (1989), vol. 1, say, at p. 39:

[TRANSLATION] For the newborn to be considered a human being he must be born alive and viable, that is, he must have an existence completely independent from that of his mother.

Other authors have reached a similar conclusion. (For example, P. Garant, "Fundamental Rights and Fundamental Justice", in Beaudoin and Ratushny eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 331, at pp. 337-38:

Article 18 of the *Civil Code* provides that "every human being possesses juridical personality"; section 1 of the Québec *Charter of Human Rights and Freedoms* is to the same effect. Neither the *Civil Code* nor the Quebec legislature has indicated precisely when legal personality begins; the cases indicate that it is with birth: . . . .)

Thus the overall conclusion to this discussion of the *Civil Code* is that the Code does not generally accord a foetus legal personality. We note that this conclusion answers the argument mentioned in the

Malheureusement, le législateur québécois n'a pas cru bon de préciser ce qu'il entendait par être humain et les travaux préliminaires de l'Office de Revision du Code civil ne nous éclairent guère davantage.

Cet article [l'art. 18] ne nous donne aucune indication sur le moment où la personnalité juridique commence et en l'absence d'autres dispositions, nous sommes donc obligés de reconnaître que les principes de droit civil, qui n'ont pas été modifiés par ce nouvel article, restent ceux connus traditionnellement: la personnalité juridique commence à la naissance pour se terminer à la mort et étudier la condition juridique de l'enfant non encore né n'équivaut sûrement pas en droit civil à étudier la condition juridique de la personne humaine. [Nous soulignons.]

Le professeur Keyserlingk arrive à une conclusion semblable dans son article «A Right of the Unborn Child to Prenatal Care—The Civil Law Perspective», *loc. cit.*, à la p. 62, où il dit: [TRANSLATION] «Rien n'indique que ces articles existants ou proposés [18 et 19] sont destinés à inclure l'enfant non encore né dans l'expression «être humain»». Finalement, nous remarquons que Baudouin (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec) et Renaud, en commentant l'art. 18 dans leur *Code civil annoté* (1989), vol. 1, disent, à la p. 39:

Pour qu'un nouveau-né soit considéré comme un être humain, il faut qu'il soit né vivant et viable, c'est-à-dire qu'il ait une vie totalement indépendante de celle de sa mère.

D'autres auteurs sont arrivés à la même conclusion. (Par exemple, P. Garant, «Droits fondamentaux et justice fondamentale», dans Beaudoin et Ratushny éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2<sup>e</sup> éd. 1989), 381, à la p. 389:

Suivant l'article 18 du *Code civil* «tout être humain possède la personnalité juridique»; l'article 1 de la *Charte québécoise des droits et libertés* est au même effet. Ni le code ni le législateur québécois n'ont précisé quand commence la personnalité juridique; la jurisprudence en a déduit que c'est à la naissance: . . .)

La conclusion générale qui s'impose au terme de notre analyse du *Code civil* est donc que celui-ci ne reconnaît généralement pas au foetus la personnalité juridique. Cette conclusion répond à l'argu-

introduction to this section to the effect that regardless of the status of the foetus under the Quebec *Charter* the injunction could be sustained under the *Civil Code* alone.

(c) *Foetal Rights in Anglo-Canadian Law*

While Anglo-Canadian law is not determinative in establishing the meaning to be given to general terms in the Quebec *Charter* it is instructive to consider the legal status of a foetus in that body of jurisprudence. It is useful to do so as well to avoid the repetition of the appellant's experience in the common law provinces.

The Law Reform Commission paper, *Crimes Against the Foetus*, op. cit., at pp. 6-8, provides a summary of the legal treatment of abortion in Anglo-Canadian law:

Equally profound are the changes found in the common law tradition. In the thirteenth century Bracton considered all abortion homicide. In the seventeenth century Coke considered it no crime prior to quickening, a serious crime after quickening and murder if the aborted child was born alive and died soon after. In 1803 Lord Ellenborough's Act made all abortions criminal, punishing abortions after quickening with death and abortions prior to quickening with a lesser penalty. In 1837 the distinction as to quickening was dropped and capital punishment for abortion was abandoned. In 1939 case law recognized a limited defence of necessity to preserve the mother's life. Finally, in 1967 the British Parliament allowed medical abortions where continued pregnancy would involve risk to the life or physical or mental health of the pregnant woman or her existing children or where there is a substantial risk that the child born would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.

Meanwhile, some evidence of common law respect for the foetus can be found in the law relating to capital punishment. In the eighteenth century, executions of women in a state of pregnancy were suspended until the termination of the pregnancy, usually by birth of the

ment mentionné au début de la présente partie selon lequel, indépendamment du statut du foetus en vertu de la *Charte* québécoise, l'injonction pouvait se fonder uniquement sur le *Code civil*.

<sup>a</sup> c) *Les droits du fœtus dans le droit anglo-canadien*

<sup>b</sup> Quoiqu'on ne puisse décider du sens à prêter à certains termes généraux employés dans la *Charte* québécoise en fonction du droit anglo-canadien, il est instructif d'examiner le statut juridique du foetus dans cette jurisprudence. Il est également utile de le faire pour éviter la répétition, dans les <sup>c</sup> provinces de *common law*, de l'expérience subie par l'appelante.

<sup>d</sup> Le rapport de la Commission de réforme du droit, intitulé *Les crimes contre le fœtus*, op. cit., fait un bref historique de l'attitude adoptée en droit anglo-canadien à l'égard de l'avortement (aux pp. 6 à 8):

<sup>e</sup> Des changements tout aussi profonds ont marqué l'évolution de la common law. Au treizième siècle, Bracton tient tout avortement pour un homicide. Au dix-septième siècle, Coke estime qu'il ne constitue pas un crime avant les premiers mouvements du foetus, mais qu'il s'agit en revanche d'un crime grave à partir de ce moment-là, et d'un meurtre si l'enfant était bel et bien <sup>f</sup> vivant à sa naissance et qu'il soit mort peu après. En 1803, la loi de lord Ellenborough donne un caractère criminel à tous les avortements: l'avortement entraîne la peine de mort s'il est commis après les premiers mouvements du foetus, et une peine moindre s'il est commis <sup>g</sup> avant ce moment. En 1837, on renonce à la distinction fondée sur les premiers mouvements du foetus et on abolit la peine de mort en cas d'avortement. En 1939, la jurisprudence reconnaît jusqu'à un certain point un moyen de défense fondé sur la nécessité de protéger la <sup>h</sup> vie de la mère. En 1967, enfin, le Parlement britannique permet l'avortement thérapeutique dans deux cas: d'une part lorsque la poursuite de la grossesse comporte un risque pour la vie ou la santé physique ou mentale de la femme enceinte ou des enfants qu'elle a déjà, et d'autre <sup>i</sup> part lorsqu'il existe un risque important que l'enfant à naître présente des anomalies physiques ou mentales susceptibles de le handicaper gravement.

<sup>j</sup> Par ailleurs, les règles relatives à la peine capitale témoignent jusqu'à un certain point du respect de la common law pour le foetus. Au dix-huitième siècle, lorsqu'une femme condamnée à mort se trouvait enceinte, son exécution était suspendue jusqu'à la fin de

child. Later it became the practice to order a permanent stay of execution. Later still, in 1931, Parliament passed the Sentence of Death (Expectant Mothers) Act to provide that where a woman convicted of a capital offence is found by the trial jury to be pregnant, she should be sentenced not to death but to imprisonment for life. This was the position until the abolition, therefore, of the death penalty in 1965.

### III. Canadian Law and the Foetus

Pre-confederation Canada largely followed England's example. In 1810 New Brunswick passed a law modelled on Lord Ellenborough's Act prohibiting abortion, though not by the pregnant woman herself. In 1836 Prince Edward Island did the same. In 1837 Newfoundland adopted English criminal law and with it English abortion law. In 1841 Upper Canada in its *Offences against the Person Act* prohibited abortion without distinction as to quickening. In 1842 New Brunswick too abolished the quickening distinction.

Until this time criminalization only affected the abortifacient. In 1849, however, New Brunswick criminalized abortion by the pregnant woman herself. In 1851 Nova Scotia followed suit, and provided in 1864 that the offence could be prosecuted whether the woman was pregnant or not.

At Confederation, criminal law was brought under federal jurisdiction. Accordingly, in 1869 Parliament consolidated the criminal law applicable to all the provinces and adopted abortion provisions identical with those obtaining in New Brunswick, with a penalty of life imprisonment. Finally in 1892 the first *Criminal Code* was enacted. The 1892 *Code* contained various provisions concerning birth related offences. Among others were sections 271-272. Sub-section 271(1) made it an indictable offence subject to life imprisonment to cause the death of a child not yet a human being, in such manner that it would have been murder if such child had been born—a provision which was added possibly to clarify that late destruction of the foetus, while not technically procuring a miscarriage and therefore abortion, was nonetheless criminal. This provision was subject to a defence of acting in good faith to preserve the life of the mother (sub-section 271(2)). Section 272 made it a crime punishable with life imprisonment to

la grossesse, soit habituellement jusqu'à la naissance de l'enfant. Plus tard, la coutume voudra que l'on ordonne la suspension définitive de l'exécution. Puis, après l'adoption en 1931 du *Sentence of Death (Expectant Mothers) Act*, la femme déclarée coupable d'un crime capital mais que le jury reconnaissait enceinte, devait être condamnée non pas à la peine de mort, mais à l'emprisonnement à perpétuité. Cette règle est donc restée en vigueur jusqu'à l'abolition de la peine de mort en 1965.

### III. Le droit canadien

Le Canada d'avant 1867 a dans une très large mesure suivi l'exemple de l'Angleterre. Ainsi, en 1810, le Nouveau-Brunswick adopte un texte inspiré de la loi de lord Ellenborough, qui interdit l'avortement sauf lorsqu'il est pratiqué par la femme elle-même. En 1836, des dispositions semblables entrent en vigueur à l'Île-du-Prince-Édouard. En 1837, Terre-Neuve fait sien le droit pénal anglais, y compris les règles sur l'avortement. En 1841, le Parlement du Haut-Canada interdit l'avortement, sans aucune distinction quant aux premiers mouvements du fœtus, par le moyen du *Offences against the Person Act*. En 1842, la distinction relative aux premiers mouvements du fœtus est également abolie au Nouveau-Brunswick.

Jusqu'à ce moment-là, le crime d'avortement ne pouvait être reproché qu'à l'avorteur. Mais en 1849, le Nouveau-Brunswick décide de réprimer pénalement l'avortement pratiqué par la femme enceinte elle-même. La Nouvelle-Écosse fait de même en 1851 et légifère à nouveau en 1864 pour déclarer que l'infraction peut être poursuivie que la femme ait ou non été enceinte.

En 1867, le Parlement fédéral se voit conférer la compétence législative en matière de droit pénal. Il unifie donc en 1869 le droit pénal applicable à toutes les provinces et adopte sur l'avortement des dispositions identiques aux règles en vigueur au Nouveau-Brunswick; l'infraction est punissable de l'emprisonnement à perpétuité. Enfin, le premier *Code criminel* est édicté en 1892. Ce code renferme diverses dispositions qui touchent les infractions relatives à la naissance, dont les articles 271 et 272. Ainsi, selon le paragraphe 271(1), le fait de causer la mort d'un enfant qui n'est pas encore un être humain, d'une manière telle que cela aurait été un meurtre si l'enfant avait déjà été né constitue un acte criminel punissable de l'emprisonnement à perpétuité. Sans doute le législateur a-t-il ajouté cette disposition pour préciser que la destruction tardive du fœtus, si à proprement parler elle ne provoque pas une fausse couche ni par conséquent un avortement, n'en revêt pas moins un caractère criminel. La personne accusée de

attempt to procure a woman's miscarriage whether or not she was with child, and the good faith defence was not available.

In 1969 the abortion provisions were significantly amended. These changes occurred at a time when abortion reforms were taking place in England, the United States and other western countries and when the thalidomide tragedy threw doubt in the minds of many on the appropriateness of forcing continuation of pregnancies in the face of anticipated gross foetal abnormalities. The amendment, contained in sub-sections 251(4-5) created a therapeutic exception to the general abortion provision and a committee structure to implement this exception. This amendment, and indeed the whole abortion section, section 251, was struck down by the Supreme Court of Canada in 1988.

The authors use this description to argue that the foetus has always been protected to some extent in our law. On the other hand, however, from this historical survey it could be argued that abortion has not generally been considered equivalent to murder in our laws and that, therefore, a foetus has not been viewed as having the rights of a person in the full sense.

A number of Anglo-Canadian courts have considered the status of a foetus in cases which are similar to the present appeal. These courts have consistently reached the conclusion that to enjoy rights, a foetus must be born alive. In the leading British case of *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, Baker P. refused a request for an injunction from the husband of a pregnant woman who intended to obtain an abortion and made the following comments, at p. 279:

The first question is whether this plaintiff has a right at all. The foetus cannot, in English law, in my view, have a right of its own at least until it is born and has a separate existence from its mother. That permeates the whole of the civil law of this country (I except the criminal law, which is now irrelevant), and is, indeed, the basis of the decisions in those countries where law is

cette infraction peut, pour sa défense, faire valoir qu'elle a agi de bonne foi afin de préserver la vie de la mère (par. 271(2)). Et aux termes de l'article 272, constitue un crime punissable de l'emprisonnement à perpétuité la tentative de procurer l'avortement d'une femme, enceinte ou non; dans ce cas le moyen de défense fondé sur la bonne foi ne peut être invoqué.

Les dispositions régissant l'avortement ont subi d'importantes modifications en 1969. À cette époque, des réformes avaient été entreprises à ce sujet en Angleterre, aux États-Unis et dans d'autres pays occidentaux. De plus, la tragédie de la thalidomide avait amené bien des gens à s'interroger sur l'opportunité d'obliger la poursuite de la grossesse lorsque l'on s'attend à de graves malformations du fœtus. Les nouvelles dispositions (par. 251(4) et (5)) créaient une exception à la prohibition générale. Elles permettaient l'avortement à des fins thérapeutiques et prévoient la formation de comités pour la mise en œuvre de cette exception. Ces modifications—comme du reste l'ensemble de l'article régissant l'avortement—ont été déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême du Canada en 1988.

Les auteurs utilisent cet historique pour soutenir que le fœtus a toujours été protégé, dans une certaine mesure, par notre droit. Par contre, cet historique permettrait de soutenir aussi qu'en règle générale l'avortement n'a pas été assimilé au meurtre par nos lois et qu'en conséquence, le fœtus n'a pas été considéré comme possédant les droits d'une personne dans le plein sens du terme.

Plusieurs tribunaux anglo-canadiens ont étudié le statut du fœtus dans des cas semblables à celui de l'espèce. Ces tribunaux ont uniformément conclu que, pour avoir des droits, le fœtus doit naître vivant. Dans l'arrêt britannique de principe, *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, le président Baker a rejeté une demande d'injonction que lui avait adressée le mari d'une femme enceinte qui avait l'intention d'interrompre sa grossesse, et a fait les commentaires suivants, à la p. 279:

[TRADUCTION] La première question qui se pose est de savoir si ce demandeur possède même un droit d'action. En droit anglais, le fœtus, selon moi, ne peut avoir de droits qui lui soient propres, du moins avant qu'il naisse et qu'il existe indépendamment de sa mère. Ce principe joue dans tous les aspects du droit civil de ce pays (j'exclus le droit criminel, qui est actuellement sans

founded on the common law, that is to say, in America, Canada, Australia and, I have no doubt, in others.

For a long time there was great controversy whether after birth a child could have a right of action in respect of pre-natal injury. The Law Commission considered that and produced a Working Paper No. 47 in 1973, followed by a Final Report (Law Commission Report, No. 60 (Cmnd. 5709)), but it was universally accepted, and has since been accepted, that in order to have a right the foetus must be born and be a child. There was only one known possible exception which is referred to in the Working Paper at p. 3, an American case, *White v. Yup* (1969) 458 P. 2d 617—where a wrongful “death” of an 8-month-old viable foetus, stillborn as a consequence of injury, led an American court to allow a cause of action, but there can be no doubt, in my view, that in England and Wales the foetus has no right of action, no right at all, until birth. The succession cases have been mentioned. There is no difference. From conception the child may have succession rights by what has been called a “fictional construction” but the child must be subsequently born alive: see per Lord Russell of Killowen in *Elliot v. Lord Joicey* [1935] A.C. 209, 333. [Emphasis added.]

This decision was affirmed by the Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal in England in *C. v. S.*, [1987] 1 All E.R. 1230. A similar conclusion was reached by the High Court of Australia in *Attorney-General v. T* (1983), 46 A.L.R. 275, and by the Family Court of Australia in *F. v. F.*, July 12, 1989 (Lindenmayer J.), unreported. On appeal to the European Commission of Human Rights, the Commission found the decision compatible with the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (1950); see *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408.

In Canada, the *Paton* decision has been followed in two Ontario cases. In *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (Ont. H.C.), aff’d (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (Ont. C.A.), a plaintiff sought an injunction on behalf of unborn persons to prevent a hospital from per-

pertinence) et constitue en fait le fondement des décisions rendues dans les pays de *common law*, c’est-à-dire les États-Unis, le Canada, l’Australie et d’autres aussi sans doute.

a Pendant longtemps, la question de savoir si, après la naissance, un enfant pouvait avoir un droit d’action découlant d’une lésion prénatale a été vivement controversée. La Law Commission s’est penchée sur la question et a produit en 1973 le Document de travail n° 47 suivi d’un rapport final (Law Commission Report N° 60 (Comnd. 5709)), mais il était universellement admis alors, et l’a été par la suite, que, pour jouir d’un droit le foetus doit naître et être un enfant. L’unique exception possible qu’on connaissait, et on en fait mention dans le Document de travail, est l’affaire américaine *White v. Yup* (1969) 458 P. 2d 617, dans laquelle un tribunal américain a reconnu l’existence d’une cause d’action dans le cas d’un foetus viable de huit mois mort-né par suite d’un acte délictuel occasionnant des lésions, mais il ne fait pas de doute, à mon avis, qu’en Angleterre et au Pays de Galles, le foetus ne possède aucun droit d’action, absolument aucun, avant la naissance. On a mentionné les décisions en matière successorale, mais il n’y a aucune différence. Certes, un enfant peut avoir des droits à une succession dès la conception en vertu de ce qu’on a appelé une «interprétation fondée sur une fiction»; l’enfant doit toutefois naître vivant par la suite. Voir les motifs de lord Russell of Killowen dans l’affaire *Elliot v. Lord Joicey* [1935] A.C. 209, à la p. 333. [Nous soulignons.]

f Cette décision a été confirmée par la Cour du Banc de la Reine et par la Cour d’appel d’Angleterre dans l’affaire *C. v. S.*, [1987] 1 All E.R. 1230. La Haute Cour de l’Australie dans l’affaire *Attorney-General v. T* (1983), 46 A.L.R. 275, et le Tribunal de la famille de l’Australie dans l’affaire inédite *F. v. F.* du 12 juillet 1989 (le juge Lindenmayer), sont arrivés à une conclusion semblable. En appel, la Commission européenne des droits de l’homme a conclu que cette décision était compatible avec la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (1950); voir *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408.

Au Canada, la décision *Paton* a été suivie dans deux affaires ontariennes. Dans *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (H.C. Ont.), conf. (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (C.A. Ont.), un demandeur avait sollicité au nom de personnes non encore nées une injonction pour

forming abortions on the ground that, *inter alia*, a foetus has a right to life. The Ontario High Court concluded at p. 699 that "the law has selected birth as the point at which the foetus becomes a person with full and independent rights". The *Dehler* decision was affirmed in a case with similar facts, *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252, where the Ontario High Court specifically stated that the law did not consider a foetus as a person. A similar conclusion was also reached in the Manitoba case of *Diamond v. Hirsch*, Man. Q.B., July 6, 1989 (Hirschfield J.), unreported.

The treatment of a foetus in tort law, property law and family law reveals a similar situation as found under the *Civil Code*, namely, that the foetus has no rights in private law. In the field of tort, it is in fact the Quebec case of *Montreal Tramways*, *supra*, which is most often relied upon for authority in other jurisdictions in Canada (see, e.g., *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.); *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203 (Ont. H.C.)) As stated earlier, the *Montreal Tramways* decision does not recognize foetuses as legal persons. In the field of property law, Anglo-Canadian law, like Quebec law, has allowed a foetus to be a beneficiary of a will or a donation but it has only protected a foetus' interests where the foetus has been born alive and viable (see *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421; *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030, and *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209). In family law, a foetus appears to receive some protection, but, as elsewhere in the law, the rights take effect and are perfected by birth (see *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351 (Man. K.B.), and *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288 (Alta. S.C.))

The issue of foetal protection under provincial child welfare legislation has been discussed in three recent court decisions: *Re Baby R* (1988), 15 R.F.L. (3d) 225 (B.C.S.C.), *Re Children's Aid Society of the City of Belleville and T* (1987), 59

empêcher un hôpital de pratiquer des avortements, notamment parce que le foetus possède un droit à la vie. La Haute Cour de l'Ontario conclut, à la p. 699, qu' [TRADUCTION] «en droit, c'est la naissance qui a été choisie comme le moment où le foetus devient une personne possédant pleinement et indépendamment des droits». La décision *Dehler* a été confirmée dans *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252, une affaire comportant des faits semblables où la Haute Cour de l'Ontario a affirmé spécifiquement qu'en droit le foetus n'est pas considéré comme une personne. La décision manitobaine inédite *Diamond v. Hirsch*, B.R. Man., 6 juillet 1989 (le juge Hirschfield), va dans le même sens.

Le statut du foetus en matière délictuelle, en droit des biens et en droit de la famille révèle une situation similaire à celle qui existe sous le régime du *Code civil*, savoir qu'en droit privé, le foetus n'a pas de droits. Dans le domaine délictuel, c'est en fait l'affaire québécoise *Montreal Tramways*, précitée, qui est le plus souvent invoquée dans d'autres ressorts canadiens (voir, p. ex., *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.); *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203 (H.C. Ont.)) Comme nous l'avons déjà dit, l'arrêt *Montreal Tramways* ne reconnaît pas au foetus la personnalité juridique. En matière de biens, le droit anglo-canadien, tout comme celui du Québec, permet qu'un foetus soit bénéficiaire d'un legs ou d'une donation, mais ne protège ses intérêts que dans les cas où il naît vivant et viable (voir *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421, *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030, et *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209). En droit de la famille, le foetus semble bénéficier d'une certaine protection mais, comme dans d'autres domaines juridiques, ses droits ne s'acquièrent et ne se concrétisent qu'à la naissance (voir *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351 (B.R. Man.), et *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288 (C.S. Alb.))

La question de la protection du foetus en vertu de lois provinciales sur la protection de l'enfance a été traitée dans trois décisions judiciaires récentes: *Re Baby R* (1988), 15 R.F.L. (3d) 225 (C.S.C.-B.), *Re Children's Aid Society of the City*

O.R. (2d) 204 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)), and *Re Children's Aid Society for the District of Kenora and J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)) In the *Belleville* and *Kenora* cases the courts found that each of the foetuses in question was a "child" in need of protection under the *Child and Family Services Act, 1984* and the *Child Welfare Act*, respectively. However, this position is to be contrasted with the approach taken by the British Columbia Supreme Court in *Baby R*, where an opposite conclusion was reached in respect of the term "child" in the British Columbia *Family and Child Service Act*. The position in England supports the conclusion of Macdonnell J. in *Baby R*. In *Re F (in utero)*, [1988] 2 W.L.R. 1288, a prominent case before the English Court of Appeal, it was held that a foetus did not have, at any stage of its development, a separate existence from its mother, and therefore the court could not extend its wardship jurisdiction to a foetus.

To conclude: in light of this treatment of foetal rights in civil law and, in addition, the consistency to be found in the common law jurisdictions, it would be wrong to interpret the vague provisions of the Quebec *Charter* as conferring legal personhood upon the foetus.

This concludes the discussion of the appellant's "substantive rights" argument in so far as it is based upon Quebec legislation. It should be noted that because of the way we have decided the question of "foetal rights", it was unnecessary to consider the second aspect of the "substantive rights" argument; i.e., the claim that even if foetal rights do exist they could not justify compelling a woman to carry a foetus to term.

(2) The Canadian Charter of Rights and Freedoms

While the primary argument advanced in support of the injunction was founded upon Quebec law, the respondent and certain of the interveners

*of Belleville and T* (1987), 59 O.R. (2d) 204 (C. prov. Ont. (Div. fam.)), et *Re Children's Aid Society for the District of Kenora and J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249 (C. prov. Ont. (Div. fam.))

<sup>a</sup> Dans les décisions *Belleville* et *Kenora*, les tribunaux ont statué que chacun des foetus en question était un «enfant» qui avait besoin de protection en vertu respectivement de la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille* et de la *Loi sur le bien-être de l'enfance*. Cette position fait cependant contraste avec celle adoptée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui, dans la décision *Baby R*, est arrivée à la conclusion contraire relativement au mot anglais «child»

<sup>b</sup> («enfant») employé dans la *Family and Child Service Act* de la Colombie-Britannique. La position anglaise appuie la conclusion du juge Macdonnell dans la décision *Baby R*. En effet, dans la cause célèbre *Re F (in utero)*, [1988] 2 W.L.R. 1288, la Cour d'appel d'Angleterre a conclu qu'à aucun stade de son développement, le foetus n'avait d'existence indépendante de celle de sa mère et que la cour ne pouvait donc pas exercer à l'égard du

<sup>c</sup> foetus sa compétence de tutelle.

Pour conclure: vu ce traitement des droits du foetus en droit civil et de surcroît l'uniformité constatée dans les ressorts de *common law*, ce

<sup>f</sup> serait une erreur que d'interpréter les dispositions vagues de la *Charte* québécoise comme conférant la personnalité juridique au foetus.

Voilà qui termine notre examen de l'argument de l'appelante relatif aux «droits substantifs» en autant que cet argument se fonde sur la législation québécoise. Il est à noter qu'étant donné notre décision sur la question des «droits du foetus», il n'a

<sup>g</sup> pas été nécessaire d'étudier le second aspect de l'argument relatif aux «droits substantifs», savoir que, même dans l'hypothèse de l'existence de droits du foetus, ceux-ci ne sauraient justifier que l'on contraigne une femme à porter un foetus à

<sup>h</sup> terme.

(2) La Charte canadienne des droits et libertés

Bien que l'argument principal invoqué à l'appui de l'injonction soit fondé sur le droit du Québec, l'intimé et certains intervenants ont aussi indiqué

also suggested that the Canadian *Charter* might provide an independent basis on which to sustain the injunction.

This argument rests on the assertion that a foetus is included within the term "everyone" as used in s. 7 of the Canadian *Charter* and, therefore, it has a right to "life, liberty and security of the person". Section 7, repeated here, reads:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

In our view, it is not necessary in the context of the present appeal to address this issue. This is a civil action between two private parties. For the Canadian *Charter* to be invoked there must be some sort of state action which is being impugned (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; and *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342). The argument which alleges that the *Charter* can, on its own, support the injunction at issue fails to impugn any state action. The respondent pointed to no "law" of any sort which he can claim is infringing his rights or anyone else's rights. The issue as to whether s. 7 could be used to ground an affirmative claim to protection by the state was not raised. Neither the respondent nor any of the interveners who referred to the Canadian *Charter* as a possible basis for the injunction challenged the correctness of *Dolphin Delivery* or offered any basis upon which it could be distinguished and, accordingly, it provides a full answer to the *Charter* argument.

As we have indicated, the Court decided in its discretion to continue the hearing of this appeal although it was moot, in order to resolve the important legal issue raised so that the situation of women in the position in which Ms. Daigle found herself could be clarified. It would, however, be quite a different matter to explore further legal issues which need not be examined in order to achieve that objective. The jurisprudence of this Court indicates that unnecessary constitutional pronouncement should be avoided: *Morgentaler (No. 2)*, *supra*, at p. 51; *Borowski*, *supra*; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330

que la *Charte* canadienne pourrait fournir une base distincte à l'injonction.

Cet argument repose sur l'affirmation que le terme «chacun» employé à l'art. 7 de la *Charte* canadienne comprend le fœtus, qui jouit de ce fait du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Il convient de citer de nouveau l'art. 7:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

À notre avis, il n'est pas nécessaire dans le cadre de ce pourvoi de traiter cette question. Il s'agit d'une action civile entre deux particuliers. Pour que la *Charte* canadienne puisse être invoquée, l'État doit avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342). L'argument selon lequel la *Charte* suffit par elle-même pour fonder l'injonction en cause ne constitue pas une attaque dirigée contre un acte de l'État. L'intimé n'a cité aucune «loi» dont il peut affirmer qu'elle porte atteinte à ses droits ou à ceux d'autrui. On n'a pas soulevé la question de savoir si l'art. 7 pourrait servir de fondement à une demande de protection par l'État. Ni l'intimé ni les intervenants qui ont invoqué la *Charte* canadienne comme base possible de l'injonction n'ont contesté le bien-fondé de l'arrêt *Dolphin Delivery* ni offert de raison de distinguer cet arrêt de l'espèce. En conséquence, cet arrêt permet de répondre entièrement à l'argument fondé sur la *Charte*.

Comme nous l'avons souligné, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de poursuivre l'audition du pourvoi bien qu'il fût devenu théorique, afin de résoudre l'importante question juridique qu'il soulevait et donner ainsi des éclaircissements sur la situation des femmes se trouvant à faire face aux difficultés rencontrées par M<sup>me</sup> Daigle. Ce serait tout autre chose cependant de traiter d'autres questions juridiques qu'il n'est pas nécessaire d'aborder pour atteindre cet objectif. La jurisprudence de notre Cour indique qu'il convient d'éviter en matière constitutionnelle toute déclaration inutile: *Morgentaler (n° 2)*, précité, à la p. 51;



(P.C.), at p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, at p. 915.

### (3) "Father's Rights"

The argument based upon "father's rights" (more accurately referred to as "potential father's rights") is the third and final basis on which the substantive rights necessary to support the impugned injunction might be founded. This argument would appear to be based on the proposition that the potential father's contribution to the act of conception gives him an equal say in what happens to the foetus. Little emphasis was put on this argument in the appeal. It was alluded to by several of the parties in an indirect fashion, although it does appear to have been accepted by both Viens J. in the Superior Court and LeBel J.A. in the Court of Appeal.

There does not appear to be any jurisprudential basis for this argument. No court in Quebec or elsewhere has ever accepted the argument that a father's interest in a foetus which he helped create could support a right to veto a woman's decisions in respect of the foetus she is carrying. A number of cases in various jurisdictions outside of Quebec have considered this argument and explicitly rejected it: *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, *supra*; *Medhurst v. Medhurst*, *supra*; *Whalley v. Whalley* (1981), 122 D.L.R. (3d) 717 (B.C.S.C.); *Mock v. Brandenburg* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 235 (Q.B.); *Doe v. Doe*, 314 N.E.2d 128 (Mass. 1974); *Jones v. Smith*, 278 So.2d 339 (Fla. Dist. Ct. App. 1973). We have been unable to find a single decision in Quebec or elsewhere which would support the allegation of "father's rights" necessary to support this injunction. There is nothing in the *Civil Code* or any legislation in Quebec which could be used to support the argument. This lack of a legal basis is fatal to the argument about "father's rights".

### V—Conclusion

The conclusion to the foregoing discussion is that the foundation of substantive rights on which the injunction could possibly be founded is lacking.

*Borowski*, précité; *John Deere Plow Co. v. Whar-ton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), à la p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, à la p. 915.

### <sup>a</sup> (3) Les «droits du père»

<sup>b</sup> L'argument relatif aux «droits du père» (plus exactement «droits du père en puissance») constitue le troisième et dernier fondement possible des droits substantifs dont l'existence est nécessaire pour justifier l'injonction contestée en l'espèce. Cet argument paraît reposer sur la proposition que le père en puissance, en raison de sa participation à la conception, possède un droit égal de décider du sort du foetus. On n'a pas beaucoup insisté sur cet argument au cours des débats. Plusieurs parties y ont fait allusion de façon indirecte, mais il semble avoir été retenu par le juge Viens en Cour supérieure et par le juge LeBel en Cour d'appel.

<sup>c</sup> L'argument paraît dénué de tout fondement jurisprudenciel. Aucun tribunal du Québec ni d'ailleurs, n'a jamais admis l'argument voulant que l'intérêt du père à l'égard d'un foetus qu'il a engendré puisse fonder le droit d'opposer un veto aux décisions d'une femme relativement au foetus qu'elle porte. Plusieurs juridictions en dehors du Québec ont examiné et explicitement rejeté cet argument: *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, précité; *Medhurst v. Medhurst*, précité; *Whalley v. Whalley* (1981), 122 D.L.R. (3d) 717 (C.S.C.-B.); *Mock v. Brandenburg* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 235 (B.R.); *Doe v. Doe*, 314 N.E.2d 128 (Mass. 1974); *Jones v. Smith*, 278 So.2d 339 (Fla. Dist. Ct. App. 1973). Nous n'avons pu trouver une seule décision, au Québec ou ailleurs, qui appuie l'allégation de l'existence des «droits du père» nécessaires pour fonder l'injonction en cause. Rien dans le *Code civil* ni dans aucune loi québécoise ne peut être invoqué au soutien de cet argument. Cette absence de tout fondement juridique est fatal pour l'argument relatif aux «droits du père».

### V—Conclusion

<sup>d</sup> La conclusion à tirer de l'analyse qui précède est qu'il n'existe pas de droits substantifs qui puissent fonder l'injonction en cause. Cela suffit pour déci-

It is unnecessary to go any further in order to decide that this appeal should succeed. We therefore conclude that the appeal should be allowed. As stated in the Court's original decision, there will be no order as to costs in the appeal.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Cliche & Cliche, Val D'Or.*

*Solicitors for the respondent: Kélada, Binda, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Ste-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League (CARAL): Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Goyette, Cossette & Associés, Montréal.*

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

*Solicitors for the intervener the Campaign Life Coalition: Greenspan, Rosenberg, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Physicians for Life and the Association des médecins du Québec pour le respect de la vie: Nelligan & Power, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener REAL Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.*

der en faveur de l'appelante. Nous concluons en conséquence que le pourvoi doit être accueilli. Comme en a statué la Cour dans sa décision initiale, il n'y aura pas d'adjudication de dépens <sup>a</sup> relativement au pourvoi.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Cliche & Cliche, Val D'Or.*

*Procureurs de l'intimé: Kélada, Binda, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA): Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Goyette, Cossette & Associés, Montréal.*

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

*Procureurs de l'intervenante la Campaign Life Coalition: Greenspan, Rosenberg, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Canadian Physicians for Life et l'Association des médecins du Québec pour le respect de la vie: Nelligan & Power, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant REAL Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.*

**Lac Minerals Ltd. Appellant**

v.

**International Corona Resources Ltd.  
Respondent**INDEXED AS: LAC MINERALS LTD. v. INTERNATIONAL  
CORONA RESOURCES LTD.

File No.: 20571.

1988: October 11, 12; 1989: August 11.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and  
Sopinka JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Commercial law — Confidentiality — Mining companies discussing possible joint venture — Confidential exploration results disclosed during discussions — High potential property adjacent to lands of exploration company — Mining company in receipt of information purchasing property for own use — Whether or not company in breach of duty respecting confidences — Whether or not company in breach of fiduciary duty — If so, the appropriate remedy.*

*Industrial and intellectual property — Trade secrets — Confidentiality — Mining companies discussing possible joint venture — Confidential exploration results disclosed during discussions — High potential property adjacent to lands of exploration company — Mining company in receipt of information purchasing property for own use — Whether or not company in breach of duty respecting confidences — If so, the appropriate remedy.*

*Trusts and trustees — Fiduciary duty — Trade secrets — Confidentiality — Mining companies discussing possible joint venture — Confidential exploration results disclosed during discussions — High potential property adjacent to lands of exploration company — Mining company in receipt of information purchasing property for own use — Whether or not company in breach of fiduciary duty — If so, the appropriate remedy.*

**Lac Minerals Ltd. Appelante**

c.

**a International Corona Resources Ltd. Intimée**RÉPERTORIÉ: LAC MINERALS LTD. c. INTERNATIONAL  
CORONA RESOURCES LTD.*b* N° du greffe: 20571.

1988: 11, 12 octobre; 1989: 11 août.

*c* Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest  
et Sopinka.

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

*a Droit commercial — Renseignements confidentiels — Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe — Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions — Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration — La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage — La compagnie a-t-elle violé une obligation fondée sur des rapports de confiance? — La compagnie a-t-elle violé une obligation fiduciaire? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?*

*f Propriété industrielle et intellectuelle — Secrets commerciaux — Renseignements confidentiels — Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe — Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions — Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration — La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage — La compagnie a-t-elle violé une obligation fondée sur des rapports de confiance? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?*

*i Fiducies et fiduciaires — Obligation fiduciaire — Secrets commerciaux — Renseignements confidentiels — Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe — Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions — Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration — La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage — La compagnie a-t-elle violé une obligation fiduciaire? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?*

*Remedies — Unjust enrichment — Restitution — Constructive trust — Nature of constructive trust — When constructive trust available.*

International Corona Resources Ltd., a junior mining company, carried out an extensive exploration program and made arrangements to attempt to acquire the Williams property. Representatives from a senior mining company, Lac Minerals, read of the test results in a public newsletter and arranged to visit the Corona property. Corona showed the Lac representatives confidential geological findings and disclosed the geological theory of the site and the importance of the Williams property. Detailed private information was left with Lac officials during further discussions about development and financing options. Corona was advised by Lac to aggressively pursue the Williams property. The matter of confidentiality was not raised.

The Lac representatives, after their visit to Corona's site, instructed their personnel to gather information on the area in question and to stake favorable claims east of the Corona property. Lac acquired the Williams property but never informed Corona at any time of its intention of acquiring that property. Later negotiations between Lac and Corona for the Williams property to be turned over to Corona failed.

Corona, after its relationship with Lac had ended, concluded various agreements with Teck Corporation. These agreements provided for a joint venture in developing a mine on the Corona property and purported to give Teck a 50 per cent interest in the fruits of Corona's lawsuit against Lac, with Teck agreeing to pay certain costs.

The trial judge concluded that Lac and Corona had not concluded a binding contract but found Lac liable under the two other possible heads of liability, breach of confidence and breach of fiduciary duty. He decided that the appropriate remedy for breach of fiduciary duty was the return of the Williams property to Corona but allowed Lac's claim for a lien for the cost of improvements, and the amounts paid to Williams excluding royalty payments. The actual amount spent by Lac on developing the property was discounted to take into account the fact that Corona, if it had not been deprived of the Williams property, would have expended less to develop the property. Both parties were given the option of undertaking a reference to determine the amount Lac had spent to develop the Williams property. Lac was ordered to transfer the property to Corona upon pay-

*Réparations — Enrichissement sans cause — Restitution — Fiducie par interprétation — Nature de la fiducie par interprétation — Quand peut être imposée une fiducie par interprétation?*

International Corona Resources Ltd., une petite compagnie minière, avait mis en œuvre un large programme d'exploration et pris certaines dispositions pour essayer d'acquérir le bien-fonds Williams. Des représentants d'une grande compagnie minière, Lac Minerals, ont lu les résultats des tests dans un bulletin d'information public et ont fait le nécessaire pour visiter le terrain de Corona. Celle-ci a montré aux représentants de Lac des résultats géologiques confidentiels et a révélé la théorie géologique concernant l'endroit ainsi que l'importance du bien-fonds Williams. Des renseignements détaillés et privés ont été confiés aux représentants de Lac pendant des discussions ultérieures concernant la mise en valeur et le financement. Lac a conseillé à Corona de poursuivre agressivement l'acquisition du bien-fonds Williams. La question de la confidentialité n'a pas été soulevée.

Après la visite du terrain de Corona, les représentants de Lac ont demandé à leur personnel de recueillir des renseignements sur la région et de jalonner des claims prometteurs à l'est du terrain de Corona. Lac a fait l'acquisition du bien-fonds Williams, mais n'a jamais informé Corona de son intention de faire l'acquisition de ce terrain. Les négociations ultérieures entre Lac et Corona pour la remise à Corona du bien-fonds Williams ont échoué.

Corona, après la fin de ses rapports avec Lac, a conclu diverses ententes avec Teck Corporation. Ces ententes prévoient une entreprise conjointe en vue de la mise en valeur d'une mine sur le terrain de Corona et donneraient à Teck une part de 50 p. 100 dans le produit des poursuites judiciaires intentées par Corona contre Lac, Teck acceptant de payer certains dépenses.

Le juge de première instance a décidé que Lac et Corona n'avaient pas conclu de contrat valide mais a jugé Lac responsable sur les deux autres fondements, savoir l'abus de confiance et le manquement à l'obligation fiduciaire. Il a décidé que la réparation appropriée pour le manquement à l'obligation fiduciaire était la restitution du bien-fonds Williams à Corona, mais il a accordé le privilège revendiqué par Lac pour le coût des améliorations et pour les sommes versées à Williams, à l'exception des redevances. Le montant réellement dépensé par Lac pour la mise en valeur du terrain a été réduit pour tenir compte du fait que si Corona n'avait pas été privée du bien-fonds Williams, elle aurait dépensé un montant moindre pour la mise en valeur. Les parties avaient la faculté de demander par renvoi la fixation du montant dépensé par Lac pour mettre en

ment by Corona to Lac of these amounts. A reference was also ordered to determine the amount of the profits obtained by Lac from the Williams property. Lac was ordered to pay the amount of such profits to Corona with interest. Damages were assessed on the principles applicable to breach of fiduciary duty in the event that, on appeal, a court should decide that damages were the appropriate remedy.

The Court of Appeal affirmed the findings of the trial judge with respect to breach of confidence and fiduciary duty. It also confirmed the remedy but added that a constructive trust was an appropriate remedy for both the breach of confidence and fiduciary duty. The court did not deal with the appellant's attack on the assessment of damages.

Three main issues were raised in this appeal: (1) did a fiduciary relationship exist between Corona and Lac which was breached by Lac's acquisition of the Williams property? (2) did Lac misuse confidential information obtained by it from Corona and thereby deprive Corona of the Williams property? and, (3) if either question were answered affirmatively, what was the appropriate remedy?

*Held* (McIntyre and Sopinka JJ. dissenting in part): The appeal and cross-appeal should be dismissed.

*Per* La Forest J.: Lac breached a duty of confidence owed to Corona. The test for whether there has been a breach of confidence involves establishing three elements: (1) that the information conveyed was confidential; (2) that it was communicated in confidence; and (3) that it was misused by the party to whom it was communicated. Corona had communicated private, unpublished information and, although the matter of confidence had not been raised, there was a mutual understanding between the parties that they were working towards a joint venture and that valuable information was communicated to Lac under circumstances giving rise to an obligation of confidence. The information provided by Corona was the springboard that led to Lac's acquisition of the Williams property. This use had not been authorized by Corona.

The receipt of confidential information in circumstances of confidence establishes a duty not to use that

valeur le bien-fonds Williams. Il a été ordonné à Lac de transférer le bien-fonds à Corona dès que celle-ci aurait payé à Lac les sommes en question. De plus, un renvoi a été ordonné pour la détermination du montant des bénéfices que Lac avait tirés du bien-fonds Williams. On a ordonné à Lac de verser cette somme à Corona avec intérêts. Le montant des dommages-intérêts payables a été déterminé selon les principes applicables au manquement à une obligation fiduciaire, au cas où, en appel, une cour déciderait qu'il y a lieu d'accorder une réparation sous forme de dommages-intérêts.

La Cour d'appel a confirmé les conclusions du premier juge relativement à l'abus de confiance et au manquement à l'obligation fiduciaire. Elle a en outre approuvé la réparation accordée, ajoutant toutefois que la fiducie par interprétation était une réparation appropriée tant pour l'abus de confiance que pour le manquement à l'obligation fiduciaire. La cour n'a pas traité de la contestation par l'appelante du montant des dommages-intérêts.

Ce pourvoi soulève trois questions principales: (1) Existait-il des rapports fiduciaires entre Corona et Lac et cette dernière, en faisant l'acquisition du bien-fonds Williams, a-t-elle manqué aux obligations en résultant? (2) Lac a-t-elle fait un usage abusif de renseignements confidentiels obtenus de Corona, la privant ainsi du bien-fonds Williams? (3) Quelle est la réparation appropriée dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première ou à la deuxième question?

*Arrêt* (les juges McIntyre et Sopinka sont dissidents en partie): Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

*Le juge* La Forest: Lac a manqué à une obligation fondée sur des rapports de confiance qu'elle avait envers Corona. Le critère applicable pour décider s'il y a eu abus de confiance consiste à établir la présence de trois éléments: (1) le caractère confidentiel des renseignements confiés; (2) leur communication à titre confidentiel; et (3) leur emploi abusif par la personne à laquelle ils ont été communiqués. Corona a communiqué des renseignements qui étaient privés et qui n'avaient pas été publiés et bien qu'il n'ait pas été fait mention du caractère confidentiel il était entendu entre les parties qu'elles travaillaient en vue d'une entreprise conjointe et que des renseignements précieux étaient confiés à Lac dans des circonstances donnant lieu à une obligation fondée sur des rapports de confiance. Les renseignements communiqués par Corona ont servi de tremplin à l'acquisition du bien-fonds Williams. Leur utilisation à cette fin n'avait pas été autorisée par Corona.

L'obtention de renseignements confidentiels dans le cadre de rapports de confiance crée l'obligation de ne

information for any purpose other than that for which it was conveyed. The relevant question to be asked is what is the confidEE entitled to do with the information, not what is the confidEE prohibited from doing with it, and the onus falls on the confidEE to show that the use of the confidential information was not prohibited. If the information is used for such a prohibited purpose, the confidEE is entitled to a remedy to the extent of the detriment suffered.

Lac acted to Corona's detriment when it used the confidential information to acquire the Williams property which Corona would have otherwise acquired. Lac was uniquely disabled from pursuing property in the area for a period of time; this was not an unacceptable result. It could have either negotiated a relationship with Corona based on the disclosure of confidential information or it could have pursued property in the area for itself on the basis of publicly available information. Lac could not have the best of both worlds.

A constructive trust was the only just remedy here, regardless of whether this remedy was based on breach of confidence or breach of a fiduciary relationship. The remedies available under one head are those available to the other. Given a breach of a duty of confidence, the finding of a fiduciary relationship was not strictly necessary.

The law of confidence and the law relating to fiduciary obligations are not coextensive and yet are not completely distinct. A claim for breach of confidence will only be made out, however, when it is shown that the confidEE has misused the information to the detriment of the confidEE. Fiduciary law, however, is concerned with the duty of loyalty and does not require that harm result. Duties of confidence, unlike fiduciary obligations, can arise outside a direct relationship. Another difference is that breach of confidence also has a jurisdictional base at law, and accordingly can draw on remedies available in both law and equity, whereas fiduciary obligations arise only in equity and can only draw upon equitable remedies.

The following common features provide a rough and ready guide to whether or not a fiduciary obligation should be imposed on a new relationship: (1) the fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that

pas utiliser ces renseignements pour une autre fin que celle en vue de laquelle ces renseignements ont été donnés. La question pertinente à poser est de savoir ce que la personne à qui les renseignements sont confiés peut en faire et non ce qu'il lui est interdit d'en faire et le fardeau lui incombe de prouver que l'utilisation qu'elle a faite des renseignements confidentiels n'était pas prohibée. Si les renseignements sont utilisés à une fin prohibée, la personne qui les a communiqués est en droit d'obtenir réparation dans la mesure du préjudice subi.

Lac a agi au détriment de Corona lorsqu'elle a utilisé les renseignements confidentiels pour acheter le bien-fonds Williams, qu'autrement Corona aurait elle-même acheté. Lac est exceptionnellement empêchée d'acquérir des terrains dans la région pendant un certain temps, mais il ne s'agit pas là d'une conséquence inacceptable. Lac aurait pu négocier avec Corona des rapports fondés sur les renseignements confidentiels divulgués; Lac aurait pu aussi, en se fondant sur des renseignements accessibles au public, chercher à acquérir pour son propre compte des terrains dans la région. Elle ne pouvait cependant jouir des deux avantages à la fois.

La fiducie par interprétation est la seule réparation appropriée en l'espèce, qu'elle soit fondée sur l'abus de confiance ou le manquement à une obligation fiduciaire. Les redressements qui s'offrent dans le premier cas s'offrent également dans le second et, s'il y a un abus de confiance, il n'est pas strictement nécessaire de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire.

Le droit applicable aux rapports de confiance et le droit relatif aux obligations fiduciaires, bien que distincts, sont étroitement liés. L'abus de confiance ne peut être établi que s'il est démontré que celui qui a reçu les renseignements les a utilisés au détriment de celui qui les a communiqués. Le droit relatif aux obligations fiduciaires, qui s'intéresse à l'imposition d'une obligation de loyauté, n'exige pas la preuve qu'il en est résulté un préjudice. Contrairement aux obligations fiduciaires, les devoirs fondés sur des rapports de confiance peuvent exister en l'absence de rapports directs. Une autre distinction tient à ce que l'abus de confiance a aussi un fondement juridictionnel en *common law*, alors que les obligations fiduciaires viennent de l'*equity*. Dans le premier cas, il existe des recours en *common law* et en *equity*, alors que dans le second, seulement des recours propres à l'*equity*.

Les caractéristiques communes suivantes constituent un guide sommaire et existant pour déterminer si l'imposition d'une obligation fiduciaire à l'égard d'un nouveau rapport est approprié. (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; (2) le fiduciaire peut

power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests; and (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

A fiduciary obligation can arise out of the specific circumstances of a relationship where fiduciary obligations would not normally be expected. One party is entitled to expect that the other will act in his interests in and for the purposes of the relationship. A fiduciary relationship does not normally arise between arm's length commercial parties. The facts here, however, supported the imposition of a fiduciary obligation which Lac breached and may be grouped under the headings: (1) trust and confidence; (2) industry practice; and, (3) vulnerability. They overlapped to some extent.

The relationship of trust and confidence that had developed between Corona and Lac merited significant weight in determining if a fiduciary obligation existed. Both parties would reasonably expect that a legal obligation would be imposed on Lac not to act in a manner contrary to Corona's interest with respect to the Williams property.

Industry practice, while not conclusive, should be given significant weight in determining what Corona could reasonably expect of Lac. The issue was not the legal effect of custom in the industry but rather the importance of the existence of a practice in the industry in determining what could reasonably be expected. The practice in the industry was premised on the disclosure of confidential information in the context of serious negotiations and was so well known that at the very least Corona could reasonably expect Lac to abide by it. The practice was neither vague nor uncertain.

Vulnerability or its absence is not conclusive of the question of fiduciary obligation. It, however, must be considered when found in determining if the facts give rise to a fiduciary obligation. Corona was vulnerable to Lac and this vulnerability was a factor deserving of considerable weight in the identification of a fiduciary obligation. Given industry practice, Corona would not expect Lac to use this information to Corona's detriment. The fact that Corona did not protect itself with a confidentiality agreement, which would confirm what everyone knew, should not be reason to deny the existence of a fiduciary obligation. Confidentiality agreements should not be presumed where it is not established that the entering of confidentiality agreements is a common, usual or expected course of action, particularly when the law of fiduciary obligations can operate to

unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire; et (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

L'obligation fiduciaire peut se présenter en vertu des circonstances propres à des rapports donnés où on ne s'attendrait pas normalement à la trouver. Chaque partie est en droit de s'attendre à ce que l'autre agisse dans son intérêt pour les fins des rapports concernés. Des rapports fiduciaires n'existent généralement pas entre des parties qui traitent à distance. Les faits de l'espèce justifient l'imposition d'une obligation fiduciaire qui a été violée par Lac et peuvent être regroupés sous trois rubriques: (1) la confiance, (2) la pratique suivie dans l'industrie et (3) la vulnérabilité. Ces facteurs se chevauchent dans une certaine mesure.

Les rapports de confiance qui se sont établis entre Corona et Lac doivent avoir un poids considérable lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existait alors une obligation fiduciaire entre elles. Les deux parties se seraient raisonnablement attendues à ce que Lac soit juridiquement tenue de ne pas agir de façon préjudiciable aux intérêts de Corona relativement au bien-fonds Williams.

La pratique dans l'industrie, bien qu'elle ne soit pas concluante, doit avoir un poids considérable quand il s'agit de déterminer les attentes raisonnables de Corona à l'égard de Lac. La question n'est pas de savoir quel est l'effet juridique de la coutume courante dans l'industrie, mais plutôt quelle est l'importance de l'existence d'une pratique suivie dans l'industrie. La pratique dans l'industrie, qui se fonde sur la divulgation de renseignements confidentiels dans le cadre de négociations sérieuses est tellement connue que Corona pouvait pour le moins raisonnablement s'attendre à ce que Lac la respecte. Elle n'était ni vague ni incertaine.

La vulnérabilité ou son absence ne règle pas la question de l'obligation fiduciaire. Il faut toutefois en tenir compte pour déterminer si les faits donnent naissance à une obligation fiduciaire. Corona était vulnérable vis-à-vis de Lac et cette vulnérabilité est un facteur méritant qu'on lui accorde un poids considérable dans la détermination d'une obligation fiduciaire. Compte tenu de la pratique établie dans l'industrie, Corona ne pouvait s'attendre à ce que Lac se serve de ces renseignements au détriment de Corona. Le fait que Corona ne se soit pas protégée au moyen d'une entente en matière de confidentialité, pour confirmer simplement ce que chacun savait, ne devrait pas être une raison pour nier l'existence d'une obligation fiduciaire. Lorsqu'il n'est pas établi que la conclusion d'ententes en matière de confidentialité est une mesure courante, usuelle ou

protect the reasonable expectations of the parties. There was no reason to clutter normal business practice by requiring a contract.

Business and accepted morality are not mutually exclusive domains. Finding a breach of fiduciary obligation here would not create uncertainty in commercial law or result in *ad hoc* morality determining the rules of commercial conduct.

The constructive trust is but one remedy available in the law of restitution, and will only be imposed in appropriate circumstances. The Court determines whether a claim for unjust enrichment is established, and then examines whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. There is no unanimous agreement on the circumstances in which a constructive trust will be imposed. Some guidelines can, however, be suggested. First, no special relationship between the parties is necessary. Insistence on a special relationship would undoubtedly lead to relationships being created in order to justify the remedy. Secondly, the constructive trust is not reserved for situations where a right of property is recognized. That would limit the constructive trust to its institutional function, and deny to it the status of a remedy, its more important role. A pre-existing right of property need not necessarily exist when a constructive trust is ordered. The imposition of a constructive trust can both recognize and create a right of property. A proprietary remedy, however, should not be imposed whenever it is "just" to do so, unless further guidance can be given as to what those situations may be.

The issue of the appropriate remedy only arises once a valid restitutionary claim has been made out. The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. The facts here supported a claim for unjust enrichment. The constructive trust awards a right in property and should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. More important here was the right of the property holder to have changes in value accrued to its account rather than to the account of the wrongdoer. The moral quality of the defendants' act

escomptée, on ne devrait pas présumer qu'elles existent, particulièrement lorsque le droit régissant les obligations fiduciaires peut avoir pour effet de protéger les attentes raisonnables des parties. Il n'y a aucune raison de compliquer les pratiques commerciales normales en exigeant un contrat.

Les affaires, d'une part, et les principes moraux reconnus, d'autre part, ne sont pas des domaines qui s'excluent mutuellement. Conclure à la violation d'une obligation fiduciaire en l'espèce ne créerait pas d'incertitude en droit commercial ni ne conduirait à la détermination de règles de conduite commerciale fondées sur des jugements moraux posés cas par cas.

La fiducie par interprétation est une réparation parmi d'autres dans le droit en matière de restitution et ne sera imposée que dans les circonstances appropriées. La Cour détermine si l'enrichissement sans cause est établi et ensuite elle se demande si, dans les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée à l'égard de cet enrichissement. Les circonstances dans lesquelles il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation ne font pas l'unanimité, mais on peut néanmoins proposer certaines lignes directrices. Premièrement, l'existence de rapports particuliers entre les parties n'est pas nécessaire. L'exigence de rapports particuliers mènerait sans doute à la création de rapports à la seule fin de justifier la réparation. Deuxièmement, la fiducie par interprétation n'est pas réservée aux situations dans lesquelles un droit de propriété est reconnu. Ce serait cantonner la fiducie par interprétation dans sa fonction institutionnelle et lui refuser sa fonction de réparation qui est son rôle le plus important. Il n'y aura pas toujours un droit de propriété préexistant lorsque sera imposée une fiducie par interprétation. L'imposition d'une fiducie par interprétation peut servir à la fois à reconnaître et à créer un droit de propriété. Toutefois, on ne devrait pas imposer une réparation fondée sur un droit de propriété chaque fois qu'il est «juste» de le faire, à moins de pouvoir expliciter davantage ce que seraient ces situations.

Une demande de restitution valide doit être établie avant que l'on impose une fiducie par interprétation. La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. Les faits de l'espèce étaient la présence d'un enrichissement sans cause. La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, et il n'y a lieu de l'accorder qu'en présence d'un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété. Plus important en l'espèce était le droit du propriétaire de voir inscrire à son compte les changements de valeur



may also be another consideration in determining whether a proprietary remedy is appropriate. The focus of the inquiry, however, should be upon the reasons for recognizing a right of property in the plaintiff, not on the reasons for denying it to the defendant.

The constructive trust was the only appropriate remedy here, given the uniqueness of the Williams property, given the fact Corona would have acquired the property but for Lac's breaches of duty, and given the virtual impossibility of accurately valuing the property. The trial judge's award was confirmed.

*Per Lamer J.:* The evidence here, for the reasons set out by Sopinka J., did not establish the existence of a fiduciary relationship. For the reasons of La Forest and Sopinka JJ., Lac breached a duty of confidence and the proper approach in arriving at the appropriate remedy was that adopted by La Forest J.

*Per Wilson J.:* No ongoing fiduciary relationship arose between the parties by virtue only of their arm's length negotiations towards a mutually beneficial commercial contract for the development of the mine. A fiduciary duty, however, arose in Lac when it was made privy to the confidential information about the Williams property.

Lac's acquisition of the Williams property, which was the subject of a confidence, may also be characterized as a breach of confidence at common law with respect to the information concerning the Williams property.

When the same conduct gives rise to alternate causes of action, one at common law and the other in equity, and the available remedies are different, the Court should consider which will provide the more appropriate remedy to the innocent party and give the innocent party the benefit of that remedy. The remedy of constructive trust is available for breach of confidence as well as for breach of fiduciary duty. Here, the imposition of a constructive trust on Lac with respect to the Williams property, in contrast to an award of damages which depended on valuation techniques, was the only sure way to fully compensate Corona. It also made sure that the wrongdoer would not benefit from his wrongdoing.

*Per McIntyre and Sopinka JJ. (dissenting in part):* When confronted with a relationship that does not fall within one of the traditional categories, such as trustee-beneficiary, the Court must consider if the essential

plutôt qu'au compte de celui qui l'a lésé. Le caractère immoral de l'acte de la défenderesse peut constituer une considération supplémentaire lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu d'accorder une réparation relative à la propriété. Toutefois, il convient de rechercher des motifs de reconnaître au demandeur un droit de propriété, plutôt que des motifs de le refuser au défendeur.

La fiducie par interprétation était la seule réparation appropriée en l'espèce, compte tenu du caractère exceptionnel du bien-fonds Williams et du fait que, n'eût été le manquement de Lac à son obligation, Corona aurait acquis ce bien-fonds, ainsi que du fait qu'il est presque impossible de l'évaluer avec exactitude. La réparation accordée par le juge de première instance a été confirmée.

*Le juge Lamer:* La preuve, pour les raisons exposées par le juge Sopinka, n'établit pas l'existence d'un rapport fiduciaire. Pour les motifs exposés par les juges La Forest et Sopinka, Lac a commis un abus de confiance et la démarche à suivre pour définir la réparation appropriée est celle qu'a adoptée le juge La Forest.

*Le juge Wilson:* Aucun rapport fiduciaire n'a résulté entre les parties du seul fait des négociations qu'elles ont menées sans lien de dépendance en vue de la conclusion d'un contrat commercial, avantageux pour chacune d'elles, pour la mise en exploitation de la mine. Toutefois une obligation fiduciaire a résulté quand Lac a obtenu des renseignements confidentiels au sujet du bien-fonds Williams.

L'acquisition par Lac du bien-fonds Williams, qui était l'objet des rapports de confiance, peut également être qualifiée d'abus de confiance en *common law* quant aux renseignements concernant le bien-fonds Williams.

Quand la même conduite donne naissance à deux causes d'action, l'une en *common law* et l'autre en *equity*, et que les réparations offertes sont différentes, le tribunal devrait déterminer laquelle donnera à la partie lésée la réparation la plus appropriée et devrait l'en faire bénéficier. La réparation que représente la fiducie par interprétation peut être accordée aussi bien pour l'abus de confiance que pour le manquement à une obligation fiduciaire. En l'espèce, la fiducie par interprétation imposée à Lac pour le bien-fonds Williams, par opposition à des dommages-intérêts qui dépendent de techniques d'évaluation, était le seul moyen sûr d'indemniser pleinement Corona. Elle permettait aussi d'assurer que la partie fautive ne tirerait aucun avantage de sa faute.

*Les juges McIntyre et Sopinka (dissidents en partie):* Face à des rapports qui ne relèvent d'aucune catégorie traditionnelle, tels les rapports fiduciaire-bénéficiaire, le tribunal doit se demander si les éléments essentiels d'un

ingredients of a fiduciary relationship are present. A fiduciary obligation may be imposed in relationships where three general characteristics seem to exist: (1) the fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests; and, (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable to the fiduciary holding the discretion. This last feature is indispensable to the existence of the relationship and is very relevant here.

Equity subjects the fiduciary to its strict standards of conduct where a condition of dependency exists. Two caveats must be issued, however. Firstly, the conduct that incurs the censure of a court of equity in the context of a fiduciary duty cannot itself create the duty. And secondly, the receipt and misuse of confidential information cannot of itself create a fiduciary obligation.

No fiduciary duty arose here. The combined effect of a number of factors indicating a fiduciary relationship could not overcome the absence of an element of dependency which is essential to the finding of a fiduciary relationship. The parties here had not as yet identified the type of relationship they wanted, let alone advanced beyond the negotiation stage, and no discretionary power had been conferred on Lac to acquire the Williams property. The state of the negotiations, therefore, did not attract the principle in *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* The fact that Lac sought out Corona did not add very much to the case in favour of a finding that a fiduciary relationship existed. Corona was seeking a senior mining company and Lac responded with an expression of interest. In every commercial venture, one of the parties approaches the other. This is not an *indicium* of a fiduciary relationship. The arrangement as to the geochemical program should not be considered a step in the implementation of a joint venture. The evidence was too sketchy to be able to relate this activity to any proposed agreement between the parties, the nature of which itself was undetermined. The supply of confidential information is not necessarily referable to a fiduciary relationship and was therefore at best a neutral factor.

No practice in the mining industry supported the existence of a fiduciary relationship. In a contract setting, a practice that is notorious and clearly defined and relevant to the business under discussion can readily be

rapport fiduciaire sont présents. Une obligation fiduciaire peut être imposée à l'égard de rapports semblant posséder trois caractéristiques générales: (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire; et (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. La dernière est indispensable à l'existence du rapport et est très pertinente en l'espèce.

L'*equity* soumet le fiduciaire à ses strictes normes de conduite lorsque l'état de dépendance existe. Deux mises en garde s'imposent ici. Tout d'abord, la seule existence d'une conduite qui suscite la réprobation d'une cour d'*equity* dans le contexte d'une obligation fiduciaire ne crée pas elle-même cette obligation. Ensuite, le fait d'obtenir des renseignements confidentiels et de s'en servir à des fins illégitimes ne suffit pas pour faire naître une obligation fiduciaire.

Il n'y avait pas d'obligation fiduciaire en l'espèce. L'effet combiné d'un certain nombre de facteurs indiquant l'existence d'un rapport fiduciaire ne pouvait suppléer à l'absence de l'élément de dépendance qui est essentiel pour conclure à l'existence d'un rapport fiduciaire. Les parties en l'espèce n'étaient pas allées au-delà de l'étape des négociations et n'avaient pas encore précisé la forme que devaient prendre leurs rapports. Corona n'avait conféré à Lac aucun pouvoir discrétionnaire de se porter acquéreur du bien-fonds Williams. Le degré d'avancement des négociations ne rendait pas applicable le principe *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* Le fait que Lac ait fait des démarches auprès de Corona n'ajoute rien en faveur d'une conclusion à l'existence d'un rapport fiduciaire. Corona cherchait l'aide d'une grande société minière et Lac, de son côté, a manifesté de l'intérêt. Dans toutes les entreprises commerciales, l'une des parties fait des démarches auprès de l'autre. Ce n'est pas là un indice de l'existence d'un rapport fiduciaire. L'entente relative au programme géochimique ne représentait pas une étape dans l'exécution d'une entreprise conjointe. La preuve est trop incomplète pour qu'on puisse faire un lien quelconque entre cette activité et tout projet d'entente entre les parties, entente dont la nature était elle-même indéterminée. La communication de renseignements confidentiels n'est pas nécessairement indicatif d'un rapport fiduciaire et demeure tout au plus un facteur neutre.

Aucune pratique de l'industrie minière n'appuie l'existence d'un rapport fiduciaire. Dans un contexte contractuel, une pratique qui est notoire et bien définie et qui se rapporte à l'opération en question doit y être incorporée

incorporated as a term as it can readily be inferred that the parties agreed to it. It is, however, a considerable leap from this principle to erect a fiduciary relationship on the basis of such a practice. Moreover, the evidence, accepted at face value, was more consistent with the obligation of confidence.

The fact that the parties were negotiating towards a common object could not elevate the negotiations to something more. All negotiations seek to achieve a common object—the accomplishment of the business venture for which the partnership or joint venture is sought to be formed.

The element of dependency or vulnerability was virtually lacking. There was clearly no physical or psychological dependency which attracted fiduciary duty here. A dependency of this sort between corporations, while possible, cannot exist when the dealings are between experienced mining promoters who have ready access to geologists, engineers and lawyers. If Corona placed itself in a vulnerable position because Lac was given confidential information, this dependency was gratuitously incurred. Corona could have required Lac to undertake not to acquire the Williams property unilaterally. Corona abandoned any possible contractual claim and so could not obtain contractual protection.

A breach of confidence occurred here. The information that Lac obtained from Corona was confidential. Much of it went beyond what had been disclosed to the public. This information put Lac in a preferred position *vis-à-vis* others with respect to knowledge of the desirability of acquiring Williams property. This information was imparted in circumstances which gave rise to an obligation of confidence. Both parties understood that they were working toward a joint venture or other business arrangement. Finally, Lac's acquisition of the Williams property was a misuse of this information. This acquisition, at best, might not have amounted to a misuse of information had it been done subject to the understanding that it was in the context of working towards a joint venture with Corona.

The court can exercise considerable flexibility in fashioning a remedy for breach of confidence because the action does not rest solely on any one of the traditional jurisdictional bases for action—contract, equity or property—but is *sui generis* and relies on all three. There is scant jurisprudence supporting the imposition of a constructive trust over property acquired as a result of the

comme condition. On peut facilement inférer que c'est ce qu'avaient convenu les parties. Mais de ce principe à la création d'un rapport fiduciaire fondé sur cette pratique, il y a très loin. De plus, la preuve telle quelle est plus compatible avec l'obligation fondée sur des rapports de confiance.

Le fait que les parties négociaient en vue d'atteindre un but commun ne permet pas d'ériger des négociations en quelque chose de plus. Toutes les négociations vise à la réalisation d'un objet commun—mener à bien l'entreprise pour laquelle la société ou l'entreprise conjointe a été envisagée.

L'élément de dépendance ou de vulnérabilité était virtuellement absent. Aucune sorte de dépendance physique ou psychologique n'a fait naître une obligation fiduciaire en l'espèce. Bien qu'une dépendance de ce genre soit possible entre sociétés, cette possibilité est à écarter lorsque, comme c'est le cas ici, il s'agit de promoteurs miniers expérimentés qui ont facilement accès à des géologues, à des ingénieurs et à des avocats. Si Corona s'est placée dans une position de vulnérabilité du fait d'avoir donné à Lac des renseignements confidentiels, alors c'est une dépendance créée tout à fait gratuitement. Corona pouvait exiger que Lac s'engage à ne pas se porter unilatéralement acquéreur du bien-fonds Williams. Corona a abandonné toute réclamation fondée sur un contrat et ne pouvait bénéficier de la protection contractuelle.

Il y a eu abus de confiance. Les renseignements obtenus par Lac auprès de Corona étaient confidentiels. La plupart allaient au-delà de ce qui avait été publié. Ces renseignements ont placé Lac dans une position privilégiée par rapport à autrui en ce sens qu'elle savait qu'il était souhaitable de se porter acquéreur du bien-fonds Williams. Les renseignements avaient été communiqués dans des circonstances faisant naître une obligation de confidentialité. Les deux parties avaient convenu qu'elles travaillaient à une entreprise conjointe ou à quelque autre entreprise. Enfin, l'acquisition par Lac du bien-fonds Williams constituait un emploi abusif de ces renseignements. L'acquisition du terrain, pour mettre les choses au mieux, n'aurait pas constitué un emploi abusif des renseignements si elle avait été faite sous réserve d'une entente selon laquelle elle était faite dans le contexte de l'entreprise conjointe envisagée avec Corona.

Le tribunal dispose d'une latitude considérable quant à la réparation à accorder en cas d'abus de confiance, parce que l'action ne repose pas uniquement sur l'un des fondements traditionnels d'une action—le contrat, l'*equity* ou les biens—mais c'est une action *sui generis* qui puise dans chacun. Il n'y a presque rien dans la jurisprudence et la doctrine qui justifie l'imposition

use of confidential information. A constructive trust is ordinarily reserved for those situations where a right of property is recognized. Although confidential information has some of the characteristics of property, its foothold as such is tenuous. Unjust enrichment has been recognized as having an existence apart from contract or tort under a heading referred to as the law of restitution but a constructive trust is not the appropriate remedy in most cases. There was no reason to extend the use of the constructive trust here.

The conventional remedies for breach of confidence are an accounting of profits or damages. An injunction may be coupled with either of these remedies in appropriate circumstances. In a breach of confidence case, the focus is on the loss to the plaintiff and, as in tort actions, the particular position of the plaintiff must be examined. The object is to restore the plaintiff monetarily to the position he would have been in if no wrong had been committed and is generally achieved by an award of damages. A restitutionary remedy may be appropriate in cases involving fiduciaries because they are required to disgorge any benefits derived from the breach of trust. It would be unjust, however, to impress the whole of the property with a constructive trust when the extent of the connection between the confidential information and the acquisition of the property is uncertain.

The wrong committed by Lac was the acquisition of the Williams property for itself and to the exclusion of Corona. This was contrary to the understanding that the parties were working towards a joint venture or some other business arrangement and constituted a breach of that understanding under which the confidential information was supplied to Lac. As in contract, account must be taken of the fact that but for the breach by Lac, a joint venture agreement would likely have resulted similar to that concluded with Teck. Damages should be assessed accordingly.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Considered:** *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; **referred to:** *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*

d'une fiducie par interprétation sur des biens acquis par l'utilisation de renseignements confidentiels. Normalement, la fiducie par interprétation est réservée pour les cas où l'existence d'un droit de propriété est reconnue.

<sup>a</sup> Quoique les renseignements confidentiels présentent certaines caractéristiques propres à des biens, ils y sont difficilement assimilables. Bien qu'on ait reconnu à l'enrichissement sans cause une existence indépendante des domaines des contrats et de la responsabilité délictuelle

<sup>b</sup> en le classant sous la rubrique du droit en matière de restitution, la fiducie par interprétation n'est pas la réparation appropriée dans la plupart des cas. Il n'y avait aucune raison de l'accorder en l'espèce.

Les réparations normales pour l'abus de confiance sont la reddition de comptes ou l'adjudication de dommages-intérêts. Lorsque cela est indiqué, l'une ou l'autre peut être assortie d'une injonction. Dans le cas de l'abus de confiance, l'accent est mis sur la perte subie par le demandeur et, comme dans les actions délictuelles, il faut examiner la situation particulière du demandeur.

<sup>d</sup> Le but est de le placer dans la situation pécuniaire où il se serait trouvé si aucun délit n'avait été commis et cet objectif est généralement atteint par les dommages-intérêts. La restitution constitue une réparation appropriée dans le cas de fiduciaires parce que ceux-ci sont tenus de se déposséder de tous les avantages tirés du manquement aux obligations fiduciaires. Étant donné l'incertitude qui subsiste quant à l'étroitesse du lien entre les renseignements confidentiels et l'acquisition du bien-fonds, il serait injuste d'assujettir la totalité du bien-fonds à une fiducie par interprétation.

<sup>f</sup>

Le délit commis par Lac était l'acquisition du bien-fonds Williams pour elle-même à l'exclusion de Corona. C'était une violation de l'entente suivant laquelle les parties travaillaient à la réalisation d'une entreprise conjointe ou de quelque autre entreprise et une violation de l'entente en vertu de laquelle Lac avait obtenu les renseignements confidentiels. Comme pour le cas des contrats, il faut prendre en compte le fait que, n'eût été le manquement de Lac, les parties auraient probablement conclu un accord d'entreprise conjointe semblable à celui conclu avec Teck. Les dommages-intérêts devraient être évalués en conséquence.

#### Jurisprudence

<sup>i</sup> Citée par le juge La Forest

**Arrêts examinés:** *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; **arrêts mentionnés;** *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical*

(1984), 55 A.L.R. 417; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Goodbody v. Bank of Montreal* (1974), 47 D.L.R. (3d) 335; *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203; *Liquid Veneer Co. v. Scott* (1912), 29 R.P.C. 639; *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421; *Burns v. Kelly Peters & Associates Ltd.* (1987), 41 D.L.R. (4th) 577; *Nelson v. Dahl* (1879), 12 Ch. D. 568; *Norwich Winterthur Insurance (Australia) Ltd. v. Con-Stan Industries of Australia Pty. Ltd.*, [1983] 1 N.S.W.L.R. 461; *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Fraser Edmunston Pty. Ltd. v. A.G.T. (Qld) Pty. Ltd.*, Queensland S.C., June 3, 1986 (Williams J.), unreported; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *In re Coomber*, [1911] 1 Ch. 723; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Seager v. Copydex, Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Muschinski v. Dodds* (1985), 160 C.L.R. 583.

By Sopinka J. (dissenting in part)

*Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676; *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203; *Seager & Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923; *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, [1957] R.P.C. 207; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Nicholson v. St. Denis* (1975), 8 O.R. (2d) 315; *Unident v. Delong, Joyce and Ash Temple Ltd.* (1981), 50 N.S.R. (2d) 1; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Talbot v. General Television Corp. Pty. Ltd.*, [1980] V.R. 224; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1975] 2 All E.R. 173; *Florence Realty Co. v. The Queen*, [1968] S.C.R. 42.

#### Statutes and Regulations Cited

*Courts of Justice Act*, S.O. 1984, c. 11, ss. 138(1)(b), 139.

*Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Goodbody v. Bank of Montreal* (1974), 47 D.L.R. (3d) 335; *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203; *Liquid Veneer Co. v. Scott* (1912), 29 R.P.C. 639; *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421; *Burns v. Kelly Peters & Associates Ltd.* (1987), 41 D.L.R. (4th) 577; *Nelson v. Dahl* (1879), 12 Ch. D. 568; *Norwich Winterthur Insurance (Australia) Ltd. v. Con-Stan Industries of Australia Pty. Ltd.*, [1983] 1 N.S.W.L.R. 461; *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *Central Trust c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Fraser Edmunston Pty. Ltd. v. A.G.T. (Qld) Pty. Ltd.*, Queensland S.C., le 3 juin 1986 (le juge Williams), inédit; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *In re Coomber*, [1911] 1 Ch. 723; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] R.C.S. 551; *Seager v. Copydex, Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Muschinski v. Dodds* (1985), 160 C.L.R. 583.

<sup>e</sup> Citée par le juge Sopinka (dissent en partie)

*Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676; *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203; *Seager & Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923; *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, [1957] R.P.C. 207; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Nicholson v. St. Denis* (1975), 8 O.R. (2d) 315; *Unident v. Delong, Joyce and Ash Temple Ltd.* (1981), 50 N.S.R. (2d) 1; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] R.C.S. 551; *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Talbot v. General Television Corp. Pty. Ltd.*, [1980] V.R. 224; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1975] 2 All E.R. 173; *Florence Realty Co. v. The Queen*, [1968] R.C.S. 42.

#### Lois et règlements cités

<sup>j</sup> *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, art. 138(1)(b), 139.

## Authors Cited

- Austin, R. P. "Commerce and Equity—Fiduciary Duty and Constructive Trust" (1986), 6 *O.J.L.S.* 444.
- Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Birks, Peter. "Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity," [1987] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 421.
- Campbell, Colin L. *The Advocates' Society Journal*, Aug. 1988.
- Finn, Paul D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co., 1977.
- Finn, Paul D. "The Fiduciary Principle," Victoria Law School Conference Lecture, 1988.
- Frankel, Tamar. "Fiduciary Law" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.
- Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution*. Toronto: Carswells, 1982.
- Gautreau, J. R. Maurice. "Demystifying the Fiduciary Mystique" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 1.
- Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- Grange, Samuel. "Good Faith in Commercial Transactions" in *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ontario: De Boo, 1985.
- Gurry, Francis. *Breach of Confidence*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975.
- Kennedy, J. "Equity in a Commercial Context". In P. D. Finn, ed., *Equity and Commercial Relationships*. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Klinck, Dennis R. "The Rise of the 'Remedial' Fiduciary Relationship: A Comment on *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.*" (1988), 33 *McGill L.J.* 600.
- Lindley, Curtis Holbrook. *A Treatise on the American Law Relating to Mines and Mineral Lands*, 2nd ed. Reprint of 2nd ed., 1903. New York, Arno Press, 1972.
- Mason, Sir Anthony. "Themes and Prospects". In Paul D. Finn, ed. *Essays in Equity*. Sydney: Law Book Co., 1985.
- McCamus, John D. "The Role of Proprietary Relief in the Modern Law of Restitution," in *The Cambridge Lectures 1987*. Conference of the Canadian Institute for Advanced Legal Studies, 1987, held at the Cambridge University, England. Frank E. McArdle, ed. Montréal: Yvon Blais, 1989.
- Ong, D. S. K. "Fiduciaries: Identification and Remedies" (1986), 8 *U. of Tasm. L. Rev.* 311.

## Doctrine citée

- Austin, R. P. «Commerce and Equity—Fiduciary Duty and Constructive Trust» (1986), 6 *O.J.L.S.* 444.
- Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Birks, Peter. «Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity,» [1987] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 421.
- Campbell, Colin L. *The Advocates' Society Journal*, Aug. 1988.
- Finn, Paul D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co., 1977.
- Finn, Paul D. «The Fiduciary Principle,» Victoria Law School Conference Lecture, 1988.
- Frankel, Tamar. «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.
- Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution*. Toronto: Carswells, 1982.
- Gautreau, J. R. Maurice. «Demystifying the Fiduciary Mystique» (1989), 68 *R. du B. can.* 1.
- Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- Grange, Samuel. «Good Faith in Commercial Transactions» in *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ontario: De Boo, 1985.
- Gurry, Francis. *Breach of Confidence*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975.
- Kennedy, J. «Equity in a Commercial Context.» In P. D. Finn, ed., *Equity and Commercial Relationships*. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Klinck, Dennis R. «The Rise of the 'Remedial' Fiduciary Relationship: A Comment on *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.*» (1988), 33 *R. D. McGill* 600.
- Lindley, Curtis Holbrook. *A Treatise on the American Law Relating to Mines and Mineral Lands*, 2nd ed. Reprint of 2nd ed., 1903. New York, Arno Press, 1972.
- Mason, Sir Anthony. «Themes and Prospects». In Paul D. Finn, ed. *Essays in Equity*. Sydney: Law Book Co., 1985.
- McCamus, John D. «The Role of Proprietary Relief in the Modern Law of Restitution,» in *The Cambridge Lectures 1987*. Conference of the Canadian Institute for Advanced Legal Studies, 1987, held at the Cambridge University, England. Frank E. McArdle, ed. Montréal: Yvon Blais, 1989.
- Ong, D. S. K. «Fiduciaries: Identification and Remedies» (1986), 8 *U. of Tasm. L. Rev.* 311.

*Oxford English Dictionary*, vol. 19, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswells, 1981.

Shepherd, J. C. "Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships" (1981), 97 *L.Q.R.* 51.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U. of T.L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 44 D.L.R. (4th) 592, (1987) 62 O.R. (2d) 1, dismissing an appeal from a judgment of R. Holland J. (1986), 25 D.L.R. (4th) 504, 53 O.R. (2d) 737. Appeal dismissed, McIntyre and Sopinka JJ. dissenting in part.

*Earl A. Cherniak, Q.C.*, and *J. L. McDougall, Q.C.*, for the appellant.

*A. J. Lenczner, Q.C.*, *R. G. Slaght, Q.C.*, and *Larry Page*, for the respondent.

The reasons of McIntyre and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting in part)—This appeal and cross-appeal raise important issues relating to fiduciary duty and breach of confidence. In particular, they require this Court to consider whether fiduciary obligations can arise in the context of abortive arm's-length negotiations between parties to a prospective commercial transaction. Also at issue are the nature of confidential information and the appropriate remedy for its misuse.

### The Facts

The facts are fully developed in the reasons for judgment of the trial judge, R. Holland J. (1986), 53 O.R. (2d) 737, and in the judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 62 O.R. (2d) 1. My recital of them, here, will therefore be skeletal in nature. From time to time in these reasons, some of the facts relating to specific issues will be examined in greater detail.

The parties to these proceedings are International Corona Resources Ltd. (which I will refer to as

*Oxford English Dictionary*, vol. 19, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswells, 1981.

Shepherd, J. C. «Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships» (1981), 97 *L.Q.R.* 51.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

Weinrib, Ernest J. «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U. of T.L.J.* 1.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 44 D.L.R. (4th) 592, (1987) 62 O.R. (2d) 1, rejetant l'appel d'un jugement du juge R. Holland (1986), 25 D.L.R. (4th) 504, 53 O.R. (2d) 737. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et Sopinka sont dissidents en partie.

*Earl A. Cherniak, c.r.*, et *J. L. McDougall, c.r.*, pour l'appelante.

*A. J. Lenczner, c.r.*, *R. G. Slaght, c.r.*, et *Larry Page*, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges McIntyre et Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident en partie)—Les présents pourvoi et pourvoi incident soulèvent des questions importantes concernant les obligations fiduciaires et l'abus de confiance. En particulier, cette Cour est appelée à examiner si des obligations fiduciaires peuvent prendre naissance dans le contexte de négociations qui ont échoué entre des parties n'ayant aucun lien de dépendance et cherchant à réaliser une opération commerciale. Sont également en litige la nature des renseignements confidentiels et la réparation à accorder en cas d'utilisation abusive de ceux-ci.

### Les faits

Les faits sont exposés intégralement dans les motifs du juge R. Holland qui a siégé en première instance (1986), 53 O.R. (2d) 737, et dans ceux de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 62 O.R. (2d) 1. Je ne les relate donc ici que de façon schématique. À quelques endroits, je ferai un examen plus approfondi de certains faits relatifs à des questions précises.

Les parties à la présente instance sont International Corona Resources Ltd. (que j'appellerai

either "Corona" or the "respondent") and Lac Minerals Ltd. (which I will refer to as either "Lac" or the "appellant"). Corona, which was incorporated in 1979, was at material times a junior mining company listed on the Vancouver Stock Exchange. Lac is a senior mining company which owns a number of operating mines and is listed on several Stock Exchanges. This action arises out of negotiations between Corona and Lac relating to the Corona property, the Williams property and the Hughes property, all of which are located in the Hemlo area of northern Ontario.

The Corona property consists of 17 claims with an area of approximately 680 acres. The Williams property consists of 11 patented claims, covering a total of about 400 acres, and is contiguous to the Corona property and to the west. The Hughes property consists of approximately 156 claims and surrounds both the Corona and Williams properties, except to the north of the Williams property. It is now in the names of Golden Sceptre Resources Limited, Goliath Gold Mines Limited and Noranda Exploration Company, Limited.

In October 1980, Corona had retained Mr. David Bell, a geologist consultant to carry out an extensive exploration programme on its property which involved extensive diamond drilling. Bell hired Mr. John Dadds, a mining technician, to assist him. The core that was obtained from the drilling was identified, logged and then stored inside a core shack built on the Corona property. Assay results were sent to Bell and to the Corona office in Vancouver. Some of the results were communicated to the Vancouver Stock Exchange in the form of news releases and assay results, and were published from time to time in the *George Cross News Letter*, a daily newsletter published in Vancouver.

The results of this exploratory work led Bell to an interesting theory. The trial judge describes it in some detail, at p. 744:

Mr. Bell testified that by February, 1981, he was sufficiently encouraged by the results of the drilling programme that he decided that it was time to acquire

«Corona» ou «l'intimée») et Lac Minerals Ltd. (que j'appellerai «Lac» ou «l'appelante»). Corona, qui a été constituée en personne morale en 1979, était à l'époque en cause une petite société minière inscrite à la bourse de Vancouver. Lac est une grande société minière propriétaire de plusieurs mines en exploitation et inscrite à plusieurs bourses. L'action tire son origine de négociations entre Corona et Lac relatives aux biens-fonds de Corona, de Williams et de Hughes, tous situés dans la région de Hemlo dans le nord de l'Ontario.

Le bien-fonds de Corona comprend 17 claims ayant une superficie d'environ 680 acres. Le bien-fonds Williams, comprenant 11 claims miniers faisant l'objet de lettres patentes qui représentent au total à peu près 400 acres, est contigu à celui de Corona du côté ouest. Le bien-fonds Hughes comporte environ 156 claims et entoure le bien-fonds de Corona et le bien-fonds Williams, sauf au nord de celui-ci. Il est actuellement inscrit aux noms de Golden Sceptre Resources Limited, Goliath Gold Mines Limited et Noranda Exploration Company, Limited.

En octobre 1980, Corona avait retenu les services de M. David Bell, géologue-conseil, pour procéder sur ses terres à un programme d'exploration de grande envergure comportant beaucoup de forage au diamant. Pour l'aider dans son travail, Bell a engagé M. John Dadds, technicien minier. Les carottes obtenues au moyen du forage ont été identifiées, inscrites au rapport de sondage, puis placées dans une remise destinée à l'entreposage de carottes et érigée sur le bien-fonds de Corona. Les résultats des essais ont été envoyés à Bell et au bureau de Corona à Vancouver. Certains de ces résultats ont été transmis à la bourse de Vancouver tels quels ou par communiqués de presse et ont été publiés de temps à autre dans le *George Cross News Letter*, un bulletin quotidien publié à Vancouver.

Les résultats de cette exploration ont amené Bell à former une théorie intéressante dont le juge de première instance traite en détail, à la p. 744:

[TRADUCTION] Monsieur Bell a témoigné que dès le mois de février 1981, les résultats du programme de forage avaient été suffisamment encourageants pour



the Williams property and the claims to the north. Mr. Bell said that within the first month of drilling his opinion of the geology changed from what he initially thought was a secondary intrusive model, from reading the literature of the area, to a syngenetic deposit. That is a deposit formed at the same time and by the same process as the enclosing rocks. He concluded that the mineralization and gold values were not tied into a vein but rather that the mineralization was in a zone, or beds, of megasediment that indicated a volcanic origin. In Mr. Bell's opinion, in all likelihood, the distribution of gold could be spread over quite a large area and there could be pools or puddles of ore, indicating to him that the exploration programme should be extended along the zone to adjoining properties.

This increased the interest in surrounding properties and Bell, on behalf of Corona, requested Mr. Donald McKinnon, a prospector who was familiar with the properties, to attempt to acquire the Williams property. Representatives of Lac read about these results in the March 20, 1981 *George Cross News Letter* and arranged to visit the Corona property. This property visit took place on May 6, and Bell had arranged for Dadds to have core, assay results, sections, maps and a drill plan available at the core shack. Those present at the meeting consisted of Nell Dragovan, then President of Corona, and Messrs. Bell, Dadds, Sheehan (Vice-President for Exploration of Lac), and Pegg (a Lac geologist). The visitors were shown cores, sections, logs with assay results added and a map showing the staking in the area. Bell discussed progress to date, plans for the future and his theory of the geology. Sheehan and Pegg both examined the core and, after the meeting in the core shack, which Bell said lasted about 45 minutes, they went outside. Bell took a map and explained where the earlier drilling had taken place as well as the location of future holes, and discussed the geology further. He also indicated that the formation was continuing to the west on the Williams property and that Corona wanted to continue its exploration there. Outcrops in the area were also inspected. Bell said that before he left, Sheehan told him that he "wanted me to drop into Toronto when I was there and to further the discussions of their visit and talk about possible

qu'il décide qu'il était temps d'acheter le bien-fonds Williams et les claims situés au nord. Monsieur Bell a dit qu'au cours du premier mois de forage son opinion concernant la géologie de la région a changé. En effet, alors que sa lecture de ce qui avait été écrit à ce sujet l'avait initialement porté à croire à une intrusion secondaire, il pensait maintenant qu'il s'agissait d'un dépôt syngénétique, c'est-à-dire un dépôt formé en même temps et par le même processus que les roches qui l'entouraient. Il a conclu que la minéralisation et l'or se trouvaient non pas dans un filon mais plutôt dans une zone ou des couches de «mégasédiment» qui témoignaient d'une origine volcanique. De l'avis de M. Bell, la zone aurifère était probablement assez grande et il pouvait y avoir des poches de minerai, d'où il a conclu que le programme d'exploration devait être étendu, le long de cette zone, aux biens-fonds attenants.

Cela a suscité un intérêt accru à l'égard des biens-fonds circonvoisins et Bell, agissant pour le compte de Corona, a demandé à M. Donald McKinnon, un prospecteur qui connaissait ces biens-fonds, d'essayer de se porter acquéreur du bien-fonds Williams. Des représentants de Lac ont lu les résultats susmentionnés dans le *George Cross News Letter* du 20 mars 1981 et se sont arrangés pour aller visiter le bien-fonds de Corona. Cette visite a eu lieu le 6 mai et Bell a fait en sorte que Dadds ait, dans la remise d'entreposage, des résultats d'essais, des coupes, des cartes et un plan de forage. Ont assisté à la réunion Nell Dragovan, alors présidente de Corona, et MM. Bell, Dadds, Sheehan (vice-président de Lac chargé des travaux de recherche) et Pegg (un géologue de Lac). On a montré aux visiteurs des carottes, des coupes, des rapports de forage auxquels étaient joints des résultats d'essais, ainsi qu'une carte indiquant les jalonnements dans la région en question. Bell a parlé de ce qui avait déjà été accompli, de ce qui était envisagé pour l'avenir et de sa théorie relative à la géologie de cette région. Sheehan et Pegg ont tous les deux examiné les carottes et, au terme de la réunion dans la remise qui, selon Bell, avait duré environ 45 minutes, ils sont sortis. Bell, s'aidant d'une carte, a indiqué où les forages antérieurs avaient été effectués ainsi que les endroits des forages futurs et a parlé davantage de la géologie. Il a signalé en outre que la formation se prolongeait vers l'ouest sur le bien-fonds Williams et que Corona désirait y poursuivre son exploration. On a

terms". A meeting was arranged for May 8 in Toronto at Lac's head office.

R. Holland J. found as a fact that there were no discussions regarding confidentiality during the May 6 property visit except in connection with an unrelated matter.

Following the site visit, Sheehan and Pegg returned quickly to Lac's exploration office in Toronto and instructed Lac personnel to gather information on the Hemlo area from the Lac library of files. They then went to the Assessment Office of the Ontario Department of Mines to obtain copies of all claim maps, reports, publications and assessment work files that were available on the area. Sheehan told a Lac geologist to ascertain what claims would be necessary to cover the favourable belt to the east of the Corona property. The geologist decided that about 600 claims should be staked and immediately thereafter, on May 8, Lac began staking what are now known as the White River claims.

On May 8, Bell and Sheehan met and discussed the geology of the area, its similarity to the Bousquet area of Quebec, at which both Pegg and Sheehan had worked, and the possible terms of an agreement between Corona and Lac. Sheehan told Bell of Lac's staking to the east. Bell said that the two men discussed the properties around the Corona property. Corona's interest in the Williams and Hughes properties was mentioned and Sheehan gave Bell advice on how to pursue a patented claim. Bell told Sheehan that Corona had somebody doing that, without mentioning McKinnon by name. A number of avenues for progress were discussed and Sheehan said that he would send a letter outlining the terms that were discussed. Again, nothing was said regarding confidentiality.

aussi inspecté les affleurements dans le secteur. Bell a témoigné qu'avant de partir, Sheehan lui a dit qu'il [TRADUCTION] «voulait que je passe le voir à Toronto, lorsque j'y serais, pour continuer les discussions de leur visite et parler d'un éventuel accord». Une réunion a été prévue pour le 8 mai au siège social de Lac à Toronto.

Le juge R. Holland a constaté que la question de la confidentialité n'avait pas été abordée au cours de la visite du terrain le 6 mai, sauf à l'égard d'une question non connexe.

À la suite de la visite sur les lieux, Sheehan et Pegg sont retournés rapidement au bureau d'exploration de Lac à Toronto et ont chargé des employés de chercher dans les dossiers de Lac des renseignements sur la région de Hemlo. Ils sont allés ensuite au Bureau d'évaluation des dossiers du ministère des Mines de l'Ontario pour s'y procurer des copies de toutes les cartes de claims et de tous rapports, publications et dossiers d'évaluation se rapportant à la région en question. Sheehan a dit à un géologue de Lac de déterminer quels claims seraient nécessaires pour englober les terrains prometteurs à l'est du bien-fonds de Corona. Le géologue a décidé qu'il y avait lieu de procéder au jalonnement d'environ 600 claims et, immédiatement après cela, soit le 8 mai, Lac s'est mise à jalonner les claims de ce qu'on appelle maintenant White River.

Le 8 mai, Bell et Sheehan se sont rencontrés pour parler de la géologie de la région, de sa ressemblance avec la région de Bousquet au Québec, où Pegg et Sheehan avaient tous deux déjà travaillé, et pour discuter des conditions éventuelles d'une entente entre Corona et Lac. Sheehan a informé Bell du jalonnement que Lac était en train d'effectuer à l'est. Bell a dit qu'ils ont parlé des biens-fonds entourant celui de Corona. On a fait part de l'intérêt de Corona aux biens-fonds Williams et Hughes. Sheehan a donné à Bell des conseils sur la façon d'obtenir des lettres patentes pour un claim minier. Bell a fait savoir à Sheehan que Corona en avait déjà chargé quelqu'un, mais n'a pas nommé mentionné McKinnon. Plusieurs possibilités ont été examinées et Sheehan a indiqué qu'il enverrait une lettre exposant les points discutés. Là encore, rien n'a été dit au sujet de la confidentialité.

On May 19, Sheehan wrote to Bell as follows (at p. 750):

Further to our meeting in Toronto I would like to give you this letter as further evidence of our sincerity in joining with Corona re exploration in the Hemlo area.

As we discussed there are a number of avenues that could be explored regarding a working arrangement re the property and to that end I will list the various possibilities:

- a) Corona could have our Company do a financing and ultimately we would scale it forward so as to control Corona.
- b) We form a joint venture where Long Lac (a Lac subsidiary) spends say 1.5 to 2.0 times amount spent by Corona for a 60% interest. Beyond that point we spend on a 60-40 basis or use a dilution formula down to a minimum should one party decide to stop contributing. In addition Lac would have to spend a definite amount of money to reach a threshold before they would acquire any interest.
- c) A possible significant cash payment with a variation in interests as a result of the amount of cash payment. Followed by a Lac work proposal.

As discussed we should entertain the possibility of Corona participate (*sic*) in the Hughes ground and that should be actively pursued. In addition we are staking ground in the area and recognizing Corona's limited ability to contribute we could work Corona into the overall picture as part of an overall exploration strategy.

I believe at some point within the next few weeks we should have an understanding that Corona and Lac should seriously examine an avenue for continual work in the area. Perhaps you could give our management a presentation of results to date ie, sections, general geology, longitudinal presentation—location potential etc. Based on foregoing we could then arrive at a sound basis for structuring a working agreement.

The trial judge found that the reference to the Hughes ground was intended to include the Williams property as well. Bell replied by letter dated May 22 as follows:

I am in receipt of your letter dated May 19, 1981 regarding the Hemlo Property.

Le 19 mai, Sheehan a adressé à Bell la lettre suivante (à la p. 750):

[TRADUCTION] Suite à notre rencontre à Toronto, je vous fais parvenir la présente pour confirmer la sincérité de notre désir de nous joindre à Corona dans l'exploration de la région de Hemlo.

Ainsi que nous l'avons dit au cours de notre entretien, il y a plusieurs manières d'envisager une entente à l'égard des biens-fonds. J'énumère ces possibilités:

- a) Nous pourrions financer Corona avec prise de contrôle progressive.
- b) Nous pourrions former une entreprise conjointe qui verrait Long Lac (une filiale de Lac) verser peut-être 1,5 ou 2 fois les sommes dépensées par Corona et obtenir en échange une part de 60 p. 100 d'intérêt. Par la suite, nos dépenses se feraient dans une proportion de 60 à 40 ou selon une formule de réduction qui établirait un minimum pour le cas où l'une des parties déciderait de cesser ses contributions. De plus, Lac serait tenue de verser une somme prédéterminée avant de commencer à acquérir un intérêt.
- c) Il pourrait y avoir paiement d'une somme importante en espèces et la part acquise varierait en fonction du montant de ce paiement. Cela serait suivi d'une proposition de travail de la part de Lac.

Comme nous l'avons dit, on devrait envisager la possibilité de la participation de Corona à ce qui se fait sur le bien-fonds Hughes et travailler activement à la réalisation de cette participation. D'autre part, nous sommes en voie de jalonner dans cette région et, étant donné les ressources pécuniaires limitées de Corona, nous pourrions bien trouver moyen de la faire participer à une stratégie d'ensemble en matière d'exploration.

Je crois que dans les prochaines semaines Corona et Lac devraient s'entendre pour étudier sérieusement comment assurer la continuation du travail dans la région en question. Vous pourriez peut-être présenter à notre direction les résultats obtenus jusqu'à maintenant, c.-à-d. coupes, géologie générale, représentation de la coupe longitudinale, emplacements éventuels, etc. Nous aurions alors une base solide pour l'élaboration d'une entente.

Le premier juge a conclu que la mention du bien-fonds Hughes devait comprendre également le bien-fonds Williams. Bell a répondu comme suit dans une lettre datée du 22 mai:

[TRADUCTION] J'ai bien reçu votre lettre du 19 mai 1981 portant sur le bien-fonds situé à Hemlo.

First may I thank you for your fine hospitality during my brief visit to Toronto.

I am forwarding a copy of your proposal to Vancouver for the other directors to review. We are presently well into our Phase II, exploring and extending the previously examined parameters outlined in Phase I. Our present plans are to complete 30,000 to 35,000 feet of diamond drilling at which time a general over-all review will take place.

At this point, until I hear otherwise from the directors in Vancouver, I like your idea of Corona's contribution with Long Lac Minerals Exploration Limited as part of an overall exploration programme in the area.

In the meantime I do believe we should keep in touch and maintain the fine relationship presently established.

Bell wrote to Dragovan by letter dated May 23 which stated, in part, the following:

Enclosed is a copy of a letter received from Long Lac Mineral Exploration Limited, also please find a copy of my letter to Lac in reply. This letter from Lac should be discussed with all directors.

On May 27, Corona released to the Vancouver Stock Exchange encouraging assay results of a drill hole, which the trial judge referred to as the "discovery hole". These results were published in the *George Cross News Letter* of May 29, and further results confirming an extension of the "discovery hole" were released on June 4 and published in the *George Cross News Letter* of June 8.

Subsequently, the results of further drill holes that were encouraging were published by Corona. On June 8, Mr. Murray Pezim, a stock promoter from Vancouver, became a director of Corona. Pezim arranged for Bell to make a presentation in Vancouver on behalf of Corona to a large number of brokers. Some of the information developed by Bell was imparted to those present at this meeting.

On June 15 a meeting was also arranged for June 30 at Lac's head office in Toronto, at which Bell was to make a presentation in accordance with Sheehan's letter of May 19. Following the

Je tiens tout d'abord à vous remercier de votre aimable hospitalité pendant mon bref séjour à Toronto.

J'envoie à Vancouver une copie de votre proposition pour que les autres membres du conseil d'administration puissent en prendre connaissance. À l'heure actuelle, notre phase II est bien en train; nous poussons l'exploration au-delà des limites précisées dans la phase I. Nous nous proposons maintenant de faire entre 30 000 et 35 000 pieds de forage au diamant, après quoi il y aura un examen général de la situation.

Pour le moment, et tant que nos administrateurs à Vancouver n'auront pas dit le contraire, votre idée d'une collaboration de Corona et de Long Lac Minerals Exploration Limited à un programme général d'exploration dans la région me plaît.

En attendant, je crois vraiment que nous devrions rester en contact et maintenir les bons rapports que nous avons établis.

Bell a adressé à Dragovan une lettre en date du 23 mai qui portait notamment:

[TRADUCTION] Veuillez trouver ci-joint copie d'une lettre reçue de Long Lac Minerals Exploration Limited et de ma réponse à Lac. Il faudrait discuter de la lettre de Lac avec tous les membres du conseil d'administration.

Le 27 mai, Corona a communiqué à la bourse de Vancouver des résultats d'essais encourageants obtenus d'un forage que le juge de première instance a appelé le [TRADUCTION] «forage de découverte». Ces résultats ont été publiés dans le *George Cross News Letter* du 29 mai et d'autres résultats confirmant une extension du «forage de découverte» ont été rendus publics le 4 juin et publiés dans le *George Cross News Letter* le 8 juin.

Par la suite, Corona a fait publier les résultats d'autres forages prometteurs. Le 8 juin, M. Murray Pezim, un promoteur de valeurs mobilières de Vancouver, est devenu membre du conseil d'administration de Corona. Pezim a pris des arrangements pour que Bell fasse pour Corona une présentation à un grand nombre de courtiers à Vancouver. Certaines théories élaborées par Bell ont été communiquées à l'assistance.

Le 15 juin, une réunion a également été prévue pour le 30 juin au siège social de Lac à Toronto, à laquelle Bell devait faire une présentation ainsi que l'avait proposé Sheehan dans sa lettre du 19 mai.

meeting, sections, a detailed drill plan and apparently a vertically longitudinal section were left with Lac. Mr. Peter Allen, the President of Lac, advised Bell to be aggressive in his pursuit of the Williams property and Bell responded that Corona had somebody pursuing this property on their behalf. Allen told Sheehan to get a proposal out to Corona and Sheehan indicated that he would have such a proposal out within three weeks.

According to Bell, no one from Lac ever told him that they would not acquire the Williams property and Lac was never told that the information given to it was private, privileged or confidential. Although the evidence was contradictory, the trial judge found as a fact that the pursuit by Corona of the Williams property was mentioned at the meeting. This and other information revealed to Lac went beyond the information that had been made public. This finding was confirmed by the Court of Appeal. The trial judge also found that it was agreed that a proposal would be sent by Lac to Corona within three weeks, and that the purpose of the meeting was to discuss a possible deal between Corona and Lac in order to provide Corona with the financing needed to develop a mine.

Meanwhile, on June 8, McKinnon had spoken to Mrs. Williams by telephone and made an oral offer for the Williams property, which was followed by a written offer prepared by solicitors. On July 3, after some searching, Sheehan located Mrs. Williams by telephone and made an oral offer to her. She asked for a written offer and by letter dated July 6, 1981, Lac's legal counsel put it in writing.

On July 21, McKinnon again spoke to Mrs. Williams who told him that she had another offer and that he should contact her Toronto solicitor. On July 22, McKinnon told Bell of the other offer and it was agreed by Bell and Dragovan that Corona should make an offer to Williams directly. At this time, no one from Corona knew that the other offer was from Lac. On July 23, Corona's solicitor prepared an offer, which was delivered on

Après cette réunion, des coupes, un plan de forage détaillé et, apparemment, une coupe longitudinale par rapport au plan vertical ont été laissés à Lac. Monsieur Peter Allen, président de Lac, a engagé Bell à poursuivre agressivement l'acquisition du bien-fonds Williams, et Bell a répondu que quelqu'un s'en occupait déjà pour Corona. Allen a dit à Sheehan d'envoyer une proposition à Corona et Sheehan a indiqué qu'il le ferait dans les trois semaines.

D'après Bell, aucun représentant de Lac ne lui avait dit que celle-ci ne se porterait pas acquéreur du bien-fonds Williams et on n'avait jamais fait savoir à Lac que les renseignements communiqués étaient privés ou confidentiels. Bien que les témoignages soient contradictoires, le premier juge a conclu qu'il avait été question à cette réunion-là des démarches de Corona en vue de l'acquisition du bien-fonds Williams. Cela et les autres renseignements transmis à Lac allaient au-delà de ce qui avait été rendu public. Cette conclusion a été confirmée par la Cour d'appel. Le juge de première instance a décidé en outre qu'on avait convenu de ce que Lac ferait tenir une proposition à Corona dans les trois semaines, et que l'objet de la réunion était de discuter de la possibilité d'un accord entre Lac et Corona destiné à assurer à cette dernière le financement nécessaire pour la mise en exploitation d'une mine.

Entre-temps, le 8 juin, McKinnon s'était entretenu avec M<sup>me</sup> Williams au téléphone et lui avait fait l'offre verbale d'acheter son terrain qui fut suivie d'une offre écrite rédigée par des avocats. Le 3 juillet, Sheehan a finalement réussi à joindre M<sup>me</sup> Williams au téléphone et lui a fait une offre verbale. Elle a demandé une offre par écrit, ce que l'avocat de Lac a fait dans une lettre datée du 6 juillet 1981.

Le 21 juillet, McKinnon a de nouveau parlé à M<sup>me</sup> Williams qui lui a dit qu'elle avait reçu une autre offre et qu'il devait prendre contact avec son avocat à Toronto. Le 22 juillet, McKinnon a informé Bell de l'autre offre et il a été entendu entre Bell et Dragovan que Corona ferait une offre directe à Williams. À ce moment-là, on ignorait chez Corona que l'autre offre était de Lac. Le 23 juillet, l'avocat de Corona a dressé une offre qui a

July 27. Also on July 23, Mrs. Williams' Toronto solicitor disclosed Lac's name to Corona's solicitor. Lac's offer was accepted on July 28 and a formal agreement was signed on August 25, 1981.

After hearing that the Lac offer had been accepted, Pezim turned the matter over to his solicitors. On August 18, 1981, Sheehan went to Vancouver to attempt to resume negotiations with Pezim, who asked for the return of the Williams property. No agreement was reached. Later, Mr. Donald Moore, another director of Corona attempted to revive negotiations with Sheehan, without success.

After the Corona-Lac relationship had come to an end, Corona concluded an agreement with Teck Corporation (hereinafter referred to as "Teck") dated December 10, 1981, which was subsequently amended by agreements dated August 13, 1982 and December 14, 1983. These agreements, while providing for a joint venture in connection with the possible development of a mine on the Corona property, also purport to give Teck a 50 percent interest in the fruits of Corona's lawsuit against Lac, with Teck agreeing to pay certain costs.

### The Judgments Below

#### *Ontario High Court*

The trial judge considered the liability of Lac under three heads pleaded by Corona: contract, breach of confidence and breach of fiduciary duty. R. Holland J. concluded that no binding contract was entered into by the parties but found Lac liable under the other two heads of liability, breach of confidence and breach of fiduciary duty. He decided that the appropriate remedy for breach of fiduciary duty was the return of the Williams property to Corona but allowed Lac's claim for a lien for the cost of improvements, and the amounts paid to Williams excluding royalty payments. The actual amount spent by Lac on developing the property was \$203,978,000 but this was discounted by \$50,000,000 to take into account the fact that if Corona had not been deprived of the Williams property, it would have developed the property and the Williams property as one mine, thereby achiev-

été présentée le 27 juillet. Le 23 juillet également, l'avocat de M<sup>me</sup> Williams à Toronto a révélé le nom de Lac à l'avocat de Corona. L'offre de Lac a été acceptée le 28 juillet et un contrat a été signé le 25 août 1981.

Ayant appris l'acceptation de l'offre de Lac, Pezim a saisi ses avocats du dossier. Le 18 août 1981, Sheehan s'est rendu à Vancouver afin d'essayer de reprendre les négociations avec Pezim, qui exigeait la restitution du bien-fonds Williams. Ils ne sont pas arrivés à une entente. Plus tard, M. Donald Moore, un autre membre du conseil d'administration de Corona, a tenté de relancer les pourparlers avec Sheehan, mais en vain.

À la suite de la rupture des rapports avec Lac, Corona a conclu avec Teck Corporation (ci-après appelée «Teck») une entente datée du 10 décembre 1981, qui a été modifiée par les ententes du 13 août 1982 et du 14 décembre 1983. Non seulement ces ententes prévoient une entreprise conjointe en vue de la mise en exploitation éventuelle d'une mine sur le bien-fonds de Corona, mais elles ont en outre pour effet de donner à Teck une part de 50 p. 100 dans les fruits de l'action de Corona contre Lac. Teck, quant à elle, prenait à sa charge certains frais.

### f Les jugements des juridictions inférieures

#### *La Haute Cour de l'Ontario*

Le juge de première instance a examiné la responsabilité imputable à Lac à trois titres distincts plaidés par Corona: l'abus de confiance et le manquement à une obligation fiduciaire. Le juge R. Holland a décidé que les parties n'avaient pas conclu de contrat valide mais a jugé Lac responsable sur les deux autres fondements, savoir l'abus de confiance et le manquement à l'obligation fiduciaire. La réparation appropriée, selon lui, pour le manquement à l'obligation fiduciaire était la restitution du bien-fonds Williams à Corona, mais il a accordé le privilège revendiqué par Lac pour le coût des améliorations et pour les sommes versées à Williams, à l'exception des redevances. La mise en valeur du bien-fonds a en fait coûté 203 978 000 \$ à Lac, mais 50 000 000 \$ ont été défalqués de cette somme pour tenir compte du fait que, si Corona n'avait pas été privée du bien-

ing a saving represented by the discount. Either party was entitled to undertake a reference to determine the amount by which the Williams property was enhanced by virtue of Lac's expenditure if dissatisfied with the trial judge's estimate of the discount of \$50,000,000. Lac was ordered to transfer the property to Corona upon payment by Corona to Lac of these amounts.

A reference was also ordered to determine the amount of the profits obtained by Lac from the Williams property. Lac was ordered to pay the amount of such profits to Corona with interest.

With the agreement of counsel, damages were assessed in the event that, on appeal, a court should decide that damages were the appropriate remedy. The assessment was made on the principles applicable to breach of fiduciary duty. The amount was \$700,000,000 being the value of the mine as of January 1, 1986 on the basis of a discounted cash flow approach.

#### *Court of Appeal*

The Court of Appeal affirmed the findings of the trial judge with respect to breach of confidence and fiduciary duty. It also confirmed the remedy with the addition of its opinion that a constructive trust was an appropriate remedy for both the breach of confidence and fiduciary duty. The court did not deal with the appellant's attack on the assessment of damages. In the result, the appeal was dismissed with costs. I will deal more fully with the reasons of both the trial judge and the Court of Appeal when discussing the issues.

#### The Issues Before this Court

The issues raised in this appeal can be conveniently grouped under three headings:

fonds Williams, elle aurait établi une seule mine sur son bien-fonds et sur le bien-fonds Williams, ce qui lui aurait permis de réaliser des économies correspondant à la somme déduite. Si elles n'acceptaient pas la réduction de 50 000 000 \$ fixée par le premier juge, l'une ou l'autre partie pouvait par renvoi faire déterminer l'augmentation de valeur apportée au bien-fonds Williams par suite des dépenses de Lac. Il a été ordonné à Lac de transférer le bien-fonds à Corona dès que celle-ci aurait payé à Lac les sommes en question.

De plus, un renvoi a été ordonné pour la détermination du montant des bénéfices que Lac avait tirés du bien-fonds Williams. On a ordonné à Lac de verser cette somme à Corona avec intérêts.

Avec le consentement des avocats, le montant des dommages-intérêts a été déterminé au cas où, en appel, une cour déciderait qu'il y avait lieu d'accorder une réparation sous forme de dommages-intérêts. L'évaluation s'est faite selon les principes applicables au manquement à des obligations fiduciaires, le montant étant fixé à 700 000 000 \$, soit la valeur de la mine au 1<sup>er</sup> janvier 1986, suivant la méthode de la valeur actualisée.

#### *La Cour d'appel*

La Cour d'appel a confirmé les conclusions du premier juge relativement à l'abus de confiance et au manquement à l'obligation fiduciaire. Elle a en outre approuvé la réparation accordée, ajoutant toutefois que la fiducie par interprétation constituait une réparation appropriée tant pour l'abus de confiance que pour le manquement à l'obligation fiduciaire. La cour n'a pas traité de la contestation par l'appelante du montant des dommages-intérêts. L'appel a donc été rejeté avec dépens. Je ferai une analyse plus approfondie des motifs du juge de première instance et de ceux de la Cour d'appel dans le cadre de mon examen des questions en litige.

#### Les questions en litige devant notre Cour

Les questions soulevées par le présent pourvoi peuvent être regroupées sous trois rubriques:

(1) *Fiduciary Duty*

Did a fiduciary relationship exist between Corona and Lac which was breached by Lac's acquisition of the Williams property?

(2) *Breach of Confidence*

Did Lac misuse confidential information obtained by it from Corona and thereby deprive Corona of the Williams property?

(3) *Remedy*

What is the appropriate remedy if the answer to (1) or (2) is in the affirmative?

(1) *Did a Fiduciary Relationship Arise between Lac and Corona?*

The consequences attendant on a finding of a fiduciary relationship and its breach have resulted in judicial reluctance to do so except where the application of this "blunt tool of equity" is really necessary. It is rare that it is required in the context of an arm's length commercial transaction. Kennedy J., in "Equity in a Commercial Context," in P. D. Finn, ed., *Equity and Commercial Relationships*, explains why, at p. 15:

It would seem that part of the reluctance to find a fiduciary duty within an arm's length commercial transaction is due to the fact that the parties in that situation have an adequate opportunity to prescribe their own mutual obligations, and that the contractual remedies available to them to obtain compensation for any breach of those obligations should be sufficient. Although the relief granted in the case of a breach of a fiduciary duty will be moulded by the equity of the particular transaction, an offending fiduciary will still be exposed to a variety of available remedies, many of which go beyond mere compensation for the loss suffered by the person to whom the duty was owed, equity, unlike the ordinary law of contract, having [*sic*] regard to the gain obtained by the wrongdoer, and not simply to the need to compensate the injured party.

(1) *L'obligation fiduciaire*

Existait-il des rapports fiduciaires entre Corona et Lac et cette dernière a-t-elle manqué aux obligations qui en résultaient, en faisant l'acquisition du bien-fonds Williams?

(2) *L'abus de confiance*

Lac a-t-elle fait un usage abusif de renseignements confidentiels obtenus de Corona, la privant ainsi du bien-fonds Williams?

(3) *La réparation*

Quelle est la réparation appropriée dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première ou à la deuxième question?

(1) *Y avait-il des rapports fiduciaires entre Lac et Corona?*

La conclusion à l'existence de rapports fiduciaires et à un manquement aux obligations en découlant a des conséquences telles que les tribunaux hésitent à formuler cette conclusion, sauf lorsque le recours à ce «moyen brutal employé en equity» s'impose réellement, ce qui est rarement le cas dans le contexte d'une opération commerciale réalisée par des parties n'ayant aucun lien de dépendance. Le juge Kennedy, dans «Equity in a Commercial Context,» dans P. D. Finn, éd., *Equity and Commercial Relationships*, en donne la raison à la p. 15:

[TRADUCTION] Il semble que la réticence à conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire dans le cadre d'une opération commerciale entre des parties n'ayant pas de lien de dépendance s'explique en partie par le fait que, dans une telle situation, ces dernières ont toutes les possibilités voulues de prescrire elles-mêmes leurs obligations réciproques et que les recours fondés sur le contrat qu'elles peuvent exercer pour se faire indemniser en cas de manquement à ces obligations devraient suffire. Quoique la réparation accordée pour le manquement à une obligation fiduciaire soit fonction de l'aspect que présente une opération donnée du point de vue de l'*equity*, un fiduciaire fautif n'en demeure pas moins exposé à une variété de réparations, dont bon nombre dépassent la simple indemnisation de la perte subie par le créancier de l'obligation, car l'*equity*, contrairement au droit commun en matière contractuelle, tient compte du gain obtenu par le fautif et non pas simplement de la nécessité d'indemniser la partie lésée.



It was submitted that the departure of the courts below from this salutary rule has resulted in a plethora of claims that would impose fiduciary relationships in a commercial-type setting. Writing in *The Advocates' Society Journal*, Aug. 1988, Colin L. Campbell supports this point of view. He states at p. 44:

The *Lac-Corona* decision, together with the decision in *Standard Investments v. Canadian Imperial Bank of Commerce* determining that a banker could be held to a fiduciary duty when he revealed information obtained in confidence, has given rise to a plethora of claims to impose fiduciary obligations where the parties' relationship has been formalized by a contract. In addition to the above principles, such obligations have been imposed on bankers, lawyers, stockbrokers, accountants, and others.

In *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, Dawson J. continued, at pp. 493-94:

The undesirability of extending fiduciary duties to commercial relationships and the anomaly of imposing those duties where the parties are at arm's length from one another was referred to in *Weinberger v Kendrick* (1892) 34 Fed Rules Serv (2d) 450. And in *Barnes v Addy* (1874) 9 Ch App 244 at 251, Lord Selborne LC said: "It is equally important to maintain the doctrine of trusts which is established in this court, and not to strain it by unreasonable construction beyond its due and proper limits. There would be no better mode of undermining the sound doctrines of equity than to make unreasonable and inequitable applications of them."

In our own Court, in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384, Dickson J. (as he then was) referred to a passage from Professor Weinrib's article, "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U. of T. L.J.* 1, at p. 4, wherein the fiduciary obligation is described as "the law's blunt tool". In my opinion, equity's blunt tool must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords.

While equity has refused to tie its hands by defining with precision when a fiduciary relation-

On a fait valoir que l'abandon de cette règle salutaire par les juridictions inférieures en l'espèce a occasionné une pléthore de demandes visant à faire reconnaître l'existence de rapports fiduciaires dans des contextes commerciaux. Écrivant dans *The Advocates' Society Journal*, août 1988, Colin L. Campbell appuie ce point de vue quand il dit, à la p. 44:

[TRADUCTION] La décision *Lac-Corona*, ainsi que la décision *Standard Investments v. Canadian Imperial Bank of Commerce* établissant qu'une obligation fiduciaire pouvait incomber à un banquier qui révélait des renseignements obtenus à titre confidentiel, a donné lieu à une pléthore de demandes visant à faire imposer des obligations fiduciaires dans des cas où les rapports entre les parties étaient constatés par un contrat. Outre les situations évoquées ci-dessus, de telles obligations ont été imposées notamment à des banquiers, à des avocats, à des courtiers en valeurs mobilières et à des comptables.

Dans l'affaire *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, le juge Dawson dit, aux pp. 493 et 494:

[TRADUCTION] La décision *Weinberger v Kendrick* (1892) 34 Fed Rules Serv (2d) 450 mentionne qu'il n'est pas souhaitable d'étendre des obligations fiduciaires aux rapports commerciaux et qu'il est anormal d'en imposer lorsque les parties traitent sans lien de dépendance. De plus, dans l'affaire *Barnes v Addy* (1874) 9 Ch App 244, à la p. 251, le lord chancelier Selborne dit: «Il importe tout autant de maintenir le principe des fiducies établi dans cette cour et de ne pas lui donner d'interprétation déraisonnable qui le fasse dépasser ses limites normales. Il n'est pas de façon plus sûre de miner les solides principes de l'*equity* que d'en faire une application déraisonnable et inéquitable.»

Dans notre propre Cour, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) s'est référé dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 384, à l'extrait d'un article du professeur Weinrib intitulé «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U. of T. L.J.* 1, à la p. 4, où l'obligation fiduciaire est décrite comme «le moyen brutal employé en droit». À mon avis, on ne doit avoir recours au moyen brutal employé en *equity* que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire.

Bien que l'*equity* ait refusé de se lier les mains en précisant les cas donnant naissance à des rap-

ship will arise, certain basic principles must be taken into account. There are some relationships which are generally recognized to give rise to fiduciary obligations: director-corporation, trustee-beneficiary, solicitor-client, partners, principal-agent, and the like. The categories of relationships giving rise to fiduciary duties are not closed nor do the traditional relationships invariably give rise to fiduciary obligation. As pointed out by Dickson J. in *Guerin v. The Queen, supra*, at p. 384:

It is sometimes said that the nature of fiduciary relationships is both established and exhausted by the standard categories of agent, trustee, partner, director, and the like. I do not agree. It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed.

The nature of the relationship may be such that, notwithstanding that it is usually a fiduciary relationship, in exceptional circumstances it is not. See Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, at pp. 21-22. Furthermore, not all obligations existing between the parties to a well-recognized fiduciary relationship will be fiduciary in nature. Southin J., in *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361, observed that the obligation of a solicitor to use care and skill is the same obligation as that of any person who undertakes to carry out a task for reward. Failure to do so does not necessarily result in a breach of fiduciary duty but simply a breach of contract or negligence. She issued this strong caveat against the overuse of claim for breach of fiduciary duty (at p. 362):

Counsel for the plaintiff spoke of this case in his opening as one of breach of fiduciary duty and negligence. It became clear during his opening that no breach of fiduciary duty is in issue. What is in issue is whether the defendant was negligent in advising on the settlement of a claim for injuries suffered in an accident. The

ports fiduciaires, certains principes de base doivent être pris en considération. Il existe en effet des rapports généralement reconnus comme entraînant des obligations fiduciaires: c'est le cas des rapports entre un membre du conseil d'administration et une société, entre un fiduciaire et un bénéficiaire, entre un avocat et son client, entre associés, entre un mandant et son mandataire, etc. Les catégories de rapports entraînant des obligations fiduciaires ne sont pas exhaustives; par ailleurs, les rapports traditionnels ne donnent pas inévitablement naissance à de telles obligations. Ainsi que le fait remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité, à la p. 384:

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives.

La nature des rapports peut être telle que, bien qu'il s'agisse normalement de rapports fiduciaires, ils peuvent dans des circonstances exceptionnelles ne pas avoir ce caractère. Voir Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, aux pp. 21 et 22. D'autre part, les obligations des parties ayant des rapports généralement reconnus comme fiduciaires ne peuvent pas toutes être qualifiées de fiduciaires. Le juge Southin, dans *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361, a souligné que l'obligation d'un avocat de faire preuve de diligence et de compétence est identique à celle qui incombe à quiconque s'engage à accomplir une tâche moyennant paiement. Le non-respect d'une telle obligation n'entraîne pas nécessairement un manquement à une obligation de fiduciaire mais peut constituer simplement une inexécution d'un contrat ou une négligence. Elle a fait une forte mise en garde contre l'utilisation excessive de demandes fondées sur le manquement à des obligations fiduciaires (à la p. 362):

[TRADUCTION] L'avocat de la demanderesse, dans son exposé introductif, a dit qu'il s'agit d'un litige mettant en cause le manquement à des obligations fiduciaires et la négligence. Or, il est devenu évident au cours de son exposé qu'il n'est nullement question de manquement à des obligations fiduciaires. La question

word “fiduciary” is flung around now as if it applied to all breaches of duty by solicitors, directors of companies and so forth. But “fiduciary” comes from the Latin “fiducia” meaning “trust”. Thus, the adjective, “fiduciary” means of or pertaining to a trustee or trusteeship. That a lawyer can commit a breach of the special duty of a trustee, e.g., by stealing his client’s money, by entering into a contract with the client without full disclosure, by sending a client a bill claiming disbursements never made and so forth is clear. But to say that simple carelessness in giving advice is such a breach is a perversion of words. The obligation of a solicitor of care and skill is the same obligation of any person who undertakes for reward to carry out a task. One would not assert of an engineer or physician who had given bad advice and from whom common law damages were sought that he was guilty of a breach of fiduciary duty. Why should it be said of a solicitor? I make this point because an allegation of breach of fiduciary duty carries with it the stench of dishonesty—if not of deceit, then of constructive fraud. See *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.). Those who draft pleadings should be careful of words that carry such a connotation.

When the Court is dealing with one of the traditional relationships, the characteristics or criteria for a fiduciary relationship are assumed to exist. In special circumstances, if they are shown to be absent, the relationship itself will not suffice. Conversely, when confronted with a relationship that does not fall within one of the traditional categories, it is essential that the Court consider: what are the essential ingredients of a fiduciary relationship and are they present? While no ironclad formula supplies the answer to this question, certain common characteristics are so frequently present in relationships that have been held to be fiduciary that they serve as a rough and ready guide. I agree with the enumeration of these features made by Wilson J. in dissent in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99. The majority,

est en réalité de savoir si la défenderesse s’est montrée négligente en donnant un avis sur le règlement d’une réclamation relative à des blessures subies dans un accident. Le mot «fiduciaire» s’emploie actuellement à tout venant comme s’il s’appliquait à tous les manquements à leurs obligations que commettent les avocats, les administrateurs de sociétés, etc. «Fiduciaire» dérive cependant du mot latin «fiducia» qui signifie «confiance». L’adjectif «fiduciaire» veut donc dire «relatif à un fiduciaire ou à une fiducie». Qu’un avocat puisse manquer à l’obligation particulière d’un fiduciaire, p. ex. en volant l’argent de son client, en concluant un contrat avec son client sans lui en révéler tous les détails, en envoyant à son client un compte pour des débours fictifs, etc., cela est bien évident. Prétendre toutefois que commettre une simple négligence quand il donne un avis constitue un tel manquement, c’est dénaturer le sens des mots. L’obligation de diligence et de compétence d’un avocat est identique à celle de quiconque s’engage moyennant paiement à accomplir une tâche. On ne dirait pas d’un ingénieur ou d’un médecin qui a donné de mauvais conseils et à qui on réclame des dommages-intérêts en *common law* qu’il s’est rendu coupable d’un manquement à une obligation fiduciaire. Pourquoi le dirait-on donc d’un avocat? J’insiste sur ce point parce qu’une allégation de manquement à des obligations fiduciaires dégage un relent de malhonnêteté, et sinon de supercherie à tout le moins d’inférence de fraude. Voir *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.). Ceux qui dressent des actes de procédure doivent se méfier de mots ayant une telle connotation.

Quand un tribunal se trouve devant l’un des rapports traditionnels, l’existence des caractéristiques ou des critères d’un rapport fiduciaire est tenue pour acquise. Dans des circonstances particulières, si leur inexistence est démontrée, la seule existence du rapport en question ne suffit pas. À l’inverse, face à des rapports qui ne relèvent d’aucune catégorie traditionnelle, le tribunal doit se demander quels sont les éléments essentiels d’un rapport fiduciaire et s’ils existent en l’occurrence. Bien qu’il n’y ait pas de formule absolue qui permette de répondre à cette question, certaines caractéristiques communes se manifestent assez fréquemment, dans des rapports qui ont été jugés fiduciaires, pour servir de guide sommaire. Selon moi, ce sont les caractéristiques énumérées par le juge Wilson, dissidente dans l’affaire *Frame v. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99. La majorité, bien qu’arrivée à une conclusion différente, n’a pas

although disagreeing in the result, did not disapprove of the following statement, at pp. 135-36:

A few commentators have attempted to discern an underlying fiduciary principle but, given the widely divergent contexts emerging from the case law, it is understandable that they have differed in their analyses: see, for example, E. Vinter, *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts* (3rd ed. 1955); Ernest J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1; Gareth Jones, "Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 *L.Q.R.* 472; George W. Keeton and L.A. Sheridan, *Equity* (1969), at pp. 336-52; Shepherd, [*The Law of Fiduciaries*], at p. 94. Yet there are common features discernible in the contexts in which fiduciary duties have been found to exist and these common features do provide a rough and ready guide to whether or not the imposition of a fiduciary obligation on a new relationship would be appropriate and consistent.

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

It is possible for a fiduciary relationship to be found although not all of these characteristics are present, nor will the presence of these ingredients invariably identify the existence of a fiduciary relationship.

The one feature, however, which is considered to be indispensable to the existence of the relationship, and which is most relevant in this case, is that of dependency or vulnerability. In this regard, I agree with the statement of Dawson J. in *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, *supra*, at p. 488, that:

There is, however, the notion underlying all the cases of fiduciary obligation that inherent in the nature of the relationship itself is a position of disadvantage or vulnerability on the part of one of the parties which causes him to place reliance upon the other and requires the protec-

désapprouvé la déclaration suivante, aux pp. 135 et 136:

Quelques auteurs ont tenté de faire ressortir un principe fiduciaire sous-jacent mais, compte tenu de la grande variété de contextes qui ressortent de la jurisprudence, on peut comprendre qu'ils ont abordé la question de façons différentes: voir, par exemple, E. Vinter, *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts* (3rd ed. 1955); Ernest J. Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1; Gareth Jones, «Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty» (1968), 84 *L.Q.R.* 472; George W. Keeton et L. A. Sheridan, *Equity* (1969), aux pp. 336 à 352; Shepherd, [*The Law of Fiduciaries*], à la p. 94. Toutefois, des caractéristiques communes ressortent des contextes dans lesquels on a établi l'existence de devoirs fiduciaires et celles-ci constituent un guide sommaire et existant pour déterminer si l'imposition d'une obligation fiduciaire à l'égard d'un nouveau rapport est appropriée et compatible avec ce qui existe.

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Il est possible de conclure qu'il y a des rapports fiduciaires, même si toutes ces caractéristiques ne sont pas présentes. Par ailleurs, leur présence n'est pas toujours concluante quant à l'existence de rapports fiduciaires.

Toutefois la seule caractéristique jugée indispensable à l'existence de rapports fiduciaires — la plus pertinente en l'espèce — est celle de la dépendance ou de la vulnérabilité. À ce propos, je souscris à l'avis exprimé par le juge Dawson dans l'affaire *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, précitée, à la p. 488:

[TRADUCTION] Cependant, sous-jacente à tous les cas d'obligation fiduciaire est la notion que, de par la nature des rapports eux-mêmes, l'une des parties se trouve désavantagée ou vulnérable et, pour cette raison, fait confiance à l'autre partie et doit bénéficier en consé-

tion of equity acting upon the conscience of that other  
....

The necessity for this basic ingredient in a fiduciary relationship is underscored in Professor Weinrib's statement, quoted in *Guerin, supra*, at p. 384 that:

"... the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion."

To the same effect is the discussion by Professor Ong in "Fiduciaries: Identification and Remedies" (1986), 8 *U. of Tasm. L. Rev.* 311, in which he suggests that the element which gives rise to and is common to all fiduciary relationships is the "implicit dependency by the beneficiary on the fiduciary". This condition of dependency moves equity to subject the fiduciary to its strict standards of conduct.

Two caveats must be issued. First, the presence of conduct that incurs the censure of a court of equity in the context of a fiduciary duty cannot itself create the duty. In *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129, at p. 232, Megarry V.-C. said:

If there is a fiduciary duty, the equitable rules about self-dealing apply; but self-dealing does not impose the duty. Equity bases its rules about self-dealing upon some pre-existing fiduciary duty: it is a disregard of this pre-existing duty that subjects the self-dealer to the consequences of the self-dealing rules. I do not think that one can take a person who is subject to no pre-existing fiduciary duty and then say that because he self-deals he is thereupon subjected to a fiduciary duty.

Second, applying the same principle, the fact that confidential information is obtained and misused cannot itself create a fiduciary obligation. No doubt one of the possible incidents of a fiduciary relationship is the exchange of confidential information and restrictions on its use. Where, however, the essence of the complaint is misuse of confidential information, the appropriate cause of

quence de la protection de l'*equity* qui fait appel à la conscience de cette autre partie ...

La nécessité de cet élément fondamental dans des rapports fiduciaires est soulignée dans la déclaration du professeur Weinrib, citée dans l'affaire *Guerin*, précitée, à la p. 384:

[TRADUCTION] «... la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre».

Dans le même ordre d'idées, le professeur Ong dans «Fiduciaries: Identification and Remedies» (1986), 8 *U. of Tasm. L. Rev.* 311, suggère que l'élément qui fait naître tous les rapports fiduciaires et qui leur est commun est [TRADUCTION] «le fait que le bénéficiaire dépend implicitement du fiduciaire». Cet état de dépendance amène l'*equity* à soumettre le fiduciaire à ses strictes normes de conduite.

Deux mises en garde s'imposent ici. Tout d'abord, la seule existence d'une conduite qui suscite la réprobation d'une cour d'*equity* dans le contexte d'une obligation fiduciaire ne saurait par elle-même engendrer cette obligation. Dans *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129, à la p. 232, le vice-chancelier Megarry dit:

[TRADUCTION] S'il y a obligation fiduciaire, les règles de l'*equity* en matière de transactions intéressées s'appliquent, mais le fait d'agir de façon intéressée n'impose pas le devoir. Les règles de l'*equity* en matière de transactions intéressées reposent sur quelque devoir fiduciaire préexistant: c'est le manquement à ce devoir qui soumet celui qui agit de façon intéressée aux conséquences propres aux règles applicables en matière de transactions intéressées. Je ne crois pas que l'on puisse dire qu'une personne non assujettie à un devoir fiduciaire préexistant, parce qu'elle agit de façon intéressée, est dès lors soumise à un devoir fiduciaire.

Ensuite, suivant le même principe, le fait d'obtenir des renseignements confidentiels et de s'en servir à des fins illégitimes ne suffit pas pour faire naître une obligation fiduciaire. Il est certain qu'un aspect possible d'un rapport fiduciaire est l'échange de renseignements confidentiels et l'établissement de restrictions quant à leur utilisation. Toutefois quand on se plaint essentiellement de

action in favour of the party aggrieved is breach of confidence and not breach of fiduciary duty.

In my opinion, both the trial judge and the Court of Appeal erred in coming to the conclusion that a fiduciary relationship existed between Corona and Lac. In my respectful opinion, both the trial judge and the Court of Appeal erred by not giving sufficient weight to the essential ingredient of dependency or vulnerability and too much weight to other factors. The latter are as follows:

(a) that the state of the negotiations attracted the principle in *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676;

(b) that Lac had sought out Corona;

(c) that the geochemical program constituted an embarkation on a joint venture;

(d) that Corona had divulged confidential information to Lac;

(e) that a practice in the mining industry supported the existence of a fiduciary relationship;

(f) that the parties were negotiating towards a common object.

#### The *United Dominions* Case

This is a decision of the High Court of Australia involving a joint venture between three parties, United Dominions Corporation (UDC), Security Projects Ltd. (SPL) and Brian Pty. Ltd. (Brian). Land was purchased with money provided by the joint venture and was to be developed for a hotel and shopping centre. SPL acted as agent for the joint venturers and held moneys in trust which had been provided by the joint venture. UDC acted as principal financier of the project with the balance of the funds being provided by the other joint venturers. Prior to the alleged breach of fiduciary duty, the percentage participation of each joint venturer had been set and substantial amounts had been contributed by them. The land was mortgaged to UDC as security for borrowings by SPL which acted as agents for Brian and others in this

l'utilisation abusive de renseignements confidentiels, c'est sur l'abus de confiance plutôt que sur le manquement aux obligations fiduciaires que la partie lésée doit fonder son action.

<sup>a</sup> À mon avis, c'est à tort que le premier juge et la Cour d'appel ont conclu à l'existence de rapports fiduciaires entre Corona et Lac. J'estime, avec égards, que le juge de première instance et la Cour d'appel ont commis une erreur en ne prêtant pas suffisamment d'importance à l'élément essentiel qu'est la dépendance ou la vulnérabilité et en accordant trop d'importance aux facteurs suivants:

<sup>c</sup> a) l'état des négociations justifiait d'appliquer le principe posé dans la décision *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676;

<sup>d</sup> b) c'était Lac qui avait fait des démarches auprès de Corona;

c) le programme géochimique constituait le début d'une entreprise conjointe;

<sup>e</sup> d) Corona avait révélé des renseignements confidentiels à Lac;

e) l'existence d'un rapport fiduciaire était appuyée par une pratique dans l'industrie minière;

<sup>f</sup> f) les parties négociaient en vue de la réalisation d'un objet commun.

#### L'affaire *United Dominions*

<sup>g</sup> Il s'agit d'une décision de la Haute Cour d'Australie portant sur une entreprise conjointe à laquelle participaient trois parties: United Dominions Corporation (UDC), Security Projects Ltd. (SPL) et Brian Pty. Ltd. (Brian). Des terrains <sup>h</sup> achetés avec des fonds venant de l'entreprise conjointe devaient être aménagés en vue de la construction d'un hôtel et d'un centre commercial. SPL agissait en qualité de mandataire des participantes à l'entreprise conjointe et détenait en fiducie des <sup>i</sup> fonds provenant de l'entreprise conjointe. Le projet était financé principalement par UDC, le reste des fonds étant fourni par les autres participantes. Avant le manquement allégué aux obligations fiduciaires, la part de chacun avait été fixée et les <sup>j</sup> participantes avaient versé des sommes considérables. Une hypothèque sur les terrains avait été

respect. All this was consistent with the terms of a draft joint venture agreement that had been circulated among the participants and eventually was executed.

The mortgage which SPL granted to UDC contained a "collateralisation clause" which had the effect of subjecting lands of the joint venture to debts incurred by SPL extraneous to the joint venture. UDC was "fully aware that the land registered in the name of SPL was held in circumstances which required SPL to account to the intended partners" (*per* Gibbs C.J., at p. 678).

The enforcement of the collateralisation clause by UDC resulted in the loss of Brian's investment and of course it obtained no return thereon.

In light of the above, the court concluded that the parties had embarked on a joint venture which the court found to be plainly a partnership. The court further found, at p. 680, that prior to the grant of the first mortgage, the "arrangements between the prospective joint venturers had passed far beyond the stage of mere negotiation". Clearly, if the draft agreement had not been signed subsequently, an agreement substantially in accordance with its terms would have been found to exist by the court. Prior to its execution, the relationship of UDC, SPL and Brian was that of a *de facto* partnership or joint venture. Furthermore, Brian entrusted SPL with its funds and its interest in the land with the full knowledge of UDC. Brian was therefore "at the mercy of their discretion". In this respect the case is clearly distinguishable from the case at bar. The trial judge found that Lac and Corona "were clearly negotiating towards a joint venture or some other business relationship". The respondent had pleaded that a partnership agreement existed between it and the appellant but this claim was abandoned. In this respect, the trial judge found as follows: "The most that can be said is that the parties came to an informal oral understanding as to how each would conduct itself in

consentie à UDC en garantie des sommes empruntées par SPL qui, à cet égard, agissait en tant que mandataire de Brian et d'autres personnes. Tout cela était conforme aux conditions d'un projet d'accord d'entreprise conjointe communiqué aux participantes et finalement signé par elles.

L'hypothèque consentie par SPL à UDC contenait une «clause de constitution de garantie» laquelle avait pour effet de grever des terrains de l'entreprise conjointe de dettes contractées par SPL sans rapport avec l'entreprise conjointe. UDC [TRADUCTION] «savait très bien que les terrains enregistrés au nom de SPL étaient détenus par celle-ci dans des circonstances qui lui imposaient l'obligation de rendre compte à celles qui devaient devenir ses associées» (le juge en chef Gibbs, à la p. 678).

UDC s'est prévalu de la clause constitutive de garantie et Brian a perdu les sommes investies, qui ne lui ont donc rien rapporté.

Compte tenu de ces faits, la cour a conclu que les parties s'étaient engagées dans une entreprise conjointe qui, a-t-elle jugé, constituait manifestement une société de personnes. La cour a décidé en outre, à la p. 680, qu'avant que la première hypothèque soit consentie, les [TRADUCTION] «rapports entre les futurs participantes à l'entreprise conjointe avaient franchi de beaucoup l'étape des simples négociations». De toute évidence, si le projet d'accord n'avait pas été signé par la suite, la cour aurait conclu à l'existence d'un accord correspondant essentiellement au même contenu. Avant la conclusion de l'accord, les rapports entre UDC, SPL et Brian étaient ceux d'une société ou entreprise conjointe de fait. De plus, UDC savait parfaitement que Brian avait confié à SPL son argent et sa part dans les terrains. Brian se trouvait en conséquence [TRADUCTION] «à leur merci». Sous cet aspect, cette affaire diffère très nettement de la présente instance. En l'espèce, le premier juge a conclu que Lac et Corona [TRADUCTION] «négociaient manifestement en vue d'une entreprise conjointe ou de quelque autre rapport d'affaires». L'intimée avait allégué l'existence d'un contrat de société entre elle et l'appelante, mais a abandonné cet argument. Sur ce point, le juge de première

anticipation of a joint venture or some other business arrangement". (Emphasis added.)

The parties here had not advanced beyond the negotiation stage. Indeed, they had not as yet identified what precisely their relationship should be. Furthermore, Corona did not confer on Lac any discretionary power to acquire the Williams property. Lac proceeded unilaterally to acquire the property for itself allegedly making use of confidential information, and that essentially is the ground of Corona's complaint.

The Court of Appeal recognized that this case differed from the *United Dominions* case, *supra*, at p. 317. In its opinion, however, the other factors present in the case which I have enumerated above, (a) to (f), made up for the difference.

I cannot find that factor (b) adds very much to the case in favour of a finding that a fiduciary relationship existed. In every commercial venture, one of the parties approaches the other. Corona was seeking a senior mining company and Lac responded with an expression of interest. This is not an *indicium* of a fiduciary relationship. Nor can I accept that factor (c), the arrangement as to the geochemical program, was a step in the implementation of a joint venture. The trial judge did not so find and the evidence is too sketchy to be able to relate this activity to any proposed agreement between the parties, the nature of which itself was undetermined. With respect to factor (d) as explained above, the supply of confidential information is not necessarily referable to a fiduciary relationship and is therefore at best a neutral factor. The other two factors, (e) and (f), require more extensive consideration.

instance a tiré la conclusion suivante: [TRADUCTION] «On peut affirmer tout au plus que les parties en sont venues à une entente verbale non formelle quant à la façon dont chacune se comporterait en prévision d'une entreprise conjointe ou de quelque autre entreprise». (Je souligne.)

Les parties en l'espèce n'étaient pas allées au-delà de l'étape des négociations. En réalité, elles n'avaient pas encore précisé la forme que devaient prendre leurs rapports. Qui plus est, Corona n'avait conféré à Lac aucun pouvoir discrétionnaire de se porter acquéreur du bien-fonds Williams. Lac a procédé unilatéralement à l'acquisition du bien-fonds pour elle-même, se servant à cette fin, prétend-on, de renseignements confidentiels, et c'est là-dessus que repose essentiellement la plainte de Corona.

La Cour d'appel a reconnu que la présente espèce différait de l'affaire *United Dominions*, précitée, à la p. 317. À son avis, toutefois, cette différence était compensée par les autres facteurs, a) à f), que j'ai déjà énumérés.

Je ne puis conclure que le point b) étaye vraiment l'argument en faveur de l'existence d'un rapport fiduciaire. Dans toutes les entreprises commerciales, l'une des parties fait des démarches auprès de l'autre. Corona cherchait l'aide d'une grande société minière et Lac, de son côté, a manifesté de l'intérêt. Ce n'est pas là un indice de l'existence d'un rapport fiduciaire. Je ne puis accepter non plus que le point c), celui de l'entente relative au programme géochimique, représentait un pas dans l'exécution d'une entreprise conjointe. Le premier juge n'a pas tiré de telle conclusion et la preuve est trop incomplète pour qu'on puisse faire un lien quelconque entre cette activité et tout projet d'entente entre les parties, entente dont la nature était elle-même indéterminée. Pour ce qui est du point d), ainsi que je l'ai déjà expliqué, la communication de renseignements confidentiels n'est pas nécessairement indicatif d'un rapport fiduciaire et demeure tout au plus un facteur neutre. Les deux autres facteurs, e) et f), nécessitent un examen plus approfondi.



### The Practice in the Industry

The trial judge concluded as follows, at pp. 537-38:

I conclude, following *Cunliffe-Owen, supra*, that there is a practice in the mining industry that imposes an obligation when parties are seriously negotiating not to act to the detriment of each other.

He did so on the basis of the following evidence with which all experts were in agreement (at pp. 536-37):

(Mr. Allen) A. If one geologist goes to another geologist and says, are you interested in making some sort of a deal and between the two of them, they agree that they should consider seriously the possibility of making a deal, I think for a short period of time that while they are exploring that, that any transference of data would be—I would hope the geologists would be competent enough to identify the difference between published, unpublished, confidential and so on but in the case that they weren't, there was just some exchange of conversation or physical data, then I would say that while both of them were seriously and honestly engaged in preparing a deal, that Lac and the other party would both have a duty towards each other not to hurt each other as the result of any information that was exchanged.

Q. . . . Does the obligation not to harm each other that you referred to, et cetera, flow from the fact that they were in negotiation or discussion about a possible deal itself so long as it's a serious matter as you said?

(Mr. Allen). Yes.

No examples were apparently given illustrating the operation of this practice. *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421, which was referred to by the trial judge and relied on by the Court of Appeal, is a contract case. The principle is well established in contract law. It is accurately expressed by Ungoed-Thomas J. at p. 1438:

For the practice to amount to such a recognised usage, it must be certain, in the sense that the practice is clearly established; it must be notorious, in the sense that it is so well known, in the market in which it is alleged to exist, that those who conduct business in that market contract

### La pratique dans l'industrie

Voici la conclusion du juge de première instance, aux pp. 537 et 538:

*a* [TRADUCTION] Me fondant sur la décision *Cunliffe-Owen*, précitée, je conclus qu'il existe dans l'industrie minière une pratique qui impose à des parties qui mènent des négociations sérieuses une obligation de ne pas agir l'une au détriment de l'autre.

*b* Cette conclusion reposait sur le témoignage suivant, auquel ont souscrit tous les experts (aux pp. 536 et 537):

(M. Allen) [TRADUCTION] R. Lorsqu'un géologue va trouver un autre géologue et lui demande s'il est intéressé à conclure une affaire avec lui, et que tous deux conviennent qu'ils devraient considérer sérieusement la possibilité de conclure cette affaire, je crois que pendant une courte période lorsqu'ils songent à cette affaire, toute communication de données serait—j'ose espérer que les géologues auraient la compétence nécessaire pour faire la distinction entre des données publiées, non publiées, confidentielles et ainsi de suite, mais si tel n'était pas le cas, s'il n'y avait qu'un échange de conversations ou de données matérielles, je dirais alors que lorsqu'ils sont tous deux sérieusement et honnêtement appliqués à préparer une affaire, Lac et l'autre partie auraient l'une et l'autre l'obligation réciproque de ne pas se nuire par suite de l'échange de renseignements.

*f* Q. . . . L'obligation de ne pas se nuire, etc., dont vous avez fait mention, découle-t-elle du fait qu'elles négociaient ou traitaient relativement à un accord éventuel, pourvu que ces négociations soient sérieuses, comme vous l'avez dit?

(M. Allen). Oui.

*h* Aucun exemple de l'application de cette pratique ne semble avoir été fourni. L'affaire *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421, qu'a mentionnée le juge de première instance et sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel, relève du domaine contractuel. Or, ce principe est bien établi en droit des contrats et le juge Ungoed-Thomas l'énonce correctement, à la p. 1438:

*j* [TRADUCTION] Pour que la pratique équivaille à un tel usage reconnu, elle doit être certaine en ce sens qu'elle est clairement établie; elle doit être notoire en ce sens qu'elle est si bien connue sur le marché où l'on prétend qu'elle existe, qu'elle devient une condition implicite de

with the usage as an implied term; and it must be reasonable.

The burden lies on those alleging "usage" to establish it . . . .

The practice that has to be established consists of a continuity of acts, and those acts have to be established by persons familiar with them, although, as is accepted before me, they may be sufficiently established by such persons without a detailed recital of instances. Practice is not a matter of opinion, of even the most highly qualified expert, as to what it is desirable that the practice should be. However, evidence of those versed in a market — so it seems to me—may be admissible and valuable in identifying those features of any transaction that attract usage . . . .

It is understandable that, in a contract setting, a practice that is notorious and clearly defined and relevant to the business under discussion should be incorporated as a term. It can readily be inferred that the parties agreed to it. It is a considerable leap from this principle to erect a fiduciary relationship on the basis of such a practice. No authority was cited to the Court that this concept can simply be transplanted in this fashion. It is significant that the trial judge did not rely on this evidence in finding that a fiduciary obligation existed (pp. 776-77). Moreover, accepting the evidence at face value, it is more consistent with the obligation of confidence. The practice relates to a duty which arises upon the exchange of confidential information. Furthermore, in the absence of any illustrations of the operation of the practice, we are left with an expert's opinion on what is essentially a question of law—the existence of a fiduciary duty. The practice among geologists to act honourably towards each other is no doubt admirable and a practice to be fostered, but it should not be used to create a fiduciary relationship where one does not exist.

#### Common Object

The Court of Appeal stressed that the parties were not simply negotiating an ordinary commercial contract but were negotiating in furtherance of a common object. This factor does not particu-

tout contrat conclu par ceux qui font des affaires sur ce marché; elle doit en outre être raisonnable.

Il incombe à ceux qui invoquent «l'usage» d'en prouver l'existence . . .

<sup>a</sup> La pratique qui doit être prouvée consiste en une suite ininterrompue d'actes dont l'accomplissement est à établir par des personnes qui en ont connaissance, quoique, comme on l'admet devant moi, ils puissent être établis d'une manière suffisante par ces personnes sans qu'elles ne fassent une relation détaillée d'exemples. L'existence d'une pratique ne tient nullement à une opinion, fût-ce celle de l'expert le mieux qualifié, quant à ce que la pratique devrait idéalement être. Toutefois, le témoignage de ceux qui connaissent à fond le marché peut, à ce qu'il me semble, être admissible et utile aux fins de la détermination des aspects d'une opération donnée auxquels s'applique un usage . . .

On comprend bien que, dans un contexte contractuel, une pratique qui est notoire et bien définie et qui se rapporte à l'opération en question doit y être incorporée comme condition. On peut facilement inférer que c'est ce qu'avaient convenu les parties. Mais de ce principe à la création d'un rapport fiduciaire fondé sur cette pratique, il y a très loin. On n'a cité en cette Cour aucune décision établissant qu'on peut simplement transposer ce concept de cette manière. Il est révélateur que le juge de première instance ne se soit pas appuyé sur cette preuve pour conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire (pp. 776 et 777). De plus, la preuve prise telle quelle tend davantage à établir une obligation fondée sur des rapports de confiance. La pratique se rapporte en effet à une obligation qui prend naissance dès l'échange de renseignements confidentiels. En outre, à défaut d'illustrations de l'application de cette pratique, il ne nous reste que l'opinion d'un expert sur ce qui est essentiellement une question de droit, savoir l'existence d'une obligation fiduciaire. La pratique parmi les géologues d'agir honorablement l'un envers l'autre est sans doute admirable et à encourager, mais elle ne devrait pas servir à créer des rapports fiduciaires là où il n'y en a pas.

#### Le but commun

La Cour d'appel a souligné que les parties ne faisaient pas que négocier un contrat commercial ordinaire, mais qu'elles négociaient en vue d'atteindre un but commun. Cet élément ne marque

larly distinguish negotiations in furtherance of any partnership or joint venture. All such negotiations seek to achieve a common object, namely the accomplishment of the business venture for which the partnership or joint venture is sought to be formed. I do not see how this factor can elevate negotiations to something more.

### *Dependency or Vulnerability*

In my opinion, this vital ingredient was virtually lacking in this case. Its absence cannot be replaced by any of the factors mentioned above. The Court of Appeal dealt with it as follows, at pp. 49-50:

It was a case of negotiations between a junior mining company (Corona) whose primary activities were those of locating, staking and evaluating mining claims and a senior mining company (LAC) whose activities included all of the above together with the practice and experience of bringing into production and operating gold mining properties. It was a case of the senior company seeking out the junior company in order to obtain information with respect to mining claims already owned by the junior company and to discuss a joint business venture. Having regard to the practice found to exist in the industry with respect to the obligation not to act to the detriment of each other, particularly with respect to confidential information disclosed, it was to be expected that Corona would divulge confidential information to LAC during the course of their negotiations. In those circumstances, it is only just and proper that the court find that there exists a fiduciary relationship with its attendant responsibilities of dealing fairly including, but not limited to, the obligation not to benefit at the expense of the other from information received by one from the other.

This statement seems to imply that there was a kind of physical or psychological dependency here which attracted fiduciary duty. Illustrations of this type of dependency are not difficult to find. They include parent and child, priest and penitent and the like. Clearly, a dependency of this type did not exist here. While it is perhaps possible to have a dependency of this sort between corporations, that cannot be so when, as here, we are dealing with experienced mining promoters who have ready access to geologists, engineers and lawyers. The fact that they were anxious to make a deal with a senior mining company surely cannot attract the

pas de façon particulière des négociations visant la création d'une société de personnes ou d'une entreprise conjointe. Toutes négociations de ce genre ont pour objet la réalisation d'un objet commun, c'est-à-dire mener à bien l'entreprise qui constitue la raison d'être de la société de personnes ou de l'entreprise conjointe envisagée. Je vois mal comment ce facteur peut ériger des négociations en quelque chose de plus.

### *La dépendance ou la vulnérabilité*

À mon avis, cet élément vital était presque inexistant en l'espèce. Son absence ne saurait être suppléée par l'un des facteurs susmentionnés. La Cour d'appel dit à ce propos, aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] C'est un cas de négociations entre une petite société minière (Corona), dont les activités principales consistaient à découvrir, à jalonner et à évaluer des claims, et une grande société minière (LAC), qui exerçait les mêmes activités et qui possédait en outre de l'expérience dans l'exploitation de terres aurifères. Dans ce cas, c'est la grande société qui a abordé la petite pour obtenir des renseignements relatifs à des claims qui appartenaient déjà à cette dernière et afin de discuter d'une entreprise conjointe. Eu égard à la pratique constatée dans l'industrie en question relativement à l'obligation de ne pas agir l'un au détriment de l'autre, particulièrement en ce qui concerne les renseignements confidentiels communiqués, on pouvait s'attendre à ce que Corona révèle des renseignements confidentiels à LAC au cours de leurs négociations. Dans ces circonstances, il n'est que juste et convenable que la cour conclue à l'existence d'un rapport fiduciaire avec l'obligation qu'il comporte d'agir loyalement, ce qui englobe notamment celle de ne pas tirer avantage aux dépens de l'autre partie de renseignements fournis par celle-ci.

Ce passage semble sous-entendre qu'il existait dans la présente affaire une sorte de dépendance physique ou psychologique d'où naissait une obligation fiduciaire. Il ne manque pas d'exemples de ce type de dépendance. Elle existe entre parents et enfants et entre prêtre et pénitent, pour ne mentionner que ceux-là. Visiblement, il n'y avait pas de telle dépendance en l'espèce. Bien qu'une dépendance de ce genre soit peut-être possible entre sociétés, cette possibilité est à écarter lorsque, comme c'est le cas ici, il s'agit de promoteurs miniers expérimentés qui ont facilement accès à des géologues, à des ingénieurs et à des avocats. Le

special protection of equity. If confidential information was disclosed and misused, there is a remedy which falls short of classifying the relationship as fiduciary. In *Frame v. Smith, supra*, Wilson J. dealt with this indicia of fiduciary duty in the following language (at pp. 137-38):

This vulnerability arises from the inability of the beneficiary (despite his or her best efforts) to prevent the injurious exercise of the power or discretion combined with the grave inadequacy or absence of other legal or practical remedies to redress the wrongful exercise of the discretion or power. Because of the requirement of vulnerability of the beneficiary at the hands of the fiduciary, fiduciary obligations are seldom present in the dealings of experienced businessmen of similar bargaining strength acting at arm's length: see, for example, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.); aff'd [1975] 1 S.C.R. 2. The law takes the position that such individuals are perfectly capable of agreeing as to the scope of discretion or power to be exercised, i.e., any "vulnerability" could have been prevented through the more prudent exercise of their bargaining power and the remedies for the wrongful exercise or abuse of that discretion or power . . . are adequate in such a case.

If Corona placed itself in a vulnerable position because Lac was given confidential information, then this dependency was gratuitously incurred. Nothing prevented Corona from exacting an undertaking from Lac that it would not acquire the Williams property unilaterally. And yet the trial judge found that while the Williams property was discussed by Bell and Sheehan, the latter did not agree not to acquire the Williams property. Indeed it does not appear that Lac was ever asked to refrain from so doing. In the letter dated May 19, Sheehan wrote to Bell in part as follows:

As discussed we should entertain the possibility of Corona participate [*sic*] in the Hughes ground and that should be actively pursued.

The reference to the Hughes ground included the Williams property. It would seem that the possibil-

fait qu'ils étaient impatients de conclure une entente avec une grande société minière ne leur fait certainement pas bénéficier de la protection spéciale offerte par l'*equity*. Si des renseignements confidentiels ont été révélés et utilisés d'une manière abusive, il existe un recours qui n'exige pas de qualifier de fiduciaires les rapports en question. Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité, le juge Wilson traite ainsi de cet indice de l'existence d'une obligation fiduciaire (aux pp. 137 et 138):

Cette vulnérabilité découle de l'incapacité du bénéficiaire (malgré ses meilleurs efforts) d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire combiné à la grave insuffisance ou à l'absence de tout autre recours juridique ou pratique pour réparer l'exercice injustifié du pouvoir discrétionnaire. Étant donné l'exigence de vulnérabilité du bénéficiaire devant le fiduciaire, les obligations fiduciaires sont rarement présentes dans les opérations entre hommes d'affaires d'expérience ayant des pouvoirs de négociation semblables et agissant sans lien de dépendance: voir, par exemple, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. [1975] 1 R.C.S. 2. Le droit a adopté la position que ces personnes sont parfaitement capables de venir à un accord sur la portée du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé, c'est-à-dire que toute «vulnérabilité» aurait pu être empêchée par l'exercice plus prudent de leur pouvoir de négociation et les recours contre l'exercice injustifié ou l'abus de ce pouvoir discrétionnaire[. . .]sont adéquats dans un tel cas.

Si Corona s'est placée dans une position de vulnérabilité du fait d'avoir donné à Lac des renseignements confidentiels, alors c'est une dépendance créée tout à fait gratuitement. Rien n'empêchait Corona d'exiger que Lac s'engage à ne pas se porter unilatéralement acquéreur du bien-fonds Williams. Pourtant, le juge de première instance a conclu que Bell et Sheehan avaient bien parlé dudit bien-fonds, mais que Sheehan n'avait pas convenu de ne pas l'acheter. De fait, on n'a apparemment jamais demandé à Lac de s'en abstenir. Dans sa lettre à Bell datée du 19 mai, Sheehan dit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons dit, on devrait envisager la possibilité de la participation de Corona à ce qui se fait sur le bien-fonds Hughes et travailler activement à la réalisation de cette participation.

La mention du bien-fonds Hughes comprenait le bien-fonds Williams. Or, il semble que la possibi-

ity of Corona participating could only come about if the property were acquired. This would suggest that the parties contemplated that Lac might acquire the property in which event Corona would have a possibility of participating. At the very least Lac might reasonably have considered that such a course of action was open to it. In view of the abandonment by Corona of any contractual claim, I conclude that even this limited protection was not secured by any contractual arrangement.

Accordingly, if Corona gave up confidential information, it did so without obtaining any contractual protection which was available to it. This and the fact that misuse of confidential information is the subject of an alternate remedy strongly militate against the application here of equity's blunt tool. I now turn to that alternate remedy, breach of confidence.

## (2) *Breach of Confidence*

Both the trial judge and the Court of Appeal applied three criteria in determining whether a breach of confidence had been made out by the respondent. These elements are:

### (i) Confidential Information

Did Corona supply Lac with information having a quality of confidence about it?

### (ii) Communication in Confidence

Did Corona communicate this information to Lac in circumstances in which an obligation of confidence arises?

### (iii) Misuse of Information

Did Lac by acquiring the Williams property to the exclusion of Corona misuse or make an unauthorized use of the information?

The trial judge made findings of fact in favour of the respondent with respect to each of these criteria:

### (i) Confidential Information

In the present case much of the information transmitted by Corona to Lac was private and had not been

lité de la participation de Corona ne pouvait se réaliser que dans l'hypothèse de l'acquisition du bien-fonds. Cela porte donc à croire que les parties ont envisagé l'acquisition éventuelle du bien-fonds par Lac, auquel cas Corona aurait eu la possibilité de participer. Tout au moins, Lac aurait pu raisonnablement penser qu'il lui était permis d'agir ainsi. Vu l'abandon par Corona de toute réclamation fondée sur un contrat, je conclus qu'il n'y avait aucun contrat garantissant même cette protection limitée.

Il s'ensuit que, si Corona a fourni des renseignements confidentiels, elle l'a fait sans obtenir la protection contractuelle qu'elle aurait pu se ménager. Cela et le fait que l'emploi abusif de renseignements confidentiels donne ouverture à un autre recours militent fortement contre l'utilisation en l'espèce du moyen brutal employé en *equity*. Je viens maintenant à cet autre recours, celui fondé sur l'abus de confiance.

## (2) *L'abus de confiance*

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont appliqué trois critères pour déterminer si l'intimée avait établi l'abus de confiance. Ces critères sont les suivants:

### (i) Renseignements confidentiels

Corona a-t-elle fourni à Lac des renseignements ayant un caractère confidentiel?

### (ii) Communication faite en confiance

Corona a-t-elle transmis ces renseignements à Lac dans des circonstances faisant naître une obligation de confidentialité?

### (iii) Utilisation abusive de renseignements

En se portant acquéreur du bien-fonds Williams à l'exclusion de Corona, Lac a-t-elle fait un usage abusif ou non autorisé des renseignements?

Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait favorables à l'intimée relativement à chacun de ces critères:

### (i) Renseignements confidentiels

[TRADUCTION] En l'espèce, une bonne partie des renseignements communiqués par Corona à Lac étaient

published. There is no doubt, however, that Corona wished to attract investors. Drill hole results were published on a regular basis and incorporated in George Cross Newsletters [*sic*]. Mr. Bell permitted himself to be quoted in the March 20th George Cross Newsletter and made a presentation to a group of stockbrokers in Vancouver.

Mr. Bell also quite freely discussed the Corona results with brokers, investors and friends. Lac, however, was told more than the general public. Mr. Sheehan was shown the core, the drill plan and sections on May 6th. He discussed the geology with Mr. Bell on May 6th, May 8th and June 30th, and a full presentation with up-to-date results was made to Lac on June 30th [at p. 774].

### (ii) Communication in Confidence

I find as a fact that on May 6, 1981, there was no mention of confidentiality with respect to the site visit, except in connection with New Cinch. I prefer the evidence of Messrs. Bell and Dadds to that of Messrs. Sheehan and Pegg. Clearly the information was confidential and this must have been obvious to Mr. Sheehan.

The information, although partly public, was, I have found, of value to Lac and was used by Lac. It was transmitted with the mutual understanding that the parties were working towards a joint venture or some other business arrangement and, in my opinion, was communicated in circumstances giving rise to an obligation of confidence [at p. 775].

### (iii) Misuse of Information

Mr. Sheehan and Dr. Anhuesser testified that the information Lac acquired from Corona was of value in assessing the merits of the Williams property and Mr. Sheehan said that he made use of this information in making an offer to Mrs. Williams.

Certainly Lac was not authorized by Corona to bid on the Williams property [at p. 775].

There are concurrent findings of fact and these should not be disturbed by this Court unless we are satisfied that they are clearly wrong. The appellant did not attack either the basic criteria or these findings of fact as such, but rather "the rules by which the existence of the elements as a matter of law are to be determined".

privés et n'avaient pas été publiés. Il ne fait cependant aucun doute que Corona désirait attirer des investisseurs. Des résultats de forage ont été annoncés régulièrement et publiés dans le George Cross Newsletter. M. Bell a permis qu'on le cite dans le George Cross Newsletter du 20 mars et il a fait une présentation à un groupe de courtiers en valeurs mobilières à Vancouver.

Monsieur Bell a également discuté très ouvertement des résultats obtenus par Corona avec des courtiers, des investisseurs et des amis. Lac, toutefois, a reçu des renseignements plus détaillés que ceux révélés au grand public. On a montré à M. Sheehan les carottes, le plan de forage et les coupes le 6 mai. Les 6 et 8 mai et le 30 juin, M. Sheehan a parlé de la géologie de la région en question avec M. Bell et une présentation complète avec les résultats les plus récents a été faite à Lac le 30 juin [à la p. 774].

### (ii) Communication faite en confidence

[TRADUCTION] Je constate que, le 6 mai 1981, on n'a pas parlé de confidentialité relativement à la visite effectuée sur les lieux, si ce n'est à l'égard de New Cinch. Je préfère les témoignages de MM. Bell et Dadds à ceux de MM. Sheehan et Pegg. De toute évidence, il s'agissait de renseignements confidentiels et M. Sheehan a dû s'en rendre compte.

J'ai conclu que les renseignements, quoiqu'ils fussent en partie publics, étaient utiles à Lac et que celle-ci s'en est servie. Quand ils lui ont été communiqués, il était entendu de part et d'autre que les parties travaillaient à la réalisation d'une entreprise conjointe ou de quelque autre entreprise et, selon moi, les circonstances dans lesquelles cette communication a eu lieu faisaient naître une obligation de confidentialité [à la p. 775].

### (iii) L'utilisation abusive de renseignements

[TRADUCTION] MM. Sheehan et Anhuesser ont déposé que les renseignements que Corona a donnés à Lac ont aidé à apprécier les avantages du bien-fonds Williams, et M. Sheehan a dit qu'il s'est servi de ces renseignements pour faire une offre à M<sup>me</sup> Williams.

Il est certain que Corona n'avait pas autorisé Lac à faire une offre à l'égard du bien-fonds Williams [à la p. 775].

Ce sont là des conclusions de fait concordantes et notre Cour ne doit y toucher que si nous sommes convaincus de leur caractère manifestement erroné. L'appelante n'attaque ni les critères de base ni ces conclusions de fait en tant que telles; elle s'en prend plutôt aux [TRADUCTION] «règles présidant en droit à la détermination de l'existence des éléments».

With respect to the first element, the appellant submitted that although some of the information was private, much of it was public. This combination did not act as a springboard to give the appellant an advantage over others. Essentially, the appellant submitted that the desirability of acquiring the Williams property could have been deduced from information which was public and it got no head start by obtaining information from the respondent.

In this regard the statement of Lord Greene in *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203 (C.A.) (leave to appeal to House of Lords refused), at p. 215, which was quoted by the trial judge, is apposite:

I think that I shall not be stating the principle wrongly if I say this with regard to the use of confidential information. The information, to be confidential, must, I apprehend, apart from contract, have the necessary quality of confidence about it, namely, it must not be something which is public property and public knowledge. On the other hand, it is perfectly possible to have a confidential document, be it a formula, a plan, a sketch, or something of that kind, which is the result of work done by the maker upon materials which may be available for the use of anybody; but what makes it confidential is the fact that the maker of the document has used his brain and thus produced a result which can only be produced by somebody who goes through the same process.

*Seager & Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923 (C.A.), cited by the appellant, provides a useful illustration of the concept of the use of added information to get a head start or to use it as a springboard. The plaintiff Seager was the inventor of a patented carpet grip. He negotiated with the defendant Copydex with a view to development of his invention. Negotiations were terminated without a contract. Copydex then proceeded to produce a competing grip. The Court found that much of the information which Seager gave to Copydex was public. But there was some private information that resulted from Seager's efforts such as the difficulties which had to be overcome in making a

En ce qui concerne le premier élément, l'appelante a soutenu que si certains des renseignements étaient privés, la plupart étaient publics. Cette situation n'avantageait pas l'appelante par rapport à autrui. L'appelante prétend donc essentiellement que l'intérêt que présentait le bien-fonds Williams aurait pu être déduit des renseignements qui avaient été rendus publics et qu'elle n'a pas été avantagée par la communication de ces renseignements par l'intimée.

Sont pertinents à cet égard les propos, cités par le juge de première instance en l'espèce, qu'a tenus lord Greene dans l'affaire *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203 (C.A.) (autorisation de se pourvoir devant la Chambre des lords refusée), à la p. 215:

[TRADUCTION] Je ne crois pas énoncer incorrectement le principe en disant ce qui suit sur l'usage des renseignements confidentiels. Les renseignements, pour être confidentiels, doivent, me semble-t-il, indépendamment de tout contrat, posséder le caractère confidentiel nécessaire, c'est-à-dire qu'il ne doit pas s'agir de quelque chose qui appartient au domaine public et est de notoriété publique. En revanche, il est parfaitement possible qu'un document confidentiel, qu'il s'agisse d'une formule, d'un plan, d'un dessin ou de quelque chose du genre, soit le résultat du travail fait par son auteur à partir de matériaux accessibles à quiconque; ce qui rend confidentiel est le fait que l'auteur du document s'est servi de son intelligence et a de la sorte obtenu un résultat que seul ce processus mental peut donner.

L'affaire *Seager & Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923 (C.A.), citée par l'appelante, nous fournit une illustration utile du concept de l'utilisation de renseignements complémentaires pour prendre une longueur d'avance ou un avantage. Le demandeur Seager était l'inventeur d'une latte de fixation pour tapis brevetée. Il a négocié avec la défenderesse Copydex en vue du développement de son invention. Les négociations n'ayant pas abouti à la conclusion d'un contrat, Copydex s'est mise à produire sa propre latte de fixation en concurrence avec l'autre. La cour a décidé que les renseignements donnés par Seager à Copydex étaient pour une bonne part publics. Il y avait toutefois certains renseignements privés qui étaient le fruit du travail de Seager, notamment ceux relatifs aux difficultés à surmonter pour produire une latte acceptable.

satisfactory grip. At pages 931-32, Lord Denning M.R. stated:

When the information is mixed, being partly public and partly private, then the recipient must take special care to use only the material which is in the public domain. He should go to the public source and get it: or, at any rate, not be in a better position than if he had gone to the public source. He should not get a start over others by using the information which he received in confidence. At any rate, he should not get a start without paying for it.

Corona had conducted an extensive exploration program on its own property. The information which it obtained was pertinent in evaluating the Williams property. Its geologist, Bell, had developed a theory that the source of the zone of gold mineralization on Corona's property was volcanogenic. This meant that gold could be spread over a large area with "pools" of ore throughout. This led him to conclude that the exploration programme should be extended to the neighbouring properties which included the Williams property. Bell was the geologist who first firmly believed that it was the land of Havilah and his enthusiasm spread to his principals. This information was developed from the results of the exploration programme and the application of Bell's knowledge as a geologist. Lac got the benefit of this information. It had the advantage of several discussions with Bell who interpreted his findings and explained his volcanogenic theory. Bell allowed Lac's representatives to examine the drill cores and the individual assays. Lac's representatives were also advised that Corona was actively pursuing the Williams property. The trial judge found as a result that:

On all the evidence I conclude that the site visit and the information disclosed by Corona to Lac was of assistance to Lac not only in assessing the Corona property but also in assessing other property in the area and in making an offer to Mrs. Williams [at p. 768].

This information was the springboard which led to the acquisition of the Williams property. Shee-

Aux pages 931 et 932, le maître des rôles lord Denning affirme:

[TRADUCTION] Lorsque les renseignements confiés sont mixtes, ayant en partie un caractère public et en partie un caractère privé, celui qui les reçoit doit prendre bien soin de n'utiliser que ceux qui appartiennent au domaine public. Il devrait les obtenir d'une source publique, ou tout au moins ne pas être en meilleure posture que s'il les avait reçus d'une telle source. Il ne devrait prendre aucune avance sur les autres en se servant des renseignements reçus confidentiellement. Tout au moins, il ne devrait pas le faire sans payer cet avantage.

Corona avait mené sur son propre bien-fonds un programme d'exploration de grande envergure. Les renseignements ainsi recueillis étaient pertinents aux fins de l'évaluation du bien-fonds Williams. Son géologue, Bell, avait élaboré une théorie selon laquelle la zone de minéralisation aurifère sur le bien-fonds de Corona était d'origine volcanique. Cela voulait dire que l'or pouvait être répandu sur une grande étendue comprenant des «poches» éparpillées un peu partout. Il en a conclu qu'il fallait étendre le programme d'exploration aux biens-fonds avoisinants, dont celui de Williams. C'est Bell le géologue qui a été le premier à croire fermement qu'il s'agissait du pays de Havila et ses mandants se sont laissés gagner par son enthousiasme. Ces renseignements ont été tirés des résultats du programme d'exploration et de l'application par Bell de son savoir géologique. Lac a bénéficié de ces renseignements. Elle a bénéficié en outre de plusieurs discussions avec Bell qui avait interprété ses constatations et expliqué sa théorie de l'origine volcanique. Bell a permis aux représentants de Lac d'examiner les carottes de sondage et les résultats des essais. De plus, les représentants de Lac ont été informés que Corona faisait des démarches sérieuses en vue de se porter acquéreur du bien-fonds Williams. Le juge de première instance a en conséquence tiré cette conclusion:

[TRADUCTION] Sur la foi de l'ensemble de la preuve, je conclus que la visite effectuée sur les lieux ainsi que les renseignements communiqués par Corona à Lac ont aidé celle-ci non seulement à évaluer le bien-fonds de Corona, mais aussi à évaluer des propriétés avoisinantes et à faire une offre à M<sup>me</sup> Williams [à la p. 768].

Ce sont ces renseignements qui ont mené à l'acquisition du bien-fonds Williams. Sheehan a



han admitted that the offer to Mrs. Williams was based in part on information obtained from Corona. The degree of reliance on Bell's input is graphically illustrated by the fact that after Lac had optioned the Williams property, it located its three drill holes on the Williams property in the same area in which Bell would have located his next three holes, westerly from the Corona property.

It was suggested in argument that although some of the information was of a private nature, it was not incremental in the sense that it did not enhance the information so as to make the Williams property more desirable. This contention is effectively refuted by the actions of Lac. Immediately after the May 6 meeting, something in that meeting triggered a frenzy of activity on the part of Lac, including a staking of 640 claims, several further meetings with Corona and the acquisition of the Williams property. I agree therefore with the conclusion of the courts below that the information obtained from Corona by Lac went beyond what had been imparted publicly in the *George Cross News Letter* or the public investors' meeting. Furthermore, it put Lac in a preferred position *vis-à-vis* others with respect to knowledge of the desirability of acquiring the Williams property.

With respect to the second element the appellant submitted that the trial judge did not apply the reasonable man test in determining whether the information was imparted in circumstances in which an obligation of confidence arises. The trial judge in his reasons cited with approval the reasonable man test enunciated in *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41. Moreover, the trial judge, at p. 772, referred to the passage of Megarry J. at p. 48 which follows the articulation of that test:

In particular, where information of commercial or industrial value is given on a business-like basis and with some avowed common object in mind, such as a joint venture or the manufacture of articles by one party for the other, I would regard the recipient as carrying a

reconnu que l'offre présentée à M<sup>me</sup> Williams était fondée en partie sur des renseignements obtenus de Corona. La mesure dans laquelle on s'appuyait sur les opinions de Bell ressort très nettement du fait que Lac, après avoir acquis une option sur le bien-fonds Williams, a effectué ses trois forages sur la partie de ce bien-fonds où Bell aurait procédé à ses trois prochains forages, à l'ouest du bien-fonds de Corona.

On a fait valoir au cours des débats que, si certains des renseignements en cause revêtaient un caractère privé, ils n'avaient absolument rien ajouté aux autres renseignements de manière à rendre plus intéressant le bien-fonds Williams. Cette assertion est clairement réfutée par les actes de Lac. En effet, au cours de la réunion du 6 mai il s'est passé quelque chose qui a provoqué immédiatement après une activité frénétique de la part de Lac, dont notamment le jalonnement de 640 claims, plusieurs autres réunions avec Corona et l'acquisition du bien-fonds Williams. Je souscris donc à la conclusion des juridictions inférieures que les renseignements obtenus par Lac de Corona allaient au-delà de ce qui avait été publié dans le *George Cross News Letter* ou annoncé publiquement à la réunion des investisseurs. Qui plus est, ces renseignements ont placé Lac dans une position privilégiée par rapport à autrui en ce sens qu'elle savait qu'il était souhaitable de se porter acquéreur du bien-fonds Williams.

Pour ce qui est du deuxième élément, l'appelante a fait valoir que le premier juge n'avait pas appliqué le critère de l'homme raisonnable pour déterminer si les renseignements avaient été communiqués dans des circonstances faisant naître une obligation de confidentialité. Dans ses motifs, le juge de première instance a cité et approuvé le critère de l'homme raisonnable énoncé dans la décision *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41. Il s'est en outre référé, à la p. 772, à des propos du juge Megarry, à la p. 48, qui suivent la formulation de ce critère:

[TRADUCTION] En particulier, lorsque des renseignements ayant une valeur commerciale ou industrielle sont donnés sur une base d'affaires en vue d'un objet déclaré, comme une entreprise conjointe ou la fabrication d'articles par une partie pour une autre, je considérerais que

heavy burden if he seeks to repel a contention that he was bound by an obligation of confidence:

The trial judge, at p. 775, found that it was obvious to Sheehan that the information was confidential and that:

It was transmitted with the mutual understanding that the parties were working towards a joint venture or some other business arrangement and, in my opinion, was communicated in circumstances giving rise to an obligation of confidence.

These findings were made at least in part on the basis of a preference of the evidence of Bell and Dadds to that of Sheehan and Pegg. As did the Court of Appeal, I accept them.

With respect to the third element, Lac submits that it did not misuse the information because it went to the public record and then started staking and making the inquiries which eventually culminated in the acquisition of the Williams property. The trial judge has found, however, that the information obtained from Corona was of value to Lac in assessing the merits of the Williams property and Lac made use of this information to the detriment of Corona. This finding is amply supported by the evidence and should be accepted.

The trial judge also found that Lac was not authorized by Corona to bid on the Williams property. I interpret this to mean that Corona did not advise Lac that it could bid on the Williams property. Furthermore, as noted above, Sheehan never expressly agreed that Lac would refrain from acquiring the Williams property. The trial judge so found. There was an "informal oral understanding as to how each would conduct itself in anticipation of a joint venture or some other business arrangement". The terms of this informal arrangement as they relate to the acquisition of the Williams property are very sketchy. I have set out above the evidence and findings of fact that relate to this matter, including the portion of the letter of May 19, 1981 which states:

celui à qui ces renseignements ont été confiés doit faire une preuve très solide s'il veut réfuter la prétention qu'il était tenu à une obligation fondée sur des rapports de confiance:

<sup>a</sup> Le premier juge a conclu, à la p. 775, que Sheehan se rendait certainement compte de la nature confidentielle des renseignements et que:

[TRADUCTION] Quand ils lui ont été communiqués, il était entendu de part et d'autre que les parties travaillaient à la réalisation d'une entreprise conjointe ou de quelque autre entreprise et, selon moi, les circonstances dans lesquelles cette communication a eu lieu faisaient naître une obligation de confidentialité.

<sup>c</sup> Ces conclusions reposaient, du moins en partie, sur la préférence accordée aux témoignages de Bell et de Dadds par rapport à ceux de Sheehan et de Pegg. Comme la Cour d'appel, je les accepte.

<sup>d</sup> En ce qui concerne le troisième élément, Lac prétend ne pas avoir fait un usage abusif des renseignements parce qu'elle a consulté des documents publics avant de se mettre à jalonner et à prendre les renseignements qui ont abouti à l'acquisition du bien-fonds Williams. Le juge de première instance a décidé cependant que les renseignements obtenus de Corona ont été utiles à Lac pour l'évaluation du bien-fonds Williams et qu'elle s'en est servie au détriment de Corona. Cette conclusion est amplement appuyée par la preuve et doit être retenue.

<sup>g</sup> Le juge de première instance a conclu en outre que Corona n'avait pas autorisé Lac à faire une offre sur le bien-fonds Williams. Cela veut dire, selon moi, que Corona n'a pas indiqué à Lac qu'elle pouvait faire une offre. En outre, comme je l'ai déjà fait remarquer, Sheehan n'a jamais convenu expressément que Lac s'abstiendrait de se porter acquéreur du bien-fonds Williams. C'est ce qu'a conclu le premier juge. Il y avait une [TRADUCTION] «entente verbale non formelle quant à la façon dont chacune se comporterait en prévision d'une entreprise conjointe ou de quelque autre entreprise». Les conditions de cette entente non formelle en ce qu'elles se rapportent à l'acquisition du bien-fonds Williams sont très vagues. J'ai déjà exposé la preuve et les conclusions de fait touchant cette question et j'ai reproduit notamment la partie de la lettre en date du 19 mai 1981 qui porte:

As discussed we should entertain the possibility of Corona participate [*sic*] in the Hughes ground and that should be actively pursued.

As I said earlier in my reasons, that statement is neutral as to who would acquire the property. It is consistent with either Corona's or Lac's acquiring the property but subject to the loose oral arrangement that they were working toward a joint venture or other business arrangement which would involve participation by Corona in accordance with one of the formulae set out in the May 19 letter or an arrangement similar thereto.

On this basis, acquisition by Lac of the Williams property to the exclusion of Corona was not an authorized use of the confidential information which it received from Corona and which was of assistance in enabling Lac to get the property for itself.

In summary, the three elements of breach of confidence were made out at trial, affirmed on appeal, and notwithstanding the able submissions for the appellant, I find the decision of the trial judge and the Court of Appeal unassailable on this branch of the case. Accordingly, with respect to liability for breach of confidence, the appeal fails.

### (3) *Nature of Remedy for Breach of Confidence*

The trial judge dealt with remedy solely on the basis of breach of a fiduciary duty. On this basis he ordered that, upon payment to Lac of the amounts referred to above, the mine be transferred to Corona.

The Court of Appeal, at p. 65, affirmed the trial judge but after expressing the view that it "is artificial and difficult to consider the question of the proper remedy for breach of the obligation of confidence on the hypothesis that there is no co-existing fiduciary obligation", it concluded that a constructive trust would in such circumstances be a possible remedy.

[TRANSDUCTION] Comme nous l'avons dit, on devrait envisager la possibilité de la participation de Corona à ce qui se fait sur le bien-fonds Hughes et travailler activement à la réalisation de cette participation.

<sup>a</sup> Comme je l'ai indiqué précédemment dans les présents motifs, cette déclaration ne précise pas qui devait se porter acquéreur du bien-fonds. Elle admet l'acquisition soit par Lac, soit par Corona, <sup>b</sup> cette acquisition étant toutefois soumise à la vague entente verbale suivant laquelle les parties travaillaient à la réalisation d'une entreprise conjointe ou de quelque autre entreprise à laquelle participerait Corona conformément à l'une des formules énoncées dans la lettre du 19 mai ou à une formule semblable. <sup>c</sup>

<sup>d</sup> Dans cette optique, l'acquisition du bien-fonds Williams par Lac à l'exclusion de Corona ne constituait pas une utilisation autorisée des renseignements confidentiels qu'elle avait obtenus de Corona et qui l'ont aidée à se porter acquéreur du bien-fonds pour elle-même.

<sup>e</sup> En résumé, les trois éléments constitutifs de l'abus de confiance ont été établis en première instance et leur présence a été confirmée en appel. En dépit des arguments habiles avancés pour le compte de l'appelante, je conclus que la décision du premier juge et de la Cour d'appel est inattaquable sur cet aspect du litige. Par conséquent, le pourvoi échoue en ce qui concerne la question de la responsabilité découlant de l'abus de confiance.

### <sup>g</sup> (3) *La nature de la réparation pour l'abus de confiance*

<sup>h</sup> Le juge de première instance a abordé la question de la réparation en se fondant uniquement sur le manquement à une obligation fiduciaire et il a ordonné le transfert de la mine à Corona sur paiement à Lac des sommes susmentionnées.

<sup>i</sup> La Cour d'appel, à la p. 65, a confirmé cette décision, mais, après avoir exprimé l'avis qu'il [TRANSDUCTION] «est à la fois artificiel et difficile de se pencher sur la question de la réparation à accorder pour l'abus de confiance en tenant pour acquis qu'il n'existe pas d'obligation fiduciaire parallèle», elle a conclu qu'une fiducie par interprétation représenterait dans de telles circonstances une réparation possible. <sup>j</sup>

Furthermore, based on the fact that (i) but for “LAC’s actions, Corona would have acquired the Williams property” and (ii) “it may fairly be said that, but for the confidential information LAC received from Corona, it is not likely that it would have acquired the Williams property”, the Court of Appeal concluded, at p. 66, that it was the appropriate remedy.

### Constructive Trust or Damages

The foundation of action for breach of confidence does not rest solely on one of the traditional jurisdictional bases for action of contract, equity or property. The action is *sui generis* relying on all three to enforce the policy of the law that confidences be respected. See Gurry, *Breach of Confidence*, at pp. 25-26, and Goff and Jones, *The Law of Restitution* (3rd ed. 1986), at pp. 664-67.

This multi-faceted jurisdictional basis for the action provides the Court with considerable flexibility in fashioning a remedy. The jurisdictional basis supporting the particular claim is relevant in determining the appropriate remedy. See *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, [1957] R.P.C. 207, at pp. 213-14; Gurry, *op. cit.*, at pp. 26-27; and Goff and Jones, *op. cit.*, at pp. 664-65. A constructive trust is ordinarily reserved for those situations where a right of property is recognized. As stated by the learned authors of Goff and Jones, *op. cit.*, at p. 673:

In restitution, a constructive trust should be imposed if it is just to grant the plaintiff the additional benefits which flow from the recognition of a right of property.

Although confidential information has some of the characteristics of property, its foothold as such is tenuous (see Goff and Jones, *op. cit.*, at p. 665). I agree in this regard with the statement of Lord Evershed in *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, *supra*, at p. 209, that:

... a man who thinks of a mechanical conception and then communicates it to others for the purpose of their

De plus, compte tenu (i) du fait que sans [TRANSDUCTION] «les actes de LAC, Corona se serait portée acquéreur du bien-fonds Williams» et (ii) du fait qu’on [TRADUCTION] «peut dire sans crainte d’erreur que sans les renseignements confidentiels que Corona lui a communiqués, LAC n’aurait vraisemblablement pas fait l’acquisition du bien-fonds Williams», la Cour d’appel a décidé, à la p. 66, que la fiducie par interprétation était la réparation indiquée.

### La fiducie par interprétation ou les dommages-intérêts

L’action pour abus de confiance ne repose pas uniquement sur l’un des fondements traditionnels d’une action, savoir le contrat, l’*equity* ou le droit de propriété. L’action puise *sui generis* dans chacun de ces domaines pour assurer l’application du principe juridique exigeant le respect de la confidentialité. Voir Gurry, *Breach of Confidence*, aux pp. 25 et 26, et Goff et Jones, *The Law of Restitution* (3<sup>e</sup> éd. 1986), aux pp. 664 à 667.

Ce fondement multidimensionnel de l’action en question confère à la Cour une latitude considérable quant à la réparation à accorder. Le fondement d’une réclamation donnée est pertinent aux fins de la détermination de la réparation appropriée. Voir *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, [1957] R.P.C. 207, aux pp. 213 et 214; Gurry, *op. cit.*, aux pp. 26 et 27; et Goff et Jones, *op. cit.*, aux pp. 664 et 665. Normalement, la fiducie par interprétation est réservée pour les cas où l’existence d’un droit de propriété est reconnue. Comme le disent Goff et Jones, *op. cit.*, à la p. 673:

[TRANSDUCTION] En matière de restitution, il y a lieu d’imposer une fiducie par interprétation s’il s’agit simplement d’accorder au demandeur les avantages supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété.

Quoique les renseignements confidentiels présentent certaines caractéristiques propres au patrimoine, ils y sont difficilement assimilables (voir Goff et Jones, *op. cit.*, à la p. 665). À ce propos, je souscris à l’opinion de lord Evershed, qui, dans l’affaire *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, précitée, à la p. 209, affirme ceci:

[TRANSDUCTION] ... un homme qui conçoit une idée en matière de mécanique qu’il communique à d’autres per-

working out means of carrying it into effect does not, because the idea was his (assuming that it was), get proprietary rights equivalent to those of a patentee. Apart from such rights as may flow from the fact, for example, of the idea being of a secret process communicated in confidence or from some contract of partnership or agency or the like which he may enter into with his collaborator, the originator of the idea gets no proprietary rights out of the mere circumstance that he first thought of it.

As a result, there is virtually no support in the cases for the imposition of a constructive trust over property acquired as a result of the use of confidential information. In stating that such a remedy is possible, the Court of Appeal referred to Goff and Jones, *op. cit.*, at pp. 659-74. The discussion of proprietary claims commences at p. 673 with the statement which I have quoted above and thereafter all references to constructive trust pertain to an accounting of profits. No reference is made to any case in which a constructive trust is imposed on property acquired as a result of the use of confidential information.

In Canada as in the United Kingdom, the existence of the constructive trust outside of a fiduciary relationship has been recognized as a possible remedy against unjust enrichment. See Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 386-97.

In Canada this device has been sporadically employed where the unjust enrichment occurred in the context of a pre-existing special relationship between the parties. Thus in *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, Dickson J. (as he then was) spoke of "a relationship tantamount to spousal". In *Nicholson v. St. Denis* (1975), 8 O.R. (2d) 315 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused), MacKinnon J.A. refused the remedy in the absence of "a special relationship" between the parties. In *Unident v. Delong, Joyce and Ash Temple Ltd.* (1981), 50 N.S.R. (2d) 1, Hallett J.,

sonnes pour qu'elles élaborent des moyens de la mettre en application ne jouit pas, du fait que l'idée est la sienne (à supposer que ce soit le cas), de droits de propriété équivalant à ceux du titulaire d'un brevet d'invention. Mis à part les droits pouvant résulter soit du fait, par exemple, que l'idée consiste en un procédé secret communiqué à titre confidentiel, soit d'un contrat de société ou de mandat ou quelque chose du genre qu'il a pu conclure avec son collaborateur, l'auteur de l'idée n'acquiert aucun droit de propriété du simple fait d'être le premier à l'avoir eue.

Il n'y a donc presque rien dans la jurisprudence qui justifie qu'une fiducie par interprétation soit imposée à l'égard d'un bien acquis par suite de l'utilisation de renseignements confidentiels. C'est sur Goff et Jones, *op. cit.*, aux pp. 659 à 674, que la Cour d'appel s'est fondée pour dire qu'une telle réparation pouvait être accordée. L'analyse portant sur les réclamations de droits de propriété commence à la p. 673 par la déclaration précitée et tout ce qu'on dit par la suite au sujet des fiducies par interprétation se rapporte aux redditions de comptes à l'égard des bénéficiaires. Aucune mention n'y est faite d'une décision quelconque où une fiducie par interprétation a été imposée relativement à un bien acquis comme conséquence de l'utilisation de renseignements confidentiels.

Au Canada comme au Royaume-Uni, l'existence de la fiducie par interprétation en dehors d'un rapport fiduciaire a été reconnue à titre de réparation possible en cas d'enrichissement sans cause. Voir Waters, *Law of Trusts in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), aux pp. 386 à 397.

Au Canada, on a occasionnellement eu recours à cette réparation lorsque l'enrichissement sans cause s'était produit dans le contexte d'un rapport spécial existant déjà entre les parties. Ainsi, dans l'arrêt *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) parle d'une «relation qui équivaut à une union conjugale». Dans l'arrêt *Nicholson v. St. Denis* (1975), 8 O.R. (2d) 315 (autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada refusée), le juge MacKinnon de la Cour d'appel a refusé d'accorder cette réparation en l'absence d'un [TRA-DUCTION] «rapport spécial» entre les parties. Dans l'affaire *Unident v. Delong, Joyce and Ash Temple Ltd.* (1981), 50 N.S.R. (2d) 1, le juge Hallett,

quoting MacKinnon J.A., refused restitution where a special relationship could not be shown.

In *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551, an employee acting on information which he obtained entirely in the course of his employment, staked certain claims which would otherwise have been staked by the employer. This Court affirmed the decision of the trial judge who held that the employee was a trustee of the claims for his employer. In his reasons for the Court, Judson J. stated, at p. 555, that:

... it was a term of his employment, which McTavish on the facts of this case understood, that he could not use this information for his own advantage. The use of the term "fraud" by the learned Chief Justice at trial was fully warranted.

In these circumstances, Judson J. referred to the use of the constructive trust. I do not consider that that decision lays down any principle that makes the remedy of a constructive trust an appropriate remedy for misuse of confidential information except in very special circumstances.

Although unjust enrichment has been recognized as having an existence apart from contract or tort under a heading referred to as the law of restitution, a constructive trust is not the appropriate remedy in most cases. As pointed out by Professor Waters in *Law of Trusts in Canada, op. cit.*, at p. 394, although unjust enrichment gives rise to a number of possible remedies:

... the best remedy in the particular circumstances is that which corrects the unjust enrichment without contravening other established legal doctrines. In most cases, as in *Deglman v. Guar. Trust Co. of Can. and Constantineau* itself, a personal action will accomplish that end, whether its source is the common law or equity, providing as it often will monetary compensation.

citant le juge MacKinnon, a refusé d'ordonner la restitution dans un cas où l'on n'avait pas pu démontrer l'existence d'un rapport spécial.

Dans l'affaire *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] R.C.S. 551, un employé, agissant sur la foi de renseignements qu'il avait obtenus uniquement dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, avait jalonné certains claims qui, autrement, auraient été jalonnés par son employeur. Cette Cour a confirmé la décision du juge de première instance qui avait statué que l'employé était le fiduciaire de son employeur à l'égard des claims. Le juge Judson, au nom de la Cour, dit à la p. 555:

[TRADUCTION] ... c'était une condition de son emploi, et d'après les faits McTavish le comprenait bien, qu'il ne pouvait se servir de ces renseignements pour en tirer un avantage personnel. L'utilisation du terme «fraude» par le savant Juge en chef en première instance était donc tout à fait justifiée.

Vu la situation, le juge Judson a mentionné le recours à la fiducie par interprétation. Or, je ne crois pas que cet arrêt établisse un principe qui fasse de la réparation sous la forme d'une fiducie par interprétation une réparation appropriée pour le cas de l'utilisation abusive de renseignements confidentiels, à moins de circonstances très particulières.

Bien qu'on ait reconnu à l'enrichissement sans cause une existence indépendante des domaines des contrats et de la responsabilité délictuelle en le classant sous la rubrique du droit en matière de restitution, la fiducie par interprétation n'est pas la réparation appropriée dans la plupart des cas. Comme le souligne le professeur Waters dans *Law of Trusts in Canada, op. cit.*, à la p. 394, si l'enrichissement sans cause donne lieu à plusieurs réparations possibles:

[TRADUCTION] ... la meilleure réparation dans les circonstances particulières est celle qui redresse l'enrichissement sans cause sans pour autant violer d'autres principes de droit établis. Dans la plupart des cas, comme dans l'affaire *Deglman v. Guar. Trust Co. of Can. and Constantineau* elle-même, une action personnelle, qu'elle soit fondée sur la *common law* ou sur l'*equity*, permettra d'atteindre ce but en accordant, comme cela arrive souvent, une indemnisation pécuniaire.

While the remedy of the constructive trust may continue to be employed in situations where other remedies would be inappropriate or injustice would result, there is no reason to extend it to this case.

The conventional remedies for breach of confidence are an accounting of profits or damages. An injunction may be coupled with either of these remedies in appropriate circumstances. A restitutionary remedy is appropriate in cases involving fiduciaries because they are required to disgorge any benefits derived from the breach of trust. In a breach of confidence case, the focus is on the loss to the plaintiff and, as in tort actions, the particular position of the plaintiff must be examined. The object is to restore the plaintiff monetarily to the position he would have been in if no wrong had been committed. See *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418, and *Talbot v. General Television Corp. Pty. Ltd.*, [1980] V.R. 224. Accordingly, this object is generally achieved by an award of damages, and a restitutionary remedy is inappropriate.

The Williams property was acquired as a result of information which was in part public and in part private. It would be impossible to assess the role of each. The trial judge went no further than to find that the confidential information was "of value" to Lac and

... of assistance to Lac not only in assessing the Corona property but also in assessing other property in the area and in making an offer to Mrs. Williams [at p. 768].

The Court of Appeal went further and stated, at p. 65, that "but for the confidential information LAC received from Corona, it is not likely that it would have acquired the Williams property". The reasons do not disclose any factual basis for extending the finding of the trial judge and I see no basis for so doing. The best that can therefore be said is that it played a part. When the extent of the connection between the confidential informa-

Bien que la réparation qu'est la fiducie par interprétation puisse continuer à être accordée dans des cas où d'autres réparations ne seraient pas appropriées ou entraîneraient une injustice, il n'y a aucune raison de l'accorder dans la présente instance.

Les réparations normales pour l'abus de confiance sont la reddition de comptes à l'égard des bénéficiaires ou l'adjudication de dommages-intérêts. Lorsque cela est indiqué, l'une ou l'autre de ces réparations peut être assortie d'une injonction. La restitution constitue une réparation appropriée dans le cas de fiduciaires parce que ceux-ci sont tenus de se déposséder de tous les avantages tirés du manquement aux obligations fiduciaires. Dans le cas de l'abus de confiance, l'accent est mis sur la perte subie par le demandeur et, comme pour les actions délictuelles, il faut examiner la situation particulière du demandeur. Le but en est de placer le demandeur dans la situation pécuniaire où il se serait trouvé si aucun délit n'avait été commis. Voir *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418, et *Talbot v. General Television Corp. Pty. Ltd.*, [1980] V.R. 224. L'objectif est donc atteint généralement par l'adjudication de dommages-intérêts et la réparation par restitution ne convient pas.

Le bien-fonds Williams a été acquis grâce à l'obtention de renseignements qui étaient en partie publics et en partie privés. Il serait impossible de déterminer le rôle joué par les uns ou les autres. Le juge de première instance s'est borné à dire que les renseignements confidentiels avaient été «utiles» à Lac et l'avaient aidée

[TRADUCTION] ... non seulement à évaluer le bien-fonds de Corona, mais aussi à évaluer des propriétés avoisinantes et à faire une offre à M<sup>me</sup> Williams [à la p. 768].

La Cour d'appel est allée plus loin et a dit à la p. 65 que «sans les renseignements confidentiels que Corona lui a communiqués, LAC n'aurait vraisemblablement pas fait l'acquisition du bien-fonds Williams». Les motifs ne révèlent aucun fondement factuel pour cette extension de la conclusion du premier juge et je n'en vois pas de justification. Donc, on peut affirmer tout au plus que ces renseignements ont joué un certain rôle. Étant donné

tion and the acquisition of the property is uncertain, it would be unjust to impress the whole of the property with a constructive trust.

The case has been presented on the basis that either a transfer of the property or damages is the appropriate remedy. The respondent contends that the former is appropriate and the appellant the latter. No submissions were made in oral argument for or against an accounting of profits. Moreover, damages were assessed in the alternative in the event that on appeal this was considered the appropriate remedy. In all the circumstances, therefore, I have concluded that of the two alternatives presented, damages is the proper remedy.

It is, therefore, necessary to determine the basis upon which damages will be assessed. The formula for the measure of damages does not appear to be seriously disputed, although the application of the formula is. In *Dowson & Mason Ltd. v. Potter, supra*, Sir Edward Eveleigh adopted the statement of Lord Wilberforce in *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1975] 2 All E.R. 173, in a breach of confidence action. Lord Wilberforce was dealing with the measure of damages applicable to economic torts. He stated, at p. 177:

As in the case of any other tort (leaving aside cases where exemplary damages can be given) the object of damages is to compensate for loss or injury. The general rule at any rate in relation to 'economic' torts is that the measure of damages is to be, so far as possible, that sum of money which will put the injured party in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong (*Livingstone v Rawyards Coal Co* [(1880) 5 App Cas 25 at 39] per Lord Blackburn).

In applying this test it is necessary to consider what the wrong is and what the position of the plaintiff would have been if he had not sustained

l'incertitude qui subsiste quant à l'étroitesse du lien entre les renseignements confidentiels et l'acquisition du bien-fonds, il serait injuste d'assujettir la totalité du bien-fonds à une fiducie par interprétation.

On a soutenu en l'espèce que la réparation appropriée était soit le transfert de la propriété du bien-fonds (point de vue de l'intimée), soit l'adjudication de dommages-intérêts (point de vue de l'appellante). La reddition de comptes à l'égard des bénéfices n'a pas été traitée dans les débats. De plus, le montant des dommages-intérêts a été fixé à titre subsidiaire au cas où il serait décidé en appel que telle était la réparation appropriée. Donc, compte tenu de toutes les circonstances, je conclus que, sur les deux possibilités proposées, c'est l'adjudication de dommages-intérêts qui constitue la réparation appropriée.

Cela étant, il nous faut établir les critères qui présideront à la détermination du montant des dommages-intérêts. La formule à employer pour fixer ce montant ne semble faire l'objet d'aucune contestation sérieuse, mais il en est tout autrement de son application. Dans la décision *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, précitée, sir Edward Eveleigh a fait siens les propos tenus par lord Wilberforce dans l'affaire *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1975] 2 All E.R. 173, une action pour abus de confiance. Lord Wilberforce, traitant de la détermination du montant des dommages-intérêts dans le cas de délits économiques, dit à la p. 177:

[TRADUCTION] Comme pour n'importe quel autre délit civil (mis à part les cas où l'adjudication de dommages-intérêts exemplaires est permise), les dommages-intérêts ont pour objet l'indemnisation d'une perte ou d'une lésion. La règle générale, du moins en ce qui concerne les délits «économiques», veut que le montant des dommages-intérêts soit, autant que possible, la somme qui mettra la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si elle n'avait pas subi de préjudice (*Livingstone v Rawyards Coal Co* [(1880) 5 App Cas 25, à la p. 39] motifs de lord Blackburn).

En appliquant ce critère, on doit se demander en quoi consiste le préjudice et quelle aurait été la situation du demandeur s'il ne l'avait pas subi. En



the wrong. To put it shortly, what loss was caused to the plaintiff by the defendant's wrong?

In my opinion, the wrong committed by Lac was the acquisition of the Williams property for itself and to the exclusion of Corona. That was contrary to the understanding found to exist by the trial judge that the parties were working towards a joint venture or some other business arrangement.

This set the parameters of the permitted use of the confidential information and its use within these parameters was not a misuse of it. Lac did not agree to refrain from acquiring the property and Corona did not tell Lac not to acquire the property. This would be surprising unless the parties thought that in keeping with their efforts to conclude a joint business arrangement, either one could acquire it for that purpose. This is supported by the letter of May 19 in which Sheehan set out three alternative "possibilities" for a working arrangement with Corona. That is followed with a paragraph relating to the Williams property. For ease of reference I will again reproduce the relevant correspondence:

As discussed we should entertain the possibility of Corona participate (*sic*) in the Hughes ground and that should be actively pursued. In addition we are staking ground in the area and recognizing Corona's limited ability to contribute we could work Corona into the overall picture as part of an overall exploration strategy.

Bell's reply states in part:

At this point, until I hear otherwise from the directors in Vancouver, I like your idea of Corona's contribution with Long Lac Minerals Exploration Limited as part of an overall exploration programme in the area.

The correspondence reflected the discussion between the parties up to that point. In my view it can only be read as envisaging a participation by Corona with Lac in the Williams property. Either party could acquire it for this purpose. This is further supported by the following evidence of Sheehan which was elicited on cross-examination. This evidence was relied on by the trial judge in

bref, quelle perte le délit du défendeur a-t-il occasionnée au demandeur?

À mon avis, le délit commis par Lac était l'acquisition du bien-fonds Williams pour elle-même et à l'exclusion de Corona. C'était une violation de l'entente constatée par le juge de première instance suivant laquelle les parties travaillaient à la réalisation d'une entreprise conjointe ou de quelque autre entreprise.

Cette entente délimitait l'usage pouvant être fait des renseignements confidentiels et leur utilisation dans ces limites n'était pas abusive. Lac n'a pas promis de ne pas se porter acquéreur du bien-fonds et Corona ne lui a pas dit de s'en abstenir. Cela aurait été surprenant, à moins que les parties n'aient pensé que, dans le cadre de leurs efforts en vue de la réalisation d'une entreprise conjointe, l'une ou l'autre pouvait en faire l'acquisition à cette fin. Cette hypothèse est appuyée par la lettre en date du 19 mai dans laquelle Sheehan expose trois «possibilités» quant aux modalités d'une entente avec Corona. Vient ensuite un paragraphe qui traite du bien-fonds Williams. Il convient de citer de nouveau la correspondance pertinente:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons dit, on devrait envisager la possibilité de la participation de Corona à ce qui se fait sur le bien-fonds Hughes et travailler activement à la réalisation de cette participation. D'autre part, nous sommes en voie de jalonner dans cette région et, étant donné les ressources pécuniaires limitées de Corona, nous pourrions bien trouver moyen de la faire participer à une stratégie d'ensemble en matière d'exploration.

La réponse de Bell porte notamment:

[TRADUCTION] Pour le moment, et tant que nos administrateurs à Vancouver n'auront pas dit le contraire, votre idée d'une collaboration de Corona et de Long Lac Minerals Exploration Limited à un programme général d'exploration dans la région me plaît.

La correspondance reflète les discussions qui avaient eu lieu entre les parties jusqu'alors. À mon avis, elle envisage la participation de Corona avec Lac à l'exploitation du bien-fonds Williams et n'admet pas d'autre interprétation. L'une ou l'autre partie pouvait s'en porter acquéreur à cette fin, et cette conclusion est renforcée par l'extrait suivant du contre-interrogatoire de Sheehan. C'est

concluding that a statement made by Bell at the meeting of May 8 that Corona was “happy with our land position” was made in the context of additional staking and not that it (Corona) was not interested in acquiring the Williams property:

Q. Mr. Sheehan, on May 8th—and, my Lord, page 803, question 3971:

“Q. Can you tell me now then, please, your discussion with Mr. Bell on the 8th as it concerns the Hughes property?

A. My best recollection of that discussion was where the Hughes property was concerned was I was discussing the area in general. I believe I had indicated to Mr. Bell that we would be staking in the area.

MR. McDOUGALL: You have given that evidence.

THE DEPONENT: With respect to the Hughes property, I had suggested the possibilities that we pick up the Hughes property, that is to say Lac, that Corona may pick it up, that any combination of those factors could be addressed. In other words, if indeed we were going to make a deal, Lac could fund Corona since he had indicated that they were just a small company without much money.”

A. Yes, that’s correct.

Q. Were you asked those questions and did you give those answers?

A. Yes.

MR. LENCZNER: And we have this already in on[e] of the tabs, my Lord, with regard to the May 19th letter, but let me just—I had better pull out the tab. It is tab 146.

Q. Page 863, the answer you gave:

“A. Well, I think I had discussed with Mr. Bell in that meeting and I may have referred to this in previous testimony that the patented ground as well as the Hughes ground should be picked up and that’s what that is referring to there.”

A. Yes.

Q. So that you had discussed with Bell on May 8th, picking up the Hughes ground and the patented ground?

sur ce témoignage que s’est fondé le juge de première instance pour décider que, quand Bell a dit à la réunion du 8 mai que Corona était [TRADUCTION] «satisfaite au point de vue des terres», c’était dans le contexte d’autres jalonnements et que cette déclaration ne signifiait pas que Corona ne désirait pas se porter acquéreur du bien-fonds Williams:

[TRADUCTION]

Q. M. Sheehan, le 8 mai—et je vous renvoie, votre Seigneurie, à la p. 803, question 3971:

«Q. Pouvez-vous me dire, s’il vous plaît, ce qui a été dit concernant le bien-fonds Hughes dans votre entretien du 8 avec M. Bell?

R. Autant qu’il m’en souviennne, en ce qui concerne le bien-fonds Hughes, je parlais de la région en général. Je crois avoir signalé à M. Bell que nous allions jalonner dans cette région-là.

M<sup>c</sup> McDOUGALL: C’est ce que vous avez témoigné.

LE DÉPOSANT: En ce qui concerne le bien-fonds Hughes, j’avais mentionné la possibilité que nous en fassions l’acquisition, c’est-à-dire que l’une ou l’autre de Lac ou de Corona ou les deux pouvaient s’en porter acquéreur. En d’autres termes, si en fait nous allions conclure une entente, Lac pourrait financer Corona puisqu’il m’avait indiqué que celle-ci n’était qu’une petite société avec de faibles moyens.»

R. Oui, c’est exact.

Q. Vous a-t-on posé ces questions-là et y avez-vous donné ces réponses?

R. Oui.

M<sup>c</sup> LENCZNER: Nous avons cela dans l’un des dossiers, Votre Seigneurie, relativement à la lettre en date du 19 mai, mais permettez-moi—Il vaudrait mieux que je sorte l’onglet. C’est l’onglet 146.

Q. À la page 863, vous répondez:

«R. Bien, je crois que j’ai parlé à M. Bell à cette réunion-là, et il se peut que j’en aie parlé dans mon témoignage antérieur, qu’on devait se porter acquéreur des terres faisant l’objet de lettres patentes ainsi que du bien-fonds Hughes; c’est ce dont il s’agit là.»

R. Oui.

Q. Alors vous avez discuté avec Bell le 8 mai de l’acquisition du bien-fonds Hughes et des terres faisant l’objet de lettres patentes?

A. Yes.

Q. And that Lac could pick it up, Corona could pick it up?

A. Yes.

Q. Or you would even fund Corona to pick it up?

A. Yes, we would do the funding.

Q. In addition to all of that, you said you had a staking programme going down to the east and he could participate in that if he wanted?

A. Yes, we could bring him into that.

Q. In that context, I suggest to you he said, "We are happy with our land position"?

A. It was in that context that he said, "No, I'm happy with my land position and we will continue drilling and doing the Phase II programme".

R. Oui.

Q. Et vous avez dit que soit Lac ou Corona pouvait s'en porter acquéreur?

R. Oui.

Q. Ou que vous seriez même prêt à financer Corona pour qu'elle puisse s'en porter acquéreur?

R. Oui, nous allions lui fournir le financement nécessaire.

Q. En plus de tout cela, vous avez dit que vous aviez lancé un programme de jalonnement à l'est et qu'il pouvait y participer s'il le désirait?

R. Oui, nous pouvions le faire participer.

Q. Je vous suggère que c'est dans ce contexte qu'il a dit: «Nous sommes satisfaits au point de vue des terres.»

R. C'est dans ce contexte qu'il a dit: «Non, je suis satisfait au point de vue des terres et nous continuerons à forer et à exécuter la phase II du programme.»

The trial judge is correct in his finding that Corona was interested in "the possession of either Williams or Hughes". There is no finding, however, that acquisition by Lac of the Williams property as part of the joint exploration programme along with continued negotiations towards an agreement on the basis of one of the scenarios outlined in the letter of May 19 would have constituted a breach of mutual understanding under which the confidential information was supplied to Lac. Furthermore, I am satisfied that had that occurred, the most likely conclusion is that Lac and Corona would have continued to negotiate and Corona would have made a deal with Lac for their respective participation in a joint venture including the Williams property. Corona could not finance the development on its own property without the assistance of a senior mining company. Accordingly, it entered into an agreement with Teck on somewhat similar terms as those proposed by Lac. Even after it discovered that Lac had acquired the Williams property, a director, Moore, sought to continue the negotiations. His evidence in part is as follows:

Le juge de première instance a conclu avec raison que Corona était intéressée à [TRANSLATION] «acquérir le bien-fonds Williams ou le bien-fonds Hughes». Il n'a cependant pas conclu que l'acquisition par Lac du bien-fonds Williams dans le cadre du programme conjoint d'exploration et dans le contexte des négociations qui se poursuivaient en vue de la conclusion d'un accord fondé sur l'une des trois possibilités exposées dans la lettre du 19 mai aurait constitué une violation de l'entente réciproque en vertu de laquelle les renseignements confidentiels avaient été communiqués à Lac. De plus, je suis persuadé que, dans l'hypothèse contraire, la conclusion la plus vraisemblable est que Lac et Corona auraient continué leurs négociations et que Corona aurait conclu avec Lac un accord prévoyant la participation des deux à une entreprise conjointe comprenant le bien-fonds Williams. Corona ne pouvait financer la mise en valeur de son propre bien-fonds sans l'aide d'une grande société minière. Elle a en conséquence conclu avec Teck un accord dont les modalités ressemblaient à celles proposées par Lac. Même après que Corona eut appris l'acquisition du bien-fonds Williams par Lac, un de ses administrateurs, qui s'appelait Moore, a cherché à continuer les négociations. Son témoignage porte notamment:

Q. What is it that you were setting about doing then in your attempts to reach Mr. Sheehan?

A. Well, the stage—the stage was still set, even at that point, for—to continue with this joint venture. Lac had picked up a big piece of ground in the area, 600 claims, and Corona had a nice start, that Williams' claims were off on the side. We felt that they should be ours. But it was, uh, it was still possible in that scenario, in my opinion, to make a joint venture work, or to have a reconciliation and make a joint venture work, even with—all the pieces were still there to make a good deal.

But for Lac's breach, those negotiations would likely have continued and it would have resulted in Corona's acquiring an interest in the Williams property of 50 percent or perhaps a smaller percentage interest. It would have also acquired a corresponding obligation to contribute on the same basis. Corona's damages should therefore be calculated on the basis of the loss of this interest.

In his reasons the trial judge stated, at p. 777:

If Corona had obtained the Williams property, Corona may well have entered into a joint venture agreement with Lac covering the Corona and Williams properties together with the White River claims. Corona's damages would be assessed accordingly in an action for breach of contract.

R. Holland J. went on to hold that based on his finding of a fiduciary duty the appropriate remedy was a restitutionary remedy requiring the whole of the property to be returned to Corona upon payment of the added value. I have decided that there is no breach of a fiduciary duty and therefore, as in contract, account must be taken of the fact that but for the breach by Lac, a joint venture agreement would likely have resulted. Damages should be assessed accordingly.

#### Assessment of Damages

The appellant, in its factum, para. 177, submits as follows:

#### [TRANSDUCTION]

Q. Quel était donc le but de vos tentatives de prendre contact avec M. Sheehan?

R. Bien, il était encore possible, même à ce moment-là, d'aller de l'avant avec cette entreprise conjointe. Lac s'était portée acquéreur d'un grand terrain dans la région, qui comprenait 600 claims, et Corona avait pris un bon départ, de sorte que les claims sur le bien-fonds Williams étaient à part. Nous croyions qu'ils devaient être à nous. Mais il était encore possible dans les circonstances, à mon avis, de faire réussir une entreprise conjointe ou de se réconcilier et de mener à bien une entreprise conjointe, même avec—tous les éléments subsistaient pour que nous puissions conclure une bonne affaire.

N'eût été le manquement de Lac, ces négociations se seraient probablement poursuivies et Corona aurait acquis dans le bien-fonds Williams une part de 50 p. 100 ou peut-être moins. Elle serait devenue également débitrice d'une contribution proportionnellement correspondante. Les dommages-intérêts de Corona doivent donc se calculer en fonction de la perte de cette part.

Dans ses motifs, le premier juge dit, à la p. 777:

[TRANSDUCTION] Il se peut que, si elle avait acquis le bien-fonds Williams, Corona ait conclu avec Lac un accord d'entreprise conjointe portant sur les biens-fonds de Corona et de Williams ainsi que sur les claims de White River. Les dommages-intérêts de Corona dans une action pour violation de contrat seraient fixés en conséquence.

Le juge R. Holland a dit ensuite que, vu sa conclusion à l'existence d'une obligation fiduciaire, la réparation appropriée était la restitution de tout le bien-fonds à Corona sur paiement de la valeur des améliorations. Puisque j'ai conclu qu'il n'y a eu aucun manquement à une obligation fiduciaire, il s'ensuit que, comme en matière contractuelle, on doit tenir compte du fait que, sans le manquement commis par Lac, un accord d'entreprise conjointe serait vraisemblablement intervenu. Les dommages-intérêts doivent être déterminés en conséquence.

#### L'évaluation des dommages-intérêts

L'appelante, à l'alinéa 177 de son mémoire, fait valoir ce qui suit:

If it is found that, through misuse of information relating to Corona's intentions or otherwise, the loss suffered by Corona was the loss of the opportunity to acquire and to explore the Williams property, Corona would be entitled to damages. However, its loss is not to be measured by LAC's gain. Corona is to be put in the same position it would have been if it had not sustained the wrong. In making that assessment in the case of a lost opportunity the correct approach is:

- i) to determine the form of business arrangement that Corona would have been obliged to have entered into with a senior mining partner and the proportionate interest that Corona would probably have conceded to that partner. The later arrangement with Teck suggests this would be 55%. Sheehan suggested 60%;
- ii) to value the property as improved by LAC. This was done by the trial judge and produced a figure of \$700,000,000.00 after tax, being the value created by the size of the facilities LAC decided to put on the Williams property. LAC disputed this assessment on appeal but the Court of Appeal did not deal with this issue. LAC's submissions on the value of the property as improved by LAC are set out in Appendix "A". In addition, Corona may have decided or been compelled to exploit the property with a lower rate of extraction. The value of the property must be discounted to reflect that eventuality;
- iii) to deduct from that discounted figure the 60% (or 55%) interest of the senior partner;
- iv) to deduct from that figure a capitalized estimate of the costs Corona would have had to contribute to the exploration and exploitation of the property; and
- v) to deduct a further amount to reflect Corona's own share of responsibility for its loss.

I agree that this approach generally gives effect to the principles which I have stated above. I would not, however, include item v) to deduct a further amount to reflect Corona's own share of responsibility for its loss. This is essentially a plea of contributory negligence for which there is no support in the findings of fact or evidence.

[TRANSLATION] Si l'on conclut que, par suite d'une utilisation abusive de renseignements se rapportant notamment aux intentions de Corona, celle-ci s'est vu privée de la possibilité de se porter acquéreur du bien-fonds Williams et d'y faire de l'exploration, elle a droit à des dommages-intérêts. Sa perte ne doit toutefois pas être mesurée en fonction du gain de LAC. Corona doit être mise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas subi le préjudice. Dans le cas d'une occasion manquée, la détermination se fait selon la méthode suivante:

- i) déterminer le type d'accord que Corona aurait été obligée de conclure pour s'associer avec une grande société minière et la proportion représentée par la part que Corona aurait probablement cédée à cette associée. On peut déduire de l'accord intervenu par la suite avec Teck qu'il se serait agi d'une proportion de 55 p. 100. Sheehan a proposé 60 p. 100;
- ii) évaluer le bien-fonds avec les améliorations apportées par LAC. Le juge de première instance l'a fait et est arrivé au chiffre de 700 000 000 \$ après déduction d'impôts, valeur qui reflète l'importance des installations que LAC a décidé de construire sur le bien-fonds Williams. LAC a contesté cette évaluation en appel, mais la Cour d'appel ne s'est pas penchée sur la question. Les arguments de LAC relativement à la valeur du bien-fonds avec les améliorations qu'elle y a apportées sont exposés à l'Annexe «A». En outre, il se peut que Corona ait décidé ou qu'elle ait été obligée de se contenter d'un taux d'extraction inférieur. La valeur du bien-fonds doit donc être réduite pour tenir compte de cette éventualité;
- iii) déduire de ce chiffre minoré la part de 60 p. 100 (ou 55 p. 100) de l'associée principale;
- iv) déduire du chiffre ainsi obtenu une estimation capitalisée des sommes que Corona aurait dû apporter à l'exploration et à l'exploitation du bien-fonds;
- v) déduire en outre une somme reflétant la part de responsabilité de Corona elle-même dans le préjudice qu'elle a subi.

Je conviens que, d'une manière générale, cette méthode met en application les principes énoncés précédemment. J'écarterais toutefois le point v) qui prévoit la déduction d'une somme supplémentaire reflétant la part de responsabilité de Corona elle-même dans le préjudice qu'elle a subi. C'est essentiellement une allégation de négligence contributive de la part de la victime, laquelle n'est étayée ni par les conclusions de fait ni par la preuve.

(i) The Business Arrangement

In determining the nature of the business arrangement that the parties would likely have concluded, the arrangement with Teck is very pertinent. This arrangement was set out in a number of agreements. For my purposes I refer primarily to an Agreement dated December 10, 1981 (Property Agreement) with the "Joint Venture Agreement" attached as Schedule B, and the "Area of Interest Agreement" contained in a letter dated August 13, 1982 as amended by an agreement made as of December 14, 1983, particularly paragraphs 3.2 and 5. Under these agreements, the parties entered into the following arrangement.

(a) Corona Property: Teck undertook to complete exploration and development work and prepare a feasibility study with respect to 17 properties. The initial costs were financed out of a fund to which both Teck and Corona contributed \$1,000,000. Teck acquired a 55 percent interest upon completion of the feasibility study and election to bring the property into production, leaving Corona with 45 percent. Thereafter development was to be financed in accordance with the respective interests of the parties, i.e., 55 percent by Teck and 45 percent by Corona.

(b) Other Property: Any property in the area not covered by the property agreement subsequently acquired by either Teck or Corona would be shared on a 50-50 basis with contributions accordingly. This provision was expressly extended to the Williams property contingent on Corona's obtaining a favourable judgment.

In the circumstances, I conclude that Corona would have concluded with Lac a business arrangement with respect to the Williams property substantially similar to that which it concluded with Teck: a 50-50 property interest with participation in the development costs in the same ratio. Although this is a slightly higher percentage in favour of Corona than that proposed by Sheehan and agreed upon with Teck in respect of Corona's own property, it is the figure that was applied to the Williams property in the Teck agreement. The benefit of any doubt as to whether it should be 45

(i) L'entente commerciale

Pour la détermination de la nature de l'entente commerciale que les parties auraient vraisemblablement conclu, l'entente conclue avec Teck est très pertinente. Elle est constatée par plusieurs accords. Aux fins de mon analyse, je me réfère principalement à un accord daté du 10 décembre 1981 (l'Accord relatif au bien-fonds), à laquelle l'«Entente d'entreprise conjointe» est jointe en Annexe B, et à l'«Accord relatif à la zone d'intérêt commun» contenu dans une lettre en date du 13 août 1982 et modifié par un accord daté du 14 décembre 1983, notamment par ses clauses 3.2 et 5. Il en ressort l'accord suivant entre les parties:

a) Le bien-fonds de Corona: Teck s'est engagée à achever le travail d'exploration et de mise en valeur et à faire une étude de faisabilité relativement à 17 autres biens-fonds. Les frais initiaux provenaient d'un fonds dans lequel Teck et Corona avaient versé chacune 1 000 000 \$. Dès qu'elle achevait l'étude de faisabilité et qu'elle prenait la décision d'exploiter le bien-fonds en question, Teck acquerrait une part de 55 p. 100. La part de Corona était donc de 45 p. 100. Par la suite, la mise en valeur devait être financée selon les parts respectives des parties, c.-à-d. à 55 p. 100 par Teck et à 45 p. 100 par Corona.

b) Les autres biens-fonds: Si Teck ou Corona se portait subséquemment acquéreur d'un bien-fonds avoisinant non visé par l'accord relatif au bien-fonds, il serait partagé également et les apports respectifs fixés en conséquence. Cette stipulation a été expressément étendue au bien-fonds Williams, si Corona obtenait gain de cause dans son action.

Dans les circonstances, j'estime que Corona aurait conclu avec Lac un accord relativement au bien-fonds Williams qui aurait été semblable pour l'essentiel à celui intervenu avec Teck, chacune ayant une part de 50 p. 100 dans le bien-fonds et la participation aux coûts de mise en valeur étant fixée dans la même proportion. Quoique cela fasse bénéficier Corona d'un pourcentage légèrement plus élevé que celui proposé par Sheehan et celui convenu à l'égard du bien-fonds de Corona dans l'accord avec Teck, ce chiffre est appliqué au bien-fonds Williams dans ledit accord. C'est la

percent or 50 percent should be given to the innocent party Corona rather than to the party in breach.

(ii) Value of Improved Mine

The trial judge fixed the value at \$700,000,000 after tax. Both parties take issue with this assessment. While there is some merit in some of the issues raised by each side, it has not been established that this is a wholly erroneous assessment and I accept it. I will deal with several of the criticisms which raise an issue of law or principle. Other objections are primarily factual and the findings of the trial judge should be accepted.

First, although not directly raised in this Court, the appellant submitted below that the date for valuation was the date of breach and not the date of trial. The trial judge chose January 1, 1986, a date during the latter period, applying equitable principles. Having regard to the flexibility possessed by the Court to do justice in an action for breach of confidence, I have no difficulty in applying those principles to this assessment to the extent of adopting the later date. To do otherwise would be to ignore the vast potential that the Williams property possessed at the time it was acquired by Lac. That potential can best be valued by determining its value as of the date fixed by the trial judge.

The trial judge elected to adopt a discounted cash flow approach to value the Williams property as opposed to a market capitalization approach. Although I recognize that each approach has its strengths and weaknesses, I am not prepared to hold that the trial judge erred in opting for a discounted cash flow of the mine on the Williams property over the life of the mine to ascertain its present value. In my opinion, there is ample evidence to support the conclusion that this was the proper means to assess the value of the property.

partie innocente, en l'occurrence Corona, plutôt que la partie fautive qui doit recevoir le bénéfice de tout doute quant à savoir lequel des chiffres de 45 p. 100 et de 50 p. 100 il y a lieu de retenir.

<sup>a</sup> (ii) La valeur des améliorations de la mine

Le juge de première instance a fixé la valeur à 700 000 000 \$ après déduction d'impôts. Cette évaluation est contestée de part et d'autre. Bien que les deux parties aient avancé certains arguments sérieux, on n'a pas établi qu'il s'agit d'une évaluation tout à fait erronée et je l'accepte. Je me propose de traiter de plusieurs critiques soulevant des questions de droit ou de principe. Quant aux autres objections, elles portent essentiellement sur des faits et les conclusions du premier juge doivent être retenues à cet égard.

<sup>d</sup> En premier lieu, bien que ce point n'ait pas été soulevé directement devant notre Cour, l'appelante a soutenu devant les juridictions inférieures que la date de l'évaluation devait être celle du manquement et non celle du procès. Appliquant des principes d'*equity*, le juge de première instance a choisi le 1<sup>er</sup> janvier 1986, date tombant dans la seconde période. Compte tenu de la latitude qu'a la Cour pour rendre justice dans une action pour abus de confiance, je n'ai aucune hésitation à appliquer les mêmes principes à l'évaluation en l'espèce et, ce faisant, j'adopte cette dernière date. On se trouverait autrement à oublier le potentiel énorme que possédait le bien-fonds Williams au moment de son acquisition par Lac. Or, la meilleure manière d'évaluer ce potentiel est de prendre aux fins de l'évaluation la date fixée par le premier juge.

<sup>h</sup> Le premier juge a décidé d'adopter pour l'évaluation du bien-fonds Williams la méthode de la valeur actualisée plutôt que la méthode du calcul de la valeur boursière. Tout en reconnaissant que chaque méthode présente des points forts et des points faibles, je ne suis pas prêt à conclure que c'est à tort que le juge de première instance a choisi de déterminer la valeur actuelle de la mine sise sur le bien-fonds Williams en établissant la valeur actualisée de celle-ci pour la durée de son exploitation. À mon avis, la preuve appuie amplement la conclusion que c'était la méthode à employer pour déterminer la valeur du bien-fonds.

I am also of the opinion that the trial judge correctly applied this Court's decision in *Florence Realty Co. v. The Queen*, [1968] S.C.R. 42, in deducting corporate taxes from the cash flow to determine the value of the mine.

Furthermore, the figure of \$700,000,000 was based on the payment of a 1½ percent net smelter return to Mrs. Williams in accordance with the contract negotiated by Lac. Although Corona offered a 3 percent net smelter return to Mrs. Williams, which would reduce the value of the property, I accept the figure of 1½ percent as the likely figure which would have been paid if Lac had not been in breach of confidence.

(iii) Damages for Loss of Interest in Mine

Damages for loss of Corona's interest in the mine are therefore assessed at \$350,000,000 which is 50 percent of \$700,000,000.

(iv) Contribution to Development Costs

I agree with the appellant that Corona should not have the value by which the mine was increased by the expenditures made by Lac without contributing in accordance with its interest. Lac presented evidence that it had expended \$203,978,000 in developing the Williams property. The trial judge held that had Corona developed the two properties together then a number of savings would have been realized over the sums expended by both Lac and Corona in developing their two mines independently. The trial judge suggested that there would have been only two shafts rather than three, only one mill and only one group of service facilities. For this reason, he estimated that Lac spent an additional \$50,000,000 by virtue of its independent development of the Williams property.

I agree that this sum is to be deducted from the expenditures by Lac in developing the Williams property. The operative principle of damages is to place Corona in the position it would have occupied had there been no breach of confidence by Lac. If Lac had acquired the property for the

Je suis en outre d'avis que le premier juge a appliqué correctement l'arrêt de notre Cour *Florence Realty Co. v. The Queen*, [1968] R.C.S. 42, lorsque, pour fixer la valeur de la mine, il a défalqué les impôts à acquitter par la société.

De plus, le chiffre de 700 000 000 \$ supposait le paiement à M<sup>me</sup> Williams de 1½ p. 100 au titre des redevances calculées à la sortie de la fonderie, conformément au contrat négocié par Lac. Quoique Corona lui ait offert 3 p. 100 de rendement net de la fonderie, ce qui aurait diminué la valeur du bien-fonds, je retiens le chiffre de 1½ p. 100 comme celui qui aurait probablement été payé si Lac n'avait pas commis d'abus de confiance.

(iii) Les dommages-intérêts pour la perte d'une part dans la mine

Les dommages-intérêts pour la perte par Corona d'une part dans la mine sont en conséquence fixés à 350 000 000 \$, soit 50 p. 100 de 700 000 000 \$.

(iv) La participation aux frais de mise en valeur

Je suis d'accord avec l'appelante que Corona ne devrait pas obtenir, sans faire un apport proportionnel à sa part, la somme représentée par la valeur accrue de la mine par suite des dépenses effectuées par Lac. Celle-ci a produit des preuves établissant qu'elle avait affecté 203 978 000 \$ à la mise en valeur du bien-fonds Williams. Le juge de première instance a dit que, si Corona avait mis les deux biens-fonds en valeur ensemble, des économies considérables auraient été réalisées par rapport aux sommes dépensées par Lac et Corona pour procéder indépendamment à la mise en exploitation de leurs deux mines. D'après le premier juge, il y aurait eu alors seulement deux puits au lieu de trois, une seule usine et un seul ensemble d'installations de service. Pour cette raison, il a estimé à 50 000 000 \$ ce que Lac a dépensé en plus, du fait d'avoir procédé seule à la mise en valeur du bien-fonds Williams.

Je conviens que cette somme est à déduire des dépenses faites par Lac pour mettre en valeur le bien-fonds Williams. Les dommages-intérêts visent à mettre Corona dans la situation où elle se serait trouvée si Lac n'avait pas commis d'abus de confiance. Si Lac s'était portée acquéreur du bien-



benefit of both parties, the two properties would have been developed jointly rather than separately. Lac is, therefore, responsible for the extra costs incurred as a result of the inability to take advantage of any natural economies of scale.

Accordingly, \$50,000,000 is to be deducted from the figure of \$203,978,000 representing Lac's improvements to the property, for a difference of \$153,978,000. One-half of this sum (\$76,989,000) must be deducted from \$350,000,000 for a difference of \$273,011,000.

This does not fully dispose of the assessment of damages. Several further items having a possible bearing on the amount require consideration. In arriving at the figure of \$153,978,000 the trial judge expressed some uncertainty with respect to the quantum of the deduction of \$50,000,000 from the \$203,978,000 which resulted in a difference of \$153,978,000. Accordingly, a reference was directed but only if either party was dissatisfied with the trial judge's figure. The formal order expressed it as a reference concerning the amount of \$153,978,000. As I read the trial judge's reasons, the uncertainty was in the amount of the deduction and not the \$203,978,000 expenditure by Lac which was based on its records. Nevertheless, I propose to direct a reference in the same terms as the trial judge.

In addition, the trial judge ordered that the amounts paid to Mrs. Williams, exclusive of royalty payments, should also be paid by Corona. This cost of the acquisition of the property would have been necessary had no breach occurred. Corona would have been obliged to pay one-half of these payments. Accordingly, one-half of the amounts paid to Mrs. Williams exclusive of royalty payments must be deducted from the award of damages of \$273,011,000 or from that figure as varied by any reference undertaken as indicated above.

The trial judge also directed that the appellant pay the respondent the profits, if any, obtained by the appellant from the operation of the Williams

fonds au profit des deux parties, elles auraient entrepris conjointement plutôt que séparément la mise en valeur des deux propriétés en question. Lac est en conséquence responsable des frais supplémentaires engagés par suite de l'impossibilité de profiter des économies d'échelle qui auraient normalement pu être réalisées.

Il faut donc déduire 50 000 000 \$ du chiffre de 203 978 000 \$ représentant les améliorations apportées par Lac au bien-fonds, pour une différence de 153 978 000 \$. La moitié de cette somme (76 989 000 \$) doit être soustraite de la somme de 350 000 000 \$, ce qui donne 273 011 000 \$.

Toutefois, cela ne vide pas la question des dommages-intérêts. Plusieurs autres facteurs pouvant influencer sur leur montant doivent être pris en considération. Le juge de première instance a exprimé des doutes quant à la somme de 50 000 000 \$ qu'il a déduite des 203 978 000 \$ pour obtenir le chiffre de 153 978 000 \$. Il a donc ordonné un renvoi, mais seulement si l'une ou l'autre partie était insatisfaite du chiffre qu'il avait établi. L'ordonnance formelle disait qu'il s'agissait d'un renvoi relatif à la somme de 153 978 000 \$. Selon mon interprétation des motifs du premier juge, l'incertitude portait sur le montant de la déduction et non pas sur les 203 978 000 \$ qu'a dépensés Lac, car ce dernier chiffre est fondé sur les documents de celle-ci. J'entends néanmoins ordonner un renvoi selon des modalités identiques à celles fixées par le juge de première instance.

Le juge de première instance a ordonné en outre que les sommes versées à M<sup>me</sup> Williams, déduction faite des redevances, soient payées par Corona également. Ces frais d'acquisition du bien-fonds auraient dû être engagés en l'absence de l'abus de confiance et Corona aurait été tenue d'en payer la moitié. Il s'ensuit que la moitié des sommes versées à M<sup>me</sup> Williams, à l'exception des redevances, est à déduire de la somme de 273 011 000 \$ adjugée à titre de dommages-intérêts, ou du chiffre modifié établi par suite d'un renvoi selon les modalités susmentionnées.

De plus, le juge de première instance a ordonné que l'appelante verse à l'intimée les bénéfices, s'il en est, qu'elle a tirés de l'exploitation de la mine

mine. The foundation for this order was the restitutionary remedy which I have found to be inappropriate. Accordingly, no such order is made. The respondent is, however, entitled to pre-judgment interest in accordance with s. 138(1)(b) of the *Courts of Justice Act*, S.O. 1984, c. 11. If, therefore, a notice has been served as provided by that provision, the respondent will be entitled to interest in accordance with that section. The respondent is also entitled to post-judgment interest in accordance with s. 139 of the *Courts of Justice Act*.

### Disposition

In the result, I would allow the appeal in part and dismiss the cross-appeal. I would set aside the judgment at trial and the order of the Court of Appeal and direct that judgment should issue as follows:

1. The plaintiff is entitled to recover from the defendant damages in the sum of \$273,011,000 less one-half of all sums paid to Mrs. Williams with the exception of royalties, subject to the right of either the plaintiff or defendant to undertake a reference to the Master concerning the deduction of \$153,978,000.
2. The plaintiff is entitled to recover pre-judgment interest from the defendant on the sum referred to in paragraph 1, or as varied on a reference, in accordance with s. 138(1)(b) of the *Courts of Justice Act* from the date of service of any notice, and post-judgment interest on the said sum in accordance with s. 139 of the *Courts of Justice Act*.
3. The plaintiff is entitled to recover from the defendant the costs of the action.

I would also order that the appellant recover from the respondent the costs of the appeal and cross-appeal to the Court of Appeal and the costs of the appeal and cross-appeal to this Court.

Williams. Cette ordonnance reposait sur l'attribution d'une réparation sous forme de restitution, réparation que j'ai jugé inappropriée en l'espèce. Cela étant, je ne rends pas de telle ordonnance.

a L'intimée a cependant droit aux intérêts antérieurs au jugement conformément à l'al. 138(1)(b) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, pourvu que l'avis prescrit par cette disposition ait été donné. Elle a droit en outre aux intérêts

b postérieurs au jugement en conformité avec l'art. 139 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

### Dispositif

c Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. Je suis d'avis d'infirmer le jugement rendu en

d première instance, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et d'ordonner que soit rendu le jugement suivant:

1. La défenderesse est condamnée à payer à la demanderesse à titre de dommages-intérêts la somme de 273 011 000 \$ moins la moitié de toutes les sommes versées à M<sup>me</sup> Williams, sauf les redevances, mais sous réserve du droit de la demanderesse ou de la défenderesse de demander un renvoi sur la question de la déduction de 153 978 000 \$.
2. La défenderesse est condamnée à payer à la demanderesse les intérêts antérieurs au jugement sur la somme visée au premier alinéa ou celle fixée par renvoi, conformément à l'al. 138(1)(b) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, à compter de la date de la signification d'un avis. Elle est en outre condamnée au paiement des intérêts postérieurs au jugement sur la même somme, conformément à l'art. 139 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.
3. La défenderesse est condamnée à payer à la demanderesse les dépens de l'action.

Je suis en outre d'avis d'ordonner que l'intimée paie à l'appelante les dépens de l'appel et de l'appel incident devant la Cour d'appel ainsi que ceux du pourvoi et du pourvoi incident devant notre Cour.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the judgments of my colleagues, Justice La Forest and Justice Sopinka. I am in agreement with my brother Sopinka J. and for the reasons set out in his judgment that the evidence does not establish in this case the existence of a fiduciary relationship.

I am in agreement with both of my colleagues, and concur in their reasons in support thereof, that there was a breach of confidence on the part of Lac Minerals Ltd.

As regards the appropriate remedy, I am of the view that the approach taken by La Forest J. is the proper one.

I would accordingly dismiss the appeal with costs and dismiss the cross-appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justice Sopinka and Justice La Forest and I agree with my colleague, La Forest J., as to the appropriate remedy in this case. I propose to comment briefly on the three issues before the Court on this appeal as identified by them.

#### (1) Fiduciary Duty

It is my view that, while no ongoing fiduciary relationship arose between the parties by virtue only of their arm's length negotiations towards a mutually beneficial commercial contract for the development of the mine, a fiduciary duty arose in Lac Minerals Ltd. ("Lac") when International Corona Resources Ltd. ("Corona") made available to Lac its confidential information concerning the Williams property, thereby placing itself in a position of vulnerability to Lac's misuse of that information. At that point Lac came under a duty not to use that information for its own exclusive benefit. Lac breached that fiduciary duty by acquiring the Williams property for itself.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mes collègues les juges La Forest et Sopinka. Comme le juge Sopinka et pour les raisons qu'il expose, j'estime que la preuve n'établit pas en l'espèce l'existence d'un rapport fiduciaire.

Je partage l'avis de mes deux collègues qu'il y a eu abus de confiance de la part de Lac Minerals Ltd. et je souscris à leurs motifs sur ce point.

Pour ce qui est de la réparation appropriée, je crois que c'est le point de vue du juge La Forest qu'il convient d'adopter.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Sopinka et La Forest et je souscris à l'avis du juge La Forest quant à la réparation à accorder en l'espèce. Je tiens à faire quelques brèves observations sur les trois questions soumises à la Cour dans le cadre du présent pourvoi, telles que cernées par mes deux collègues.

#### (1) L'obligation fiduciaire

Je suis d'avis que, si aucun rapport fiduciaire n'a résulté entre les parties du seul fait des négociations qu'elles ont menées sans lien de dépendance en vue de la conclusion d'un contrat commercial, avantageux pour chacune d'elles, pour la mise en exploitation de la mine, une obligation fiduciaire a résulté pour Lac Minerals Ltd. («Lac») à partir du moment où International Corona Resources Ltd. («Corona») a mis à sa disposition ses renseignements confidentiels concernant le bien-fonds Williams, se rendant ainsi vulnérable à l'utilisation abusive de ces renseignements par Lac. Cette dernière était dès lors assujettie à une obligation de ne pas se servir des renseignements uniquement à son propre profit. Or, Lac a manqué à cette obligation fiduciaire en se portant acquéreur du bien-fonds Williams pour elle-même.

It is, in other words, my view of the law that there are certain relationships which are almost *per se* fiduciary such as trustee and beneficiary, guardian and ward, principal and agent, and that where such relationships subsist they give rise to fiduciary duties. On the other hand, there are relationships which are not in their essence fiduciary, such as the relationship brought into being by the parties in the present case by virtue of their arm's length negotiations towards a joint venture agreement, but this does not preclude a fiduciary duty from arising out of specific conduct engaged in by them or either of them within the confines of the relationship. This, in my view, is what happened here when Corona disclosed to Lac confidential information concerning the Williams property. Lac became at that point subject to a fiduciary duty with respect to that information not to use it for its own use or benefit.

### (2) Breach of Confidence

I agree with my colleagues that Lac's conduct may also be characterized as a breach of confidence at common law with respect to the information concerning the Williams property. The breach again consisted of Lac's acquisition of the Williams property for itself, such property being the subject of the confidence.

### (3) The Remedy

It seems to me that when the same conduct gives rise to alternate causes of action, one at common law and the other in equity, and the available remedies are different, the Court should consider which will provide the more appropriate remedy to the innocent party and give the innocent party the benefit of that remedy. Since the result of Lac's breach of confidence or breach of fiduciary duty was its unjust enrichment through the acquisition of the Williams property at Corona's expense, it seems to me that the only sure way in which Corona can be fully compensated for the breach in this case is by the imposition of a constructive trust on Lac in favour of Corona with respect to the property. Full compensation may or may not

En d'autres termes, j'estime qu'il existe en droit des rapports qui sont fiduciaires presque en soi, comme dans le cas du fiduciaire et du bénéficiaire, du tuteur et du pupille, ainsi que du mandant et du mandataire, et que ces rapports font naître des obligations fiduciaires. Par ailleurs, il est des rapports qui ne revêtent pas un caractère essentiellement fiduciaire, ce qui est le cas des rapports établis par les parties en l'espèce du fait des négociations qu'elles ont menées, sans lien de dépendance, en vue de la conclusion d'un contrat d'entreprise conjointe. Cela n'empêche toutefois pas qu'une obligation fiduciaire puisse résulter d'actes précis accomplis par elles ou l'une d'elles dans le cadre de leurs rapports. C'est à mon avis ce qui s'est passé en l'espèce quand Corona a communiqué à Lac des renseignements confidentiels au sujet du bien-fonds Williams. Lac était dès ce moment assujettie à l'égard de ces renseignements à une obligation fiduciaire de ne pas s'en servir à ses propres fins ou à son propre profit.

### (2) L'abus de confiance

Je suis d'accord avec mes collègues que la conduite de Lac peut également être qualifiée d'abus de confiance en *common law* relativement aux renseignements concernant le bien-fonds Williams. Ici encore le manquement consistait en l'acquisition dudit bien-fonds par Lac pour elle-même, car ce bien-fonds était l'objet des rapports de confiance.

### g (3) La réparation

Il me semble que quand la même conduite donne naissance à deux causes d'action, l'une en *common law* et l'autre en *equity*, et que les réparations offertes sont différentes, le tribunal devrait déterminer laquelle donnera à la partie lésée la réparation la plus appropriée et devrait l'en faire bénéficier. Comme l'abus de confiance ou le manquement aux obligations fiduciaires, dont Lac s'est rendue coupable, ont eu pour conséquence son enrichissement sans cause par l'acquisition du bien-fonds Williams aux dépens de Corona, j'estime que le seul moyen sûr d'indemniser pleinement cette dernière par suite du manquement qui a eu lieu en l'espèce est d'imposer à Lac une fiducie par interprétation en faveur de Corona

be achieved through an award of common law damages depending upon the accuracy of valuation techniques. It can most surely be achieved in this case through the award of an *in rem* remedy. I would therefore award such a remedy. The imposition of a constructive trust also ensures, of course, that the wrongdoer does not benefit from his wrongdoing, an important consideration in equity which may not be achieved by a damage award.

It is, however, my view that this is not a case in which the available remedies are different. I believe that the remedy of constructive trust is available for breach of confidence as well as for breach of fiduciary duty. The distinction between the two causes of action as they arise on the facts of this case is a very fine one. Inherent in both causes of action are concepts of good conscience and vulnerability. It would be strange indeed if the law accorded them widely disparate remedies. In his article on "The Role of Proprietary Relief in the Modern Law of Restitution," in *The Cambridge Lectures 1987*, at p. 150, Professor McCamus poses the rhetorical question:

Would it not be anomalous to allow more sophisticated forms of relief for breach of fiduciary duty than for those forms of wrongdoing recognized by the law of torts, some of which, at least, would commonly be more offensive from the point of view of either public policy or our moral sensibilities than some breaches of fiduciary duty?

I believe that where the consequence of the breach of either duty is the acquisition by the wrongdoer of property which rightfully belongs to the plaintiff or, as in this case, ought to belong to the plaintiff if no agreement is reached between the negotiating parties, then the *in rem* remedy is appropriate to either cause of action.

I would dismiss the appeal with costs. I would also dismiss the cross-appeal with costs.

relativement au bien-fonds en cause. Il n'est pas certain que l'adjudication de dommages-intérêts en *common law* permette d'arriver à une indemnisation complète car elle dépend de l'exactitude des méthodes d'évaluation employées. Il est plus certain d'y parvenir en l'espèce au moyen d'une réparation *in rem*. Je suis en conséquence d'avis d'adjudger une telle réparation. En lui imposant une fiducie par interprétation, on s'assure également, bien entendu, que la partie fautive ne tire aucun avantage de sa faute. C'est là une considération importante en *equity* et un objectif qui pourrait ne pas être atteint par l'attribution de dommages-intérêts.

Je suis toutefois d'avis qu'il ne s'agit pas ici d'un cas où les réparations offertes sont différentes. Je crois en effet que la réparation que représente la fiducie par interprétation peut être accordée aussi bien pour l'abus de confiance que pour le manquement à une obligation fiduciaire. Dans les circonstances de l'espèce, la différence entre les deux causes d'action est très minime. Les notions de bonne conscience et de vulnérabilité sont inhérentes à l'une et l'autre. Ce serait donc bien étrange que le droit accorde à leur égard des réparations tout à fait différentes. Dans son article intitulé «The Role of Proprietary Relief in the Modern Law of Restitution,» dans *The Cambridge Lectures 1987*, à la p. 150, le professeur McCamus se demande:

[TRADUCTION] Ne serait-il pas anormal d'accorder des réparations plus perfectionnées pour le manquement aux obligations fiduciaires que pour les actes reconnus comme des délits civils, dont certains au moins seraient souvent plus révoltants du point de vue de l'ordre public ou de notre sens moral que certains manquements à des obligations fiduciaires?

Je crois que lorsque le manquement à l'une ou l'autre obligation a pour conséquence l'acquisition par la personne fautive d'un bien qui, à bon droit, appartient au demandeur ou qui, comme en l'espèce, devrait lui appartenir si aucun accord n'intervenait entre les parties aux négociations, c'est la réparation *in rem* qui est indiquée pour les deux causes d'action.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Je suis en outre d'avis de rejeter le pourvoi incident, avec dépens également.

The following is the judgment delivered by

LA FOREST J.—

Introduction

The short issue in this appeal is whether this Court will uphold the Ontario Court of Appeal and trial court decisions ordering Lac Minerals Ltd. (“Lac”) to deliver up to International Corona Resources Ltd. (“Corona”), land (the Williams property) on which there is a gold mine, on being compensated for the value of improvements Lac has made to the property (\$153,978,000) in developing the mine.

The facts in this case are crucial. The trial lasted some five and one half months, and the hearing before the Court of Appeal took ten days. The trial judge made extensive findings of fact, and the Court of Appeal examined the record in detail and with care. The latter court emphatically dismissed any argument that the trial judge had overlooked or misconstrued the evidence, failed to make any necessary findings or made any erroneous inferences. It stated ((1987), 62 O.R. (2d) 1, at p. 4):

Certainly the establishment of the facts in this case was fundamental and vital to the determination of the issues. It is submitted that erroneous inferences were taken from the facts, that evidence was overlooked or misconstrued, and that relevant findings were not made at all.

There is no obligation on a trial judge to refer to every bit of conflicting evidence to show he has taken it into consideration, nor is he required to cite all the evidence to support a particular finding. In the instant case, the trial judge made some rather terse findings of fact in his recital of the events and of the relationship between the parties in the course of his lengthy reasons. On occasion he encapsulated a great deal of evidence in short form. However, the trial was a lengthy one, his reasons for judgment were lengthy and, as stated, he was not called on to cite every piece of relevant evidence to show he had considered it . . .

Version française du jugement rendu par

LE JUGE LA FOREST—

Introduction

La question en l’espèce consiste essentiellement à déterminer si notre Cour va confirmer les décisions par lesquelles la Cour d’appel de l’Ontario et le tribunal de première instance ont ordonné à Lac Minerals Ltd. («Lac») de remettre à International Corona Resources Ltd. («Corona») le terrain (le bien-fonds Williams) sur lequel se trouve une mine d’or, contre remboursement du coût des améliorations que Lac a apportées au terrain (153 978 000 \$) en mettant en valeur la mine.

Les faits en l’espèce sont cruciaux. En première instance, le procès a duré quelque cinq mois et demi et l’audition devant la Cour d’appel, dix jours. Le juge de première instance a tiré de nombreuses conclusions de fait, et la Cour d’appel a examiné le dossier en détail et avec soin. Cette dernière a rejeté catégoriquement tout argument selon lequel le juge de première instance n’aurait pas tenu compte des éléments de preuve ou les aurait mal interprétés, n’aurait pas tiré des conclusions qui s’imposaient ou aurait fait des inférences erronées. La cour a dit ce qui suit ((1987), 62 O.R. (2d) 1, à la p. 4):

[TRADUCTION] Il va de soi que l’établissement des faits en l’espèce était fondamental et essentiel à la détermination des questions litigieuses. On a soutenu que des inférences erronées ont été tirées des faits, que l’on n’a pas tenu compte de certains éléments de preuve ou qu’on les a mal interprétés, et que l’on n’a pas tiré des conclusions pertinentes.

Le juge de première instance n’est pas tenu de mentionner tous les éléments contradictoires de la preuve pour montrer qu’il les a pris en considération, pas plus qu’il n’est tenu de citer tous les témoignages pour étayer une conclusion donnée. Dans les longs motifs rendus en l’espèce, le juge de première instance a été assez laconique dans l’énoncé de ses conclusions de fait quant au récit des événements et des rapports entre les parties. Il lui est arrivé de résumer en peu de mots des témoignages considérables. Cependant, le procès a été long, ses motifs de jugement l’ont été également et, comme on l’a dit, il n’avait pas à citer chaque passage des témoignages pertinents pour montrer qu’il les avait pris en considération . . .

We can say in opening that we have not been persuaded that the learned trial judge overlooked or misconstrued any important or relevant evidence. There was ample evidence to support his conclusions on the facts and there is no palpable or overriding error in his assessment of the facts.

In this Court, Lac disclaimed any attack on the facts as found by the trial judge, but they argued that the Court of Appeal erred in making further findings and drawing inferences from the facts so found. I accept the facts as they are set out in the judgments below, and I would respectfully add that, in my view, the Court of Appeal in no way misconstrued the purport of what it describes as the trial judge's necessarily "rather terse findings of fact" in the course of lengthy reasons.

I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Sopinka. He has given a general statement of the facts as well as the judicial history of the case, and I shall refrain from doing so. I should immediately underline, however, that while I am content to accept this statement as a general outline, it will become obvious that I, at times, take a very different view of a number of salient facts and the interpretation that can properly be put upon them, in particular as they impinge on the nature, scope and effect of the breach of confidence alleged to have been committed by Lac against Corona.

It is convenient to set forth my conclusions at the outset. I agree with Sopinka J. that Lac misused confidential information confided to it by Corona in breach of a duty of confidence. With respect, however, I do not agree with him about the nature and scope of that duty. Nor do I agree that in the circumstances of this case it is appropriate for this Court to substitute an award of damages for the constructive trust imposed by the courts below. Moreover, while it is not strictly necessary for the disposition of the case, I have a conception of fiduciary duties different from that of my colleague, and I would hold that a fiduciary

D'emblée nous pouvons dire que l'on ne nous a pas convaincus que le juge de première instance n'a pas tenu compte d'éléments de preuve importants ou pertinents ou qu'il les a mal interprétés. Il existait de nombreux éléments de preuve à l'appui de ses conclusions de fait et son appréciation des faits ne contient aucune erreur manifeste ou capitale.

Devant notre Cour, Lac n'a pas contesté les conclusions de fait du juge de première instance, mais elle a soutenu que la Cour d'appel avait commis une erreur en tirant d'autres conclusions de fait et en tirant des inférences de ces faits. J'accepte les faits tels que les ont exposés les juridictions inférieures, et j'ajouterais avec égards qu'à mon avis la Cour d'appel n'a pas mal interprété la portée de ce qu'elle appelle les «conclusions de fait» nécessairement «assez laconiques» du juge de première instance.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Sopinka. Il a fait un exposé général des faits et des antécédents judiciaires de l'espèce, aussi vais-je m'abstenir de le faire. Je dois toutefois souligner immédiatement que même si j'accepte cet énoncé comme exposé général, il deviendra évident que j'ai parfois une opinion très différente d'un certain nombre de faits saillants et de l'interprétation qui peut à bon droit en être donnée, particulièrement dans la mesure où ils touchent à la nature, à l'étendue et à l'effet de l'abus de confiance dont Lac serait coupable à l'endroit de Corona.

Il est utile d'énoncer mes conclusions dès le départ. Je suis d'accord avec le juge Sopinka pour dire que Lac a abusé des renseignements confidentiels que lui avait confiés Corona, manquant ainsi à une obligation fondée sur des rapports de confiance. Avec égards cependant, je ne suis pas d'accord avec lui sur la nature et l'étendue de cette obligation, pas plus que je ne suis d'avis que, dans les circonstances en cause, il convient que cette Cour substitue des dommages-intérêts à la fiducie par interprétation imposée par les juridictions inférieures. De plus, bien que cela ne soit pas strictement nécessaire au jugement de cette affaire, j'ai une conception des obligations fiduciaires différente de celle de mon collègue et j'estime qu'en l'espèce il existait une telle obligation, bien que de

duty, albeit of limited scope, arose in this case. In the result, I would dismiss the appeal.

### The Issues

Three issues must be addressed:

1. What was the nature of the duty of confidence that was breached by Lac?
2. Does the existence of the duty of confidence, alone or in conjunction with the other facts as found below, give rise to any fiduciary obligation or relationship? If so, what is the nature of that obligation or relation?
3. Is a constructive trust an available remedy for a breach of confidence as well as for breach of a fiduciary duty, and if so, should this Court interfere with the lower courts' imposition of that remedy?

### Breach of Confidence

I can deal quite briefly with the breach of confidence issue. I have already indicated that Lac breached a duty of confidence owed to Corona. The test for whether there has been a breach of confidence is not seriously disputed by the parties. It consists in establishing three elements: that the information conveyed was confidential, that it was communicated in confidence, and that it was misused by the party to whom it was communicated. In *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41 (Ch.), Megarry J. (as he then was) put it as follows at p. 47:

In my judgment, three elements are normally required if, apart from contract, a case of breach of confidence is to succeed. First, the information itself, in the words of Lord Greene, M.R. in the *Saltman* case on page 215, must "have the necessary quality of confidence about it." Secondly, that information must have been imparted in circumstances importing an obligation of confidence. Thirdly, there must be an unauthorized use of that

portée restreinte. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### Les questions en litige

*a* Il faut répondre à trois questions:

1. Quelle était la nature de l'obligation fondée sur des rapports de confiance à laquelle a manqué Lac?
2. L'existence de l'obligation fondée sur des rapports de confiance, seule ou de concert avec les autres conclusions de fait des juridictions inférieures, donne-t-elle lieu à une obligation ou à des rapports fiduciaires? Si tel est le cas, quelle est la nature de cette obligation ou de ces rapports?
3. La fiducie par interprétation est-elle une réparation applicable à l'abus de confiance aussi bien qu'à la violation de l'obligation fiduciaire et, si tel est le cas, notre Cour devrait-elle intervenir dans l'imposition de cette réparation par les juridictions inférieures?

### L'abus de confiance

*f* Je peux traiter rapidement de la question de l'abus de confiance. J'ai déjà indiqué que Lac avait manqué à une obligation fondée sur des rapports de confiance qu'elle avait envers Corona. Le critère applicable pour décider s'il y a eu abus de confiance n'est pas sérieusement contesté par les parties. Il consiste à établir la présence de trois éléments: le caractère confidentiel des renseignements confiés, leur communication à titre confidentiel, leur emploi abusif par la personne à laquelle ils ont été communiqués. Dans l'arrêt *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41 (Ch.), le juge Megarry (tel était alors son titre) a dit ce qui suit, à la p. 47:

*g* [TRADUCTION] À mon avis, trois éléments sont normalement requis pour que soit accueillie une action pour abus de confiance, en l'absence de liens contractuels. Tout d'abord les renseignements eux-mêmes, selon les termes de lord Greene, M.R., à la p. 215 de l'arrêt *Saltman*, doivent «posséder le caractère confidentiel nécessaire». Deuxièmement, leur communication doit avoir eu lieu dans des circonstances ayant donné nais-



information to the detriment of the party communicating it . . . .

This is the test applied by both the trial judge and the Court of Appeal. Neither party contends that it is the wrong test. Lac, however, forcefully argued that the courts below erred in their application of the test. Lac submitted that "The real issue is whether Corona proved that LAC received confidential information from it and [whether] it should have known such information was confidential".

Sopinka J. has set out the findings of the trial judge on these issues, and I do not propose to repeat them. They are all supported by the evidence and adopted by the Court of Appeal. I would not interfere with them. Essentially, the trial judge found that the three elements set forth above were met: (1) Corona had communicated information that was private and had not been published; (2) while there was no mention of confidence with respect to the site visit, there was a mutual understanding between the parties that they were working towards a joint venture and that valuable information was communicated to Lac under circumstances giving rise to an obligation of confidence; and, (3) Lac made use of the information in obtaining the Williams property and was not authorized by Corona to bid on that property. I agree with my colleague that the information provided by Corona was the springboard that led to the acquisition of the Williams property. I also agree that the trial judge correctly applied the reasonable man test. The trial judge's conclusion that it was obvious to Sheehan, Lac's Vice-President Exploration, that the information was being communicated in circumstances giving rise to an obligation of confidence, following as it did directly on a finding of credibility against Sheehan, is unassailable.

sance à une obligation fondée sur des rapports de confiance. Troisièmement, il doit y avoir un emploi non autorisé des renseignements au détriment de la partie qui les a communiqués . . .

<sup>a</sup> Ce sont les critères appliqués par le juge de première instance et par la Cour d'appel. Aucune des parties ne prétend que ce sont de mauvais critères. Toutefois, Lac a soutenu énergiquement que les juridictions inférieures avaient fait erreur dans l'application de ces critères. Lac a affirmé que <sup>b</sup> [TRADUCTION] «La question véritable est de savoir si Corona a prouvé que LAC a reçu d'elle des renseignements confidentiels, et si LAC aurait dû <sup>c</sup> savoir que ces renseignements étaient confidentiels».

Le juge Sopinka a exposé les conclusions du juge de première instance sur ces points, et je n'ai pas <sup>d</sup> l'intention de les répéter. Elles sont toutes étayées par la preuve, et la Cour d'appel les a adoptées. Je n'y changerais rien. Essentiellement, le juge de première instance a conclu que les trois critères énoncés plus haut avaient été respectés: (1) <sup>e</sup> Corona a communiqué des renseignements qui étaient privés et qui n'avaient pas été publiés; (2) bien qu'il n'ait pas été fait mention du caractère confidentiel de la visite de l'emplacement, il était entendu entre les parties qu'elles travaillaient en <sup>f</sup> vue d'une entreprise conjointe et que des renseignements précieux étaient confiés à Lac dans des circonstances donnant lieu à une obligation fondée sur des rapports de confiance; et (3) Lac s'est <sup>g</sup> servi des renseignements pour acquérir le bien-fonds Williams, et Corona ne l'avait pas autorisée à faire une offre à l'égard de ce terrain. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que les renseignements communiqués par Corona ont servi de <sup>h</sup> tremplin à l'acquisition du bien-fonds Williams. Je suis aussi d'accord pour dire que le juge de première instance a correctement appliqué le critère de l'homme raisonnable. On ne saurait attaquer la conclusion du juge de première instance selon <sup>i</sup> laquelle il était évident pour Sheehan, vice-président de Lac chargé des travaux de recherche, que les renseignements étaient communiqués dans des circonstances donnant lieu à une obligation fondée sur des rapports de confiance, d'autant plus que <sup>j</sup> cette conclusion suivait immédiatement une conclusion défavorable concernant la crédibilité de Sheehan.

In general, then, there is no difference between my colleague and me that Lac committed a breach of confidence in the present case. Where we differ—and it is a critically important difference—is in the nature and scope of the breach. The precise extent of that difference can be seen by a closer examination of the findings and evidence on the third element of the test set forth above, and I will, therefore, set forth my views on this element at greater length.

With respect to this aspect of the test, it is instructive to set out the trial judge's finding in full. He said ((1986), 53 O.R. (2d) 737), at pp. 775-76:

C.(iii) *Has Corona established an unauthorized use of the information to the detriment of Corona?*

Where the duty of confidence is breached, the confidant will not be allowed to use the information as a springboard for activities detrimental to the confider: see *Cranleigh Precision Engineering, Ltd. v. Bryant et al.*, [1964] 3 All E.R. 289 (Q.B.).

Mr. Sheehan and Dr. Anhuesser testified that the information Lac acquired from Corona was of value in assessing the merits of the Williams property and Mr. Sheehan said that he made use of this information in making an offer to Mrs. Williams.

Certainly Lac was not authorized by Corona to bid on the Williams property.

I have already reviewed the evidence dealing with the acquisition of the Williams property by Lac and the efforts made by Corona through Mr. McKinnon and also directly to acquire the Williams property. On a balance of probabilities I find that, but for the actions of Lac, Corona would have acquired the Williams property and therefore Lac acted to the detriment of Corona.

I conclude that Corona has established the three requirements necessary for recovery based on the doctrine of breach of confidence. [Emphasis added.]

Later in his reasons he reiterated at p. 778 that “but for the actions of Lac, Corona would probably have acquired the Williams property”.

Ainsi donc, de façon générale, mon collègue et moi convenons que Lac a commis un abus de confiance en l'espèce. Là où nous divergeons d'opinion—et c'est une divergence très importante—c'est sur la nature et l'étendue de l'abus en cause. Un examen plus approfondi des conclusions et de la preuve relatives au troisième élément du critère énoncé plus haut permet d'apprécier la mesure précise de cette divergence, aussi vais-je élaborer mon point de vue concernant cet élément.

Il est utile d'exposer dans sa totalité la conclusion du juge de première instance sur cet aspect du critère appliqué. Il a dit à ((1986), 53 O.R. (2d) 737), aux pp. 775 et 776:

[TRADUCTION]

C.(iii) *Corona a-t-elle établi qu'il y avait eu emploi non autorisé des renseignements à son détriment?*

Lorsqu'il y a violation de l'obligation fondée sur des rapports de confiance, celui à qui des renseignements ont été confiés n'est pas autorisé à s'en servir comme tremplin à des activités nuisibles à celui de qui il tient les renseignements: voir à ce sujet l'arrêt *Cranleigh Precision Engineering, Ltd. v. Bryant et al.*, [1964] 3 All E.R. 289 (Q.B.).

MM. Sheehan et Anhuesser ont déposé que les renseignements que Corona a donnés à Lac ont aidé à apprécier les avantages du bien-fonds Williams, et M. Sheehan a dit qu'il s'est servi de ces renseignements pour faire une offre à M<sup>me</sup> Williams.

Il est certain que Corona n'avait pas autorisé Lac à faire une offre à l'égard du bien-fonds Williams.

J'ai déjà examiné les éléments de preuve relatifs à l'acquisition par Lac du bien-fonds Williams et aux efforts que Corona a déployés aussi bien directement que par l'entremise de M. McKinnon en vue d'acquérir ce terrain. Selon la prépondérance des probabilités, je conclus que n'était-ce les actions de Lac, Corona aurait acquis le bien-fonds Williams, et que par conséquent Lac a agi au détriment de Corona.

Je conclus que Corona a établi la présence des trois conditions nécessaires au recouvrement fondé sur la doctrine de l'abus de confiance. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, il a répété (à la p. 778) que [TRADUCTION] «n'était-ce les actions de Lac, Corona aurait probablement fait l'acquisition du bien-fonds Williams».

The Court of Appeal was of the same view. It held at p. 66 that:

... the evidence also amply sustains the finding that the confidential information which LAC received from Corona was of material importance in its decision to acquire the Williams property. In this latter regard it may fairly be said that, but for the confidential information LAC received from Corona, it is not likely that it would have acquired the Williams property.

It was argued that this passage in the Court of Appeal's reasoning is a finding of fact that was not made by the trial judge and that the record will not support. In my view, the Court of Appeal in no way extended the finding of the trial judge. The portion of R. Holland J.'s reasons I have set out above was directed solely at the question of whether Corona had established an unauthorized use of the information to the detriment of Corona. He concluded that there had been an unauthorized use since Lac had not been authorized by Corona to bid on the Williams property. In other words, Corona did not consent to the use of the information by Lac for the purpose of acquiring the Williams land for Lac's own account, or, for that matter, for any purpose other than furthering negotiations to jointly explore and develop these properties. He also found that the information had been used to the detriment of Corona. When the sole question the learned trial judge was addressing was whether Lac misused the confidential information Corona had provided to it and his sole conclusion was that "but for the actions of Lac, Corona would have acquired the Williams property and therefore Lac acted to the detriment of Corona" [emphasis added], I find the conclusion inescapable that the trial judge found as a fact that but for the confidential information received and misused, Corona would have acquired the Williams property and that Lac was not authorized to obtain it.

If, as we saw, each of the three elements of the above-cited test are made out, a claim for breach of confidence will succeed. The receipt of confidential information in circumstances of confidence

La Cour d'appel était du même avis. Elle a conclu (à la p. 66) que:

[TRADUCTION] ... la preuve appuie aussi largement la conclusion que les renseignements confidentiels que Corona a communiqués à LAC ont été de prime importance dans la décision de cette dernière d'acquérir le bien-fonds Williams. À cet égard, on peut dire sans crainte d'erreur que sans les renseignements confidentiels que Corona lui a communiqués, LAC n'aurait vraisemblablement pas fait l'acquisition du bien-fonds Williams.

On a soutenu que ce passage du raisonnement de la Cour d'appel était une conclusion de fait que n'avait pas tirée le juge de première instance et que le dossier n'appuyait pas. À mon avis, la Cour d'appel n'a nullement élargi la conclusion du juge de première instance. La partie des motifs du juge R. Holland que j'ai citée plus haut visait uniquement la question de savoir si Corona avait établi l'existence d'un emploi non autorisé des renseignements en cause à son détriment. Il a conclu à l'emploi non autorisé, puisque Lac n'avait pas été autorisée par Corona à faire une offre à l'égard du bien-fonds Williams. En d'autres termes, Corona n'avait pas consenti à ce que Lac se serve des renseignements aux fins d'acquérir le bien-fonds Williams pour son propre compte, ni d'ailleurs à d'autres fins que de favoriser les négociations en vue de sonder et d'exploiter ces terres. Le juge Holland a également conclu que les renseignements confiés avaient été utilisés au détriment de Corona. Puisque la seule question que se posait le juge de première instance était de savoir si Lac avait abusé des renseignements confidentiels que lui avait donnés Corona, et qu'il a uniquement conclu que [TRADUCTION] «n'était-ce les actions de Lac, Corona aurait acquis le bien-fonds Williams, et par conséquent, Lac a agi au détriment de Corona» [je souligne], j'estime évident que le juge de première instance a constaté que si ce n'était les renseignements confidentiels que Lac a reçus et dont elle a abusé, Corona aurait fait l'acquisition du bien-fonds Williams, et que Lac n'était pas autorisée à l'acquérir.

Si, comme nous l'avons vu, l'existence de chacun des trois éléments du critère susmentionné est prouvée, il y a abus de confiance. Les renseignements confidentiels communiqués dans le cadre de

establishes a duty not to use that information for any purpose other than that for which it was conveyed. If the information is used for such a purpose, and detriment to the confider results, the confider will be entitled to a remedy.

There was some suggestion that Lac was only restricted from using the information imparted by Corona to acquire the Williams property for its own account, and had Lac acquired the claims on behalf of both Corona and Lac, there would have been no breach of duty. This, as I have noted, seems to me to misconstrue the finding of the trial judge. What is more, the evidence, in my view, does not support that position. While Sheehan's letter of May 19, relied on by my colleague, may have been unclear as to who should acquire the Williams property, the events on June 30 make it clear that both Lac and Corona contemplated Corona's acquisition of the Williams claims. The trial judge, again making a finding of credibility against Sheehan and Allen (Lac's President), accepted the evidence of Corona's witnesses, Bell and Dragovan, that not only was the Williams property discussed at the meeting on this latter date, but that Corona's efforts to secure it were discussed and that Allen advised Corona that they had to be aggressive in pursuing a patent group such as this. Lac in no way indicated to Corona, at this time or any other, that they were also pursuing the property. Yet three days later, Sheehan spoke with Mrs. Williams about making a deal for her property, and on July 6, 1981, Lac's counsel and corporate secretary submitted a written bid for the eleven patented claims. It strains credulity to suggest that on June 30 either Lac or Corona contemplated that Corona had given Lac confidential information so that Lac could acquire the property on either its own behalf or on behalf of both parties jointly. Certainly Corona would not have allowed the use of the confidential information for Lac's acquisition of the property to Corona's exclusion. Had the joint acquisition of the property been an authorized use of the information, surely there would have been some discussion of Lac's efforts to that end at the June 30 meeting.

rapports de confiance donnent lieu à l'obligation de ne pas s'en servir à d'autre fin que celle en vue de laquelle ils ont été confiés. S'ils sont utilisés à une autre fin, au détriment de celui qui les a confiés, ce dernier a droit à une réparation.

On a laissé entendre qu'il était simplement défendu à Lac de se servir des renseignements que lui avait confiés Corona pour acquérir le bien-fonds Williams pour son propre compte, et que si Lac avait acquis les claims miniers pour le compte à la fois de Corona et de Lac, il n'y aurait pas eu violation d'une obligation. Comme je l'ai noté plus haut, c'est à mon avis mal interpréter la conclusion du juge de première instance. J'estime de plus que la preuve n'appuie pas cette position. Bien que la lettre de Sheehan en date du 19 mai, sur laquelle s'est fondé mon collègue, ait pu sembler vague quant à l'identité de celui qui devait acquérir le bien-fonds Williams, les événements du 30 juin indiquent clairement, à mon avis, que Lac et Corona envisageaient toutes deux que Corona allait faire l'acquisition des claims Williams. Le juge de première instance, tirant encore une conclusion défavorable à la crédibilité de MM. Sheehan et Allen (le président de Lac), a accepté les dépositions des témoins de Corona, MM. Bell et Dragovan, selon lesquelles non seulement il a été question du bien-fonds Williams lors de la rencontre du 30 juin, mais aussi des efforts de Corona pour l'acquérir, et Allen a conseillé à cette dernière de tenter plus agressivement de se porter acquéreur d'un tel groupe de claims faisant l'objet de lettres patentes. Lac n'a jamais indiqué à Corona, ni à ce moment ni à aucun autre, qu'elle cherchait aussi à obtenir la propriété en cause. Pourtant, trois jours plus tard, Sheehan a discuté avec M<sup>me</sup> Williams la possibilité d'acquérir sa propriété, et le 6 juillet 1981, l'avocat de Lac et le secrétaire de la société ont fait une offre écrite à l'égard des 11 claims faisant l'objet de lettres patentes. Il faudrait être bien crédule pour dire que, le 30 juin, Lac ou Corona pensaient que Corona avait donné à Lac des renseignements confidentiels pour permettre à cette dernière d'acquérir le bien-fonds en cause soit pour son propre compte, soit pour le compte des deux parties conjointement. Corona n'aurait certainement pas permis que Lac utilise les renseignements confi-

Instead, Lac advised Corona to aggressively pursue the claims.

The evidence of Lac's President, Mr. Allen, and of the experts called on behalf of Lac also support the position that Lac was not entitled to bid on the property and that Corona could expect that Lac would not do so. Allen testified as follows, in a passage to which both courts below attached central importance:

If one geologist goes to another geologist and says, are you interested in making some sort of a deal and between the two of them, they agree that they should consider seriously the possibility of making a deal, I think for a short period of time that while they are exploring that, that any transference of data would be—I would hope the geologists would be competent enough to identify the difference between published, unpublished, confidential and so on but in the case that they weren't, there was just some exchange of conversation or physical data, then I would say that while both of them were seriously and honestly engaged in preparing a deal, that Lac and the other party would both have a duty towards each other not to hurt each other as the result of any information that was exchanged. [Emphasis added.]

All the experts called by Lac agreed with the tenor of this statement. The testimony of Dr. Derry is indicative. He testified as follows:

Q. Ah, so now we have it this way: that if some—so I understand your evidence—if Sheehan knew, as apparently he does from the way you read the evidence, that Corona was intending to acquire the Williams property; correct?

A. Yes.

Q. That, for at least some period of time, Lac is precluded from making an offer or outbidding Corona on that property?

A. I would say early on, yes.

dentiels pour acquérir le bien-fonds Williams en l'évinçant. Si l'acquisition conjointe du bien-fonds avait constitué un emploi autorisé des renseignements, on aurait assurément discuté des efforts de Lac à cette fin au cours de la rencontre du 30 juin. Au lieu de cela, Lac a engagé Corona à poursuivre agressivement l'acquisition des claims.

Les dépositions du président de Lac, M. Allen, et des experts cités pour le compte de Lac appuient également la position selon laquelle Lac n'avait pas été autorisée à faire des offres pour le bien-fonds et que Corona pouvait s'attendre à ce que Lac ne le fit pas. Voici ce que dit Allen dans un passage de sa déposition auquel les deux juridictions inférieures ont attaché une importance primordiale:

[TRADUCTION] Lorsqu'un géologue va trouver un autre géologue et lui demande s'il est intéressé à conclure une affaire avec lui, et que tous deux conviennent qu'ils devraient considérer sérieusement la possibilité de conclure cette affaire, je crois que pendant une courte période lorsqu'ils songent à cette affaire, toute communication de données serait—j'ose espérer que les géologues auraient la compétence nécessaire pour faire la distinction entre des données publiées, non publiées, confidentielles et ainsi de suite, mais si tel n'était pas le cas, s'il n'y avait qu'un échange de conversations ou de données matérielles, je dirais alors que, lorsqu'ils sont tous deux sérieusement et honnêtement appliqués à préparer une affaire, Lac et l'autre partie auraient l'une et l'autre l'obligation réciproque de ne pas se nuire par suite de l'échange de renseignements. [Je souligne.]

Tous les experts cités par Lac étaient d'accord avec la teneur de ce témoignage. La déposition de M. Derry est significative. Il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION]

Q. Alors la situation se présente ainsi : si quelque—si je comprends votre déposition—si Sheehan savait, comme il le savait apparemment selon votre interprétation de la preuve, que Corona entendait acquérir le bien-fonds Williams; est-ce exact?

R. Oui.

Q. Pendant tout au moins un certain temps, Lac n'aurait pas le droit de faire une offre ou de faire une offre plus élevée que celle de Corona relative à cette propriété?

R. Je dirais cela, au début, oui.

Q. Yes. And that obligation or the rationale for that preclusion comes from the fact that it is recognized in the industry, is it not?

A. Yes.

Whether these statements amount to a legally enforceable custom or whether they create a fiduciary duty are separate questions, but at the very least, they show that Lac was aware that it owed some obligation to Corona to act in good faith, and that that obligation included the industry-recognized practice not to acquire the property which was being pursued by a party with which it was negotiating.

Corona's activity following Lac's acquisition of the property is also noteworthy. The Court of Appeal thus described it at pp. 42-43:

Upon learning from Dragovan of the LAC offer to Mrs. Williams, Pezim immediately instructed his solicitor to act for Corona in the matter and Bell ordered LAC's crew engaged in the joint geochemical sampling programme to leave Corona's property. After Sheehan had learned of the termination of the geochemical study, he telephoned Bell on August 4th and was told by him that the reason for the termination was LAC's offer to Mrs. Williams. Sheehan said that he was still interested in a deal with Corona and Bell answered that he would have to discuss the matter with Pezim. On August 18th Sheehan and Pezim met in Vancouver to discuss the Corona property. The meeting was abortive. According to Pezim's evidence, and the trial judge so found, Pezim insisted that it was a condition of any deal that LAC "give back" to Corona the Williams property. Subsequent negotiations between Sheehan and Donald Moore, a director of Corona, also failed to resolve the differences between LAC and Corona. After his meeting with Sheehan, Pezim, according to his testimony, instructed his solicitors to press on with the matter. This action was commenced on October 27, 1981, long before it was established that a producing gold mine on the Williams property was a probability.

This is certainly inconsistent with Corona's having provided Lac the information so that Lac could acquire the property, whether alone or for their joint ownership.

Q. Oui. Et cette obligation ou le motif de cette interdiction tient au fait que cette pratique est reconnue dans le métier, n'est-ce pas?

R. Oui.

<sup>a</sup> Que ces propos soient la constatation d'une pratique exécutoire en droit ou qu'ils créent une obligation fiduciaire sont des questions distinctes, mais à tout le moins ils montrent que Lac savait qu'elle <sup>b</sup> avait une certaine obligation d'agir de bonne foi envers Corona, et que cette obligation comprenait la pratique reconnue dans le métier de ne pas acquérir le bien-fonds que cherchait à acquérir une <sup>c</sup> partie avec laquelle elle était en négociations.

Les actes de Corona à la suite de l'acquisition du bien-fonds par Lac valent aussi d'être soulignés. Voici ce qu'en a dit la Cour, aux pp. 42 et 43:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Lorsqu'il a appris de Dragovan que LAC avait fait une offre à M<sup>me</sup> Williams, Pezim a immédiatement demandé à son avocat d'agir pour Corona dans cette affaire et Bell a ordonné à l'équipe de LAC participant au programme commun d'échantillonnage géochimique de quitter la propriété de Corona. <sup>e</sup> Quand Sheehan a appris que l'étude géochimique était terminée, il a téléphoné à Bell le 4 août, qui lui a dit que l'étude avait pris fin en raison de l'offre faite par LAC à M<sup>me</sup> Williams. Sheehan a répliqué qu'il était encore <sup>f</sup> intéressé à conclure une affaire avec Corona, et Bell lui a répondu qu'il aurait à en discuter avec Pezim. Le 18 août, Sheehan et Pezim se sont rencontrés à Vancouver pour discuter du bien-fonds de Corona. Cette rencontre a été stérile. Selon le témoignage de Pezim et les conclusions du juge de première instance, Pezim a insisté sur le fait qu'il était essentiel à la conclusion de toute affaire <sup>g</sup> que LAC «rende» à Corona le bien-fonds Williams. Des négociations subséquentes entre Sheehan et Donald Moore, un administrateur de Corona, n'ont pas non plus réussi à résoudre les points litigieux entre LAC et <sup>h</sup> Corona. Après sa rencontre avec Sheehan, Pezim a ordonné à ses avocats, selon son témoignage, de se hâter de procéder en la matière. Cette action a été engagée le 27 octobre 1981, longtemps avant qu'il soit établi que <sup>i</sup> l'existence d'une mine d'or rentable sur le bien-fonds Williams était une probabilité.

Cela est certainement incompatible avec la thèse selon laquelle Corona aurait communiqué des renseignements à Lac pour permettre à Lac d'acquérir le bien-fonds, que ce soit pour son propre compte ou pour le compte des deux.

This entire inquiry appears, however, to be misdirected. In establishing a breach of a duty of confidence, the relevant question to be asked is, "what is the confidEE entitled to do with the information?" and not, "to what use he is prohibited from putting it?" Any use other than a permitted use is prohibited and amounts to a breach of duty. When information is provided in confidence, the obligation is on the confidEE to show that the use to which he put the information is not a prohibited use. In *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, *supra*, at p. 48, Megarry J. said this in regard to the burden on the confidEE to repel a suggestion of confidence:

In particular, where information of commercial or industrial value is given on a business-like basis and with some avowed common object in mind, such as a joint venture or the manufacture of articles by one party for the other, I would regard the recipient as carrying a heavy burden if he seeks to repel a contention that he was bound by an obligation of confidence . . . .

In my view, the same burden applies where it is shown that confidential information has been used and the user is called upon to show that such use was permitted. Lac has not discharged that burden in this case.

I am therefore of the view that Lac breached a duty owed to Corona by approaching Mrs. Williams with a view to acquiring her property, and by acquiring that property, whether or not Lac intended to invite Corona to participate in its subsequent exploration and development. Such a holding may mean that Lac is uniquely disabled from pursuing property in the area for a period of time, but such a result is not unacceptable. Lac had the option of either pursuing a relationship with Corona in which Corona would disclose confidential information to Lac so that Lac and Corona could negotiate a joint venture for the exploration and development of the area, or Lac could, on the basis of publicly available information, have pursued property in the area on its own behalf. Lac, however, is not entitled to the best of both worlds.

Mais toute cette investigation me semble toutefois engagée sur la mauvaise voie. Pour établir la violation d'une obligation fondée sur des rapports de confiance, il convient «de déterminer l'emploi que l'on peut faire des renseignements confiés», et non «l'usage que l'on ne peut en faire». Tout emploi non autorisé est interdit et équivaut à un manquement à une obligation. Lorsqu'une personne a reçu des renseignements à titre confidentiel, il lui appartient de démontrer que l'emploi qu'elle en a fait n'était pas prohibé. Dans l'arrêt *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, précité, à la p. 48, le juge Megarry, parlant du fardeau imposé à celui qui a reçu des renseignements de réfuter l'existence de rapports de confiance:

[TRADUCTION] En particulier, lorsque des renseignements ayant une valeur commerciale ou industrielle sont donnés sur une base d'affaires en vue d'un objet déclaré, comme une entreprise conjointe ou la fabrication d'articles par une partie pour une autre, je considérerais que celui à qui ces renseignements ont été confiés doit faire une preuve très solide s'il veut réfuter la prétention qu'il était tenu à une obligation fondée sur des rapports de confiance . . . .

À mon avis, la même charge de preuve existe lorsqu'il est démontré que des renseignements confidentiels ont été utilisés, et celui qui s'en est servi doit prouver que cet emploi était permis. Lac ne s'est pas acquittée de cette charge en l'espèce.

J'estime par conséquent que Lac a violé son obligation envers Corona en s'adressant à M<sup>me</sup> Williams dans l'intention d'acquérir son bien-fonds, et en faisant l'acquisition, que Lac ait eu ou non l'intention d'inviter Corona à participer à l'exploration et à l'exploitation subséquentes. Cette conclusion peut signifier que Lac est exceptionnellement empêchée d'acquérir des terrains dans la région pendant un certain temps, mais il ne s'agit pas là d'une conséquence inacceptable. En effet, la possibilité s'offrait à Lac d'avoir avec Corona des rapports en vertu desquels cette dernière pourrait lui confier des renseignements confidentiels de sorte que toutes deux puissent négocier une entreprise conjointe visant l'exploration et l'exploitation de la région. Lac pouvait aussi, en se fondant sur des renseignements accessibles au public, chercher à acquérir pour son propre compte des terrains dans la région. Il ne lui était cependant pas loisible de jouir des deux avantages à la fois.

In this regard, the case can be distinguished from *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, *supra*, in that here the confidential information led to the acquisition of a specific, unique asset. Imposing a disability on a party in possession of confidential information from participating in a market in which there is room for more than one participant may be unreasonable, such as where the information relates to a manufacturing process or a design detail. In such cases, it may be that the obligation on the confidante is not to use the confidential information in its possession without paying compensation for it or sharing the benefit derived from it. Where, however, as in the present case, there is only one property from which Lac is being excluded, and there is only one property that Corona was seeking, the duty of confidence is a duty not to use the information. The fact that Lac is precluded from pursuing the Williams property does not impose an unreasonable restriction on Lac. Rather, it does the opposite by encouraging Lac to negotiate in good faith for the joint development of the property.

#### Fiduciary Obligation

Having established that Lac breached a duty of confidence owed to Corona, the existence of a fiduciary relationship is only relevant if the remedies for a breach of a fiduciary obligation differ from those available for a breach of confidence. In my view, the remedies available to one head of claim are available to the other, so that provided a constructive trust is an appropriate remedy for the breach of confidence in this case, finding a fiduciary duty is not strictly necessary. In my view, regardless of the basis of liability, a constructive trust is the only just remedy in this case. Nonetheless, in light of the argument, I think it appropriate to consider whether a fiduciary relationship exists in the circumstances here.

There are few legal concepts more frequently invoked but less conceptually certain than that of

À cet égard, les faits en l'espèce peuvent se distinguer de ceux de l'arrêt *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, précité, en ce sens que, dans la présente affaire, les renseignements confidentiels ont mené à l'achat d'un actif précis et unique. Imposer à celui qui a reçu des renseignements confidentiels une incapacité de participer à un marché offrant de la place à plus d'un participant pourrait être déraisonnable, comme dans le cas où les renseignements portent sur un procédé de fabrication ou un détail de dessin. Dans de tels cas, il se peut que l'obligation imposée à celui qui a reçu les renseignements consiste à ne pas s'en servir sans verser d'indemnité à cet égard ou à partager les bénéfices qu'il en a tirés. Toutefois lorsque, comme en l'espèce, il n'y a qu'un bien-fonds dont Lac ne peut faire l'acquisition, et un seul bien-fonds que Corona veut acquérir, l'obligation fondée sur des rapports de confiance consiste à ne pas se servir des renseignements. Le fait qu'il soit interdit à Lac de tenter d'acquérir le bien-fonds Williams n'impose pas à Lac une interdiction déraisonnable. En réalité, ce serait plutôt le contraire, car cela encouragerait Lac à négocier de bonne foi en vue de l'exploitation en commun du bien-fonds.

#### L'obligation fiduciaire

Une fois établi que Lac a violé l'obligation fondée sur des rapports de confiance qu'elle avait envers Corona, l'existence d'un rapport fiduciaire n'est pertinente que si les redressements applicables au manquement à l'obligation fiduciaire diffèrent de ceux qui sont disponibles à l'égard des abus de confiance. Or, j'estime que les redressements qui s'offrent dans le premier cas s'offrent également dans le second, de sorte que dans la mesure où la fiducie par interprétation constitue un redressement approprié pour l'abus de confiance en l'espèce, il n'est pas strictement nécessaire de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire. À mon avis, peu importe le fondement de l'obligation, la fiducie par interprétation est le seul redressement approprié en l'espèce. Néanmoins, compte tenu des arguments présentés, je crois qu'il convient de se demander s'il existe un rapport fiduciaire dans les circonstances en l'espèce.

Il existe peu de notions juridiques plus fréquemment invoquées et plus imprécises que celle des



the fiduciary relationship. In specific circumstances and in specific relationships, courts have no difficulty in imposing fiduciary obligations, but at a more fundamental level, the principle on which that obligation is based is unclear. Indeed, the term "fiduciary" has been described as "one of the most ill-defined, if not altogether misleading terms in our law": see Finn, *Fiduciary Obligations*, at p. 1. It has been said that the fiduciary relationship is "a concept in search of a principle"; see Mason, "Themes and Prospects," in P. D. Finn, ed., *Essays in Equity*, at p. 246. Some have suggested that the principles governing fiduciary obligations may indeed be undefinable (Klinck, "The Rise of the 'Remedial' Fiduciary Relationship: A Comment on *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.*" (1988), 33 *McGill L.J.* 600, at p. 603), while others have doubted whether there can be any "universal, all-purpose definition of the fiduciary relationship" (see *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, at p. 432; Austin, "Commerce and Equity—Fiduciary Duty and Constructive Trust" (1986), 6 *O.J.L.S.* 444, at pp. 445-46). The challenge posed by these criticisms has been taken up by courts and academics convinced of the view that underlying the divergent categories of fiduciary relationships and obligations lies some unifying theme; see *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 134, *per* Wilson J.; Weinrib, "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U. of T. L.J.* 1; Finn, "The Fiduciary Principle," Victoria Law School Conference Lecture, 1988; Shepherd, "Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships" (1981), 97 *L.Q.R.* 51; Frankel, "Fiduciary Law" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795; Gautreau, "Demystifying the Fiduciary Mystique" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 1. This case presents a further opportunity to consider such a principle.

In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, Dickson J. (as he then was) discussed the nature of fiduciary obligations in the following passage, at pp. 383-84:

rappports fiduciaires. Dans des circonstances particulières et à l'égard de rapports particuliers, les tribunaux n'ont aucune difficulté à conclure à l'existence d'obligations fiduciaires, mais à un niveau plus fondamental, le principe sur lequel repose l'obligation n'est pas clair. En fait, le mot «fiduciaire» a été décrit comme étant [TRADUCTION] «l'un des termes les plus mal définis, sinon totalement trompeurs de notre droit»; voir le travail de Finn, *Fiduciary Obligations*, à la p. 1. On a dit que le rapport fiduciaire était «un concept à la recherche d'un principe»; voir Mason, «Themes and Prospects,» dans l'ouvrage de P. D. Finn, éd., *Essays in Equity*, à la p. 246. D'aucuns ont laissé entendre qu'il se peut que les principes régissant les obligations fiduciaires soient bel et bien indéfinissables (voir le travail de Klinck, «The Rise of the 'Remedial' Fiduciary Relationship: A Comment on *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.*» (1988), 33 *McGill L.J.* 600, à la p. 603), alors que d'autres ont douté qu'il puisse y avoir [TRADUCTION] «une définition universellement applicable du rapport fiduciaire» (voir l'arrêt *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, à la p. 432; l'ouvrage de Austin, «Commerce and Equity—Fiduciary Duty and Constructive Trust» (1986), 6 *O.J.L.S.* 444, aux pp. 445 et 446). Le défi que posent ces critiques a été relevé par les tribunaux et les commentateurs, convaincus qu'un thème unificateur sous-tend les diverses catégories de rapports et d'obligations fiduciaires; voir les motifs du juge Wilson à la p. 134 de l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; l'ouvrage de Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U. of T. L.J.* 1; l'ouvrage de Finn, «The Fiduciary Principle,» Victoria Law School Conference Lecture, 1988, l'ouvrage de Shepherd, «Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships» (1981), 97 *L.Q.R.* 51; l'ouvrage de Frankel, «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795; et l'ouvrage de Gautreau, «Demystifying the Fiduciary Mystique» (1989), 68 *R. du B. can.* 1. La présente affaire offre une autre occasion d'étudier le principe en question.

Dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a traité de la nature des obligations fiduciaires dans le passage suivant, aux pp. 383 et 384:

The concept of fiduciary obligation originated long ago in the notion of breach of confidence, one of the original heads of jurisdiction in Chancery.

Professor Ernest Weinrib maintains in his article *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, at p. 7, that "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion." Earlier, at p. 4, he puts the point in the following way:

[Where there is a fiduciary obligation] there is a relation in which the principal's interests can be affected by, and are therefore dependent on, the manner in which the fiduciary uses the discretion which has been delegated to him. The fiduciary obligation is the law's blunt tool for the control of this discretion.

I make no comment upon whether this description is broad enough to embrace all fiduciary obligations. I do agree, however, that where by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

It is sometimes said that the nature of fiduciary relationships is both established and exhausted by the standard categories of agent, trustee, partner, director, and the like. I do not agree. It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed. [Emphasis added.]

Wilson J. had occasion to consider the extension of fiduciary obligations to new categories of relationships in *Frame v. Smith, supra*. She found, at p. 136 that:

... there are common features discernible in the contexts in which fiduciary duties have been found to exist and these common features do provide a rough and ready guide to whether or not the imposition of a fiduciary obligation on a new relationship would be appropriate and consistent.

Le concept de l'obligation de fiduciaire est issu depuis bien longtemps de la notion de l'abus de confiance, l'un des premiers chefs de compétence de la *Chancery*.

<sup>a</sup> Le professeur Ernest Weinrib soutient dans son article intitulé *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, à la p. 7, que [TRADUCTION] «la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre». <sup>b</sup> À la page 4, il exprime ce point de vue de la manière suivante:

[TRADUCTION] [Lorsqu'il y a une obligation de fiduciaire] il existe un rapport dans lequel dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir. L'obligation de fiduciaire est le moyen brutal employé en droit pour <sup>c</sup> contrôler ce pouvoir discrétionnaire. <sup>d</sup>

Je ne me prononce pas sur la question de savoir si cette description est de portée assez large pour comprendre toutes les obligations de fiduciaire. J'estime toutefois que, lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la <sup>e</sup> personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer. <sup>f</sup>

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure <sup>g</sup> que les catégories de fiduciaires sont exhaustives. [Je souligne.] <sup>h</sup>

Le juge Wilson a eu l'occasion d'étudier l'extension de l'obligation fiduciaire à de nouvelles catégories de rapports dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité. Elle a conclu, à la p. 136 que:

... des caractéristiques communes ressortent des contextes dans lesquels on a établi l'existence de devoirs fiduciaires et celles-ci constituent un guide sommaire et existant pour déterminer si l'imposition d'une obligation fiduciaire à l'égard d'un nouveau rapport est approprié et compatible avec ce qui existe. <sup>i</sup> <sup>j</sup>

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. [Emphasis added.]

It will be recalled that the issue in that case, though not originally raised by the parties but argued at the request of the Court, was whether the relationship of a custodial parent to a non-custodial parent could be considered a category to which fiduciary obligations could attach. Wilson J. would have been willing to extend the categories of fiduciary relations to include such parties. While the majority in that case did not consider it necessary to address the bases on which fiduciary obligations arise (essentially because it considered the statute there to constitute a discrete code), as will be seen from my reasons below, I find Wilson J.'s approach helpful.

Much of the confusion surrounding the term "fiduciary" stems, in my view, from its undifferentiated use in at least three distinct ways. The first is as used by Wilson J. in *Frame v. Smith, supra*. There the issue was whether a certain class of relationship, custodial and non-custodial parents, was a category, analogous to directors and corporations, solicitors and clients, trustees and beneficiaries, and agents and principals, the existence of which relationship would give rise to fiduciary obligations. The focus is on the identification of relationships in which, because of their inherent purpose or their presumed factual or legal incidents, the courts will impose a fiduciary obligation on one party to act or refrain from acting in a certain way. The obligation imposed may vary in its specific substance depending on the relationship, though compendiously it can be described as the fiduciary duty of loyalty and will most often include the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. [Je souligne.]

On se souviendra que la question litigieuse dans cette affaire, qui n'avait pas été soulevée à l'origine par les parties mais qui avait été débattue à la demande de la Cour, était de savoir si les rapports entre le parent qui a la garde de l'enfant et l'autre parent peuvent être considérés comme appartenant à une catégorie susceptible de donner lieu à des obligations fiduciaires. Le juge Wilson aurait été d'accord pour étendre les catégories de rapports fiduciaires pour y inclure les parents. La majorité des juges dans cette affaire n'a pas estimé nécessaire de traiter des situations donnant naissance aux obligations fiduciaires (essentiellement parce qu'elle considérait que la loi visée constituait un code distinct) mais, comme on le verra d'après mes motifs, je trouve utile l'approche du juge Wilson.

Une grande partie de la confusion qui entoure le mot «fiduciaire» tient, à mon avis, au fait qu'il est employé indifféremment d'au moins trois façons. Tout d'abord, comme l'utilise le juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité. La question litigieuse était de savoir si un certain type de rapports, à savoir ceux qui existent entre le parent qui a la garde de l'enfant et l'autre parent, formait une catégorie analogue à celle des rapports entre les administrateurs et la société, les avocats et leurs clients, les fiduciaires et les bénéficiaires, les mandataires et leurs mandants, ces rapports donnant lieu à des obligations fiduciaires. L'accent porte sur la définition des rapports dont les tribunaux diront, en raison de leur fin inhérente ou de ce qui serait leurs particularités factuelles ou juridiques, qu'ils imposent à l'une des parties l'obligation fiduciaire d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une certaine façon. La nature particulière de cette obligation peut varier selon les rapports concernés, bien que, sommairement, on puisse dire qu'il s'agit de l'obli-

the beneficiary. The presumption that a fiduciary obligation will be owed in the context of such a relationship is not irrebuttable, but a strong presumption will exist that such an obligation is present. Further, not every legal claim arising out of a relationship with fiduciary incidents will give rise to a claim for breach of fiduciary duty. This was made clear by Southin J. (as she then was) in *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361 (S.C.), at p. 362. She stated:

Counsel for the plaintiff spoke of this case in his opening as one of breach of fiduciary duty and negligence. It became clear during his opening that no breach of fiduciary duty is in issue. What is in issue is whether the defendant was negligent in advising on the settlement of a claim for injuries suffered in an accident. The word "fiduciary" is flung around now as if it applied to all breaches of duty by solicitors, directors of companies and so forth. But "fiduciary" comes from the Latin "fiducia" meaning "trust". Thus, the adjective, "fiduciary" means of or pertaining to a trustee or trusteeship. That a lawyer can commit a breach of the special duty of a trustee, e.g., by stealing his client's money, by entering into a contract with the client without full disclosure, by sending a client a bill claiming disbursements never made and so forth is clear. But to say that simple carelessness in giving advice is such a breach is a perversion of words.

It is only in relation to breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary that a claim for breach of fiduciary duty can be founded. In determining whether the categories of relationships which should be presumed to give rise to fiduciary obligations should be extended, the rough and ready guide adopted by Wilson J. is a useful tool for that evaluation. This class of fiduciary obligation need not be considered further, as Corona's contention is not that "parties negotiating towards a joint-venture" constitute a category of relationship, proof of which will give rise to a presumption of

gation de loyauté, qui comprendra le plus souvent l'obligation d'éviter les conflits de devoirs ou d'intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire. La présomption qu'il existe une obligation fiduciaire dans le cadre de tels rapports n'est pas irréfutable, mais elle est très forte. De plus, ce ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire. Le juge Southin (tel était alors son titre) l'a dit clairement dans l'arrêt *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361 (C.S.), à la p. 362:

[TRADUCTION] L'avocat de la demanderesse, dans son exposé introductif, a dit qu'il s'agit d'un litige mettant en cause le manquement à des obligations fiduciaires et la négligence. Or, il est devenu évident au cours de son exposé qu'il n'est nullement question de manquement à des obligations fiduciaires. La question est en réalité de savoir si la défenderesse s'est montrée négligente en donnant un avis sur le règlement d'une réclamation relative à des lésions subies dans un accident. Le mot «fiduciaire» s'emploie actuellement à tout bout de champ comme s'il s'appliquait à tous les manquements à leurs obligations que commettent les avocats, les administrateurs de sociétés, etc. «Fiduciaire» dérive cependant du mot latin «*fiducia*» qui signifie «confiance». L'adjectif «fiduciaire» veut donc dire «relatif à un fiduciaire ou à une fiducie». Qu'un avocat puisse manquer à l'obligation particulière d'un fiduciaire, p. ex. en volant l'argent de son client, en concluant un contrat avec son client sans lui en révéler tous les détails, en envoyant à son client un compte pour des débours fictifs, etc., cela est bien évident. Prétendre toutefois que commettre une simple négligence quand il donne un avis constitue un tel manquement, c'est dénaturer le sens des mots.

La prétention qu'il y a manquement à une obligation fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires. Quand il s'agit de déterminer s'il y a lieu d'élargir les catégories de rapports dont on devrait présumer qu'ils donnent lieu à des obligations fiduciaires, le guide sommaire adopté par le juge Wilson est un outil très utile. Cette catégorie d'obligations fiduciaires n'a pas à être considérée davantage, car Corona ne prétend pas que «des négociations en vue d'une entreprise conjointe» constituent une catégorie de rapports dont la preuve donnera naissance à la

fiduciary obligation, but rather that a fiduciary relationship arises out of the particular circumstances of this case.

This brings me to the second usage of fiduciary, one I think more apt to the present case. The imposition of fiduciary obligations is not limited to those relationships in which a presumption of such an obligation arises. Rather, a fiduciary obligation can arise as a matter of fact out of the specific circumstances of a relationship. As such it can arise between parties in a relationship in which fiduciary obligations would not normally be expected. I agree with this comment of Professor Finn in "The Fiduciary Principle", *supra*, at p. 64:

What must be shown, in the writer's view, is that the actual circumstances of a relationship are such that one party is entitled to expect that the other will act in his interests in and for the purposes of the relationship. Ascendancy, influence, vulnerability, trust, confidence or dependence doubtless will be of importance in making this out. But they will be important only to the extent that they evidence a relationship suggesting that entitlement. The critical matter in the end is the role that the alleged fiduciary has, or should be taken to have, in the relationship. It must so implicate that party in the other's affairs or so align him with the protection or advancement of that other's interests that foundation exists for the "fiduciary expectation". Such a role may generate an actual expectation that that other's interests are being served. This is commonly so with lawyers and investment advisers. But equally the expectation may be a judicially prescribed one because the law itself ordains it to be that other's entitlement. And this may be so either because that party should, given the actual circumstances of the relationship, be accorded that entitlement irrespective of whether he has adverted to the matter, or because the purpose of the relationship itself is perceived to be such that to allow disloyalty in it would be to jeopardise its perceived social utility.

It is in this sense, then, that the existence of a fiduciary obligation can be said to be a question of fact to be determined by examining the specific facts and circumstances surrounding each relationship; see Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 405. If the facts give rise to a fiduciary obligation, a breach of the duties thereby

présomption d'une obligation fiduciaire, mais elle soutient plutôt que des rapports fiduciaires découlent des circonstances particulières de l'espèce.

*a* Ceci m'amène au second emploi du mot fiduciaire, dont je crois qu'il est plus pertinent en l'espèce. L'existence d'obligations fiduciaires ne se limite pas uniquement aux rapports donnant lieu à la présomption de l'existence de telles obligations. *b* Au contraire, l'obligation fiduciaire peut se présenter tout simplement en vertu des circonstances propres à des rapports donnés. Comme telle, elle peut exister entre des parties dans des rapports où on ne s'attendrait pas normalement à la trouver. Je souscris à cette remarque que fait le professeur Finn dans «The Fiduciary Principle», précité, à la p. 64:

[TRADUCTION] Ce qu'il faut démontrer, selon l'auteur, c'est que les circonstances propres à des rapports sont telles que l'une des parties est en droit de s'attendre à ce que l'autre agisse dans son intérêt pour les fins des rapports concernés. Il ne fait aucun doute que l'ascendant, l'influence, la vulnérabilité, la confiance ou la dépendance joueront un rôle important. Mais ils ne seront importants que dans la mesure où ils révèlent des rapports qui laissent supposer un tel droit. En définitive, l'important est le rôle que le présumé fiduciaire joue, ou serait censé jouer, dans les rapports concernés. Ils doivent l'engager dans les affaires de l'autre partie ou dans la protection et la promotion des intérêts de l'autre partie suffisamment pour justifier «la croyance dans l'existence d'une obligation fiduciaire». Le rôle en question peut être la source même de la croyance que les intérêts de l'autre partie sont servis. C'est souvent ce qui se passe avec les avocats et les conseillers en placements. Mais cette attente peut également être judiciairement prescrite parce que le droit lui-même la prévoit. Et il peut en être ainsi soit parce que celui qui a cette attente, vu les circonstances des rapports en cause, devrait y avoir droit même s'il n'a pas soulevé la question, soit parce que l'objet des rapports eux-mêmes est perçu de telle façon que tolérer un manque de loyauté serait compromettre l'utilité sociale qu'on leur reconnaît.

*i* Donc, c'est en ce sens que l'on peut dire que l'existence d'une obligation fiduciaire est une question de fait à déterminer par l'examen des faits et des circonstances propres aux rapports concernés: voir Waters, *Law of Trusts in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), à la p. 405. Si les faits donnent lieu à une obligation fiduciaire, le manquement aux devoirs

imposed will give rise to a claim for equitable relief.

The third sense in which the term "fiduciary" is used is markedly different from the two usages discussed above. It requires examination here because, as I will endeavour to explain, it gives a misleading colouration to the fiduciary concept. This third usage of "fiduciary" stems, it seems, from a perception of remedial inflexibility in equity. Courts have resorted to fiduciary language because of the view that certain remedies, deemed appropriate in the circumstances, would not be available unless a fiduciary relationship was present. In this sense, the label fiduciary imposes no obligations, but rather is merely instrumental or facilitative in achieving what appears to be the appropriate result. The clearest example of this is the judgment of Goulding J. in *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105. There the plaintiff had transferred some \$2,000,000 to the defendant's account at a third bank. Due to a clerical error, a second payment in the same amount was made later that day. Instructions to stop the payment were made, but not quickly enough. The defendant bank was put into receivership shortly after the payment made in error was received, and as it was insolvent, the plaintiff could only recover the full amount of its money if it could trace it into some identifiable asset. Responding to the argument that, even if the funds could be identified, they could not be recovered since there was no fiduciary relationship, Goulding J. made the following comments, at pp. 118-19, which are worth setting out extensively:

The facts and decisions in *Sinclair v. Brougham* [1914] A.C. 398 and in *In re Diplock* [1948] Ch. 465 are well known and I shall not take time to recite them. I summarise my view of the *Diplock* judgment as follows: (1) The Court of Appeal's interpretation of *Sinclair v. Brougham* was an essential part of their decision and is binding on me. (2) The court thought that the majority of the House of Lords in *Sinclair v. Brougham* had not accepted Lord Dunedin's opinion in that case, and themselves rejected it. (3) The court (as stated in *Snell, [Principles of Equity, 27th ed., 1973]*) held that an initial fiduciary relationship is a necessary foundation of the equitable right of tracing. (4) They also held that the relationship between the building society directors

qu'elle impose sera le fondement d'une demande de réparation selon l'*equity*.

Le troisième sens donné au mot «fiduciaire» se distingue nettement des deux autres. Il convient de l'étudier ici car, comme je tenterai de l'expliquer, il donne une connotation trompeuse au concept de fiduciaire. Il semble que ce troisième sens découle de l'impression d'un manque de souplesse de l'*equity* en matière de réparation. En effet, les tribunaux ont eu recours à la terminologie fiduciaire parce qu'ils pensaient que certaines réparations, jugées appropriées dans les circonstances, ne seraient pas applicables en l'absence de rapports fiduciaires. En ce sens, l'étiquette 'fiduciaire' n'impose aucune obligation, elle ne sert qu'à permettre ou à faciliter l'obtention de ce qui semble être le résultat indiqué. L'exemple le plus clair est le jugement du juge Goulding dans l'affaire *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch. 105. La demanderesse avait viré quelque 2 000 000 \$ au compte de la défenderesse dans une troisième banque. À la suite d'une erreur d'écriture, un second versement du même montant avait été fait plus tard le même jour. Le contre-ordre était arrivé trop tard. La banque défenderesse a été mise sous séquestre peu après réception du paiement erroné, et comme elle était insolvable, la demanderesse ne pouvait recouvrer cet argent intégralement que si elle pouvait le relier à un actif bien précis. En réponse à l'argument que même si les fonds pouvaient être retracés, ils ne pouvaient être recouverts puisqu'il n'existait aucun rapport fiduciaire, le juge Goulding a fait les commentaires suivants qu'il convient de citer, aux pp. 118 et 119:

[TRADUCTION] Les faits propres aux affaires *Sinclair v. Brougham* [1914] A.C. 398 et *In re Diplock* [1948] Ch. 465 sont bien connus, alors je ne les répéterai pas. Je résume comme suit mon opinion de l'arrêt *Diplock*: (1) L'interprétation par la Cour d'appel de l'arrêt *Sinclair v. Brougham* constituait une part essentielle de sa décision, et j'y suis tenu. (2) La cour croyait que la majorité de la Chambre des lords dans l'arrêt *Sinclair v. Brougham* n'avait pas accepté l'opinion de lord Dunedin dans cet arrêt, et elle l'a elle-même rejetée. (3) La Cour (comme il est dit dans *Snell, [Principles of Equity, 27<sup>e</sup> éd., 1973]*) a conclu que des rapports fiduciaires dès l'origine sont essentiels au droit prévu en *equity* de rechercher la trace de quelque chose. (4) La Cour a

and depositors in *Sinclair v. Brougham* was a sufficient fiduciary relationship for the purpose: [1948] Ch. 465, 529, 540. The latter passage reads, at p. 540: "A sufficient fiduciary relationship was found to exist between the depositors and the directors by reason of the fact that the purposes for which the depositors had handed their money to the directors were by law incapable of fulfillment." It is founded, I think, on the observations of Lord Parker of Waddington at [1914] A.C. 398, 441.

This fourth point shows that the fund to be traced need not (as was the case in *In re Diplock* itself) have been the subject of fiduciary obligations before it got into the wrong hands. It is enough that, as in *Sinclair v. Brougham* [1914] A.C. 398, the payment into wrong hands itself gave rise to a fiduciary relationship. The same point also throws considerable doubt on Mr. Stubbs's submission that the necessary fiduciary relationship must originate in a consensual transaction. It was not the intention of the depositors or of the directors in *Sinclair v. Brougham* to create any relationship at all between the depositors and the directors as principals. Their object, which unfortunately disregarded the statutory limitations of the building society's powers, was to establish contractual relationships between the depositors and the society. In the circumstances, however, the depositors retained an equitable property in the funds they parted with, and fiduciary relationships arose between them and the directors. In the same way, I would suppose, a person who pays money to another under a factual mistake retains an equitable property in it and the conscience of that other is subjected to a fiduciary duty to respect his proprietary right. [Emphasis added.]

It is clear that if a fiduciary relationship was necessary for the plaintiff to be entitled to a proprietary tracing remedy, then such a relationship would be found. It is equally clear that this relationship has nothing to do with the imposition of obligations traditionally associated with fiduciaries. For another example, see *Goodbody v. Bank of Montreal* (1974), 47 D.L.R. (3d) 335 (Ont. H.C.), at p. 339, where a thief was considered to be a fiduciary so as to ground an equitable tracing order.

a aussi statué que les rapports entre les administrateurs et les déposants de la société de construction dans l'affaire *Sinclair v. Brougham* avaient un caractère fiduciaire suffisant pour les fins de l'affaire: [1948] Ch. 465, 529 et 540. Le passage en question, à la p. 540, est libellé comme suit: «On a conclu à l'existence d'un rapport fiduciaire suffisant entre les déposants et les administrateurs étant donné que les fins pour lesquelles les déposants avaient remis leur argent aux administrateurs ne pouvaient légalement se réaliser.» Je crois que ce qui précède se fonde sur les observations de lord Parker de Waddington dans [1914] A.C. 398, à la p. 441.

b Le quatrième point montre que les deniers à retracer n'avaient pas (comme c'était le cas dans l'affaire *In re Diplock* elle-même) à avoir fait l'objet d'obligations fiduciaires avant de tomber dans les mauvaises mains. Il suffit que, comme dans l'affaire *Sinclair v. Brougham* [1914] A.C. 398, le paiement aux mauvaises parties ait lui-même donné lieu à des rapports fiduciaires. Ce même point fait planer un doute considérable sur l'argument de M. Stubbs selon lequel le rapport fiduciaire nécessaire doit prendre naissance dans une opération consensuelle. Dans l'affaire *Sinclair v. Brougham*, ni les déposants ni les administrateurs n'entendaient créer entre eux les moindres rapports dans le cadre desquels les administrateurs auraient qualité de mandants. Leur objectif, qui malheureusement ne tenait pas compte des limites imposées par la loi aux pouvoirs de la société de construction, était d'établir des rapports contractuels entre les déposants et la société. Toutefois dans les circonstances, les déposants conservaient un droit en equity sur les deniers qu'ils remettaient, et des rapports fiduciaires prenaient naissance entre eux et les administrateurs. De la même façon, j'imagine bien que la personne qui verse des deniers à une autre à la suite d'une erreur de fait conserve sur eux un droit en equity, et que celui qui les reçoit, en conscience, a l'obligation fiduciaire de respecter ce droit de propriété. [Je souligne.]

h Il est clair que si l'existence de rapports fiduciaires était nécessaire pour que la recherche des deniers dont elle était propriétaire soit un recours accessible à la demanderesse, on conclurait donc à l'existence de ces rapports. Il est tout aussi clair que ces rapports n'ont rien à voir avec l'imposition d'obligations traditionnellement associées aux fiduciaires. Pour un autre exemple, voir l'arrêt *Goodbody v. Bank of Montreal* (1974), 47 D.L.R. (3d) 335 (H.C. Ont.), à la p. 339, dans lequel on a considéré qu'un voleur était un fiduciaire de façon à justifier une ordonnance de recherche en equity.

Professor Birks has described this approach as follows (Birks, "Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity," [1987] *Lloyd's Mar. & Com.L.Q.* 421, at p. 436):

This approach moves the characterization of a relationship as fiduciary from the reasoning which justifies a conclusion to the conclusion itself: a relationship becomes fiduciary because a legal consequence traditionally associated with that label is generated by the facts in question.

Professor Weinrib has criticized it because ("The Fiduciary Obligation", *op. cit.*, at p. 5):

This definition in terms of the effect produced by the finding of a fiduciary relation begs the question in an obvious way: one cannot both define the relation by the remedy and use the relation as a triggering device for remedy.

Megarry V.-C. commented on this approach to identifying a fiduciary obligation in *Tito v. Waddell* (No. 2), [1977] 3 All E.R. 129, at pp. 231-32. In that case, the argument made was that:

... A was in a fiduciary position towards B if he was performing a special job in relation to B which affected B's property rights, at any rate if A was self-dealing. This ... could be put in two ways. First, there was a fiduciary duty if there was a job to be performed and it was performed in a self-dealing way. Alternatively, there was a fiduciary duty if there was a job to perform, and equity then imposed a duty to perform it properly if there was any self-dealing.

He rejected this position as follows, at p. 232:

I cannot see why the imposition of a statutory duty to perform certain functions, or the assumption of such a duty, should as a general rule impose fiduciary obligations, or even be presumed to impose any. Of course, the duty may be of such a nature as to carry with it fiduciary obligations: impose a fiduciary duty and you impose fiduciary obligations. But apart from such cases, it would be remarkable indeed if in each of the manifold cases in which statute imposes a duty, or imposes a duty relating to property, the person on whom the duty is imposed were thereby to be put into a fiduciary relation-

Le professeur Birks a décrit cette approche de la façon suivante (Birks, «Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity,» [1987] *Lloyd's Mar. & Com.L.Q.* 421, à la p. 436):

[TRADUCTION] Selon cette approche, les rapports sont qualifiés de rapports fiduciaires non pas à la suite d'un raisonnement qui justifie cette conclusion, mais en raison de la conclusion elle-même: en effet, des rapports deviennent fiduciaires parce qu'une conséquence juridique traditionnellement associée à cette étiquette découle des faits en question.

Le professeur Weinrib a critiqué cette façon de voir les choses parce que («The Fiduciary Obligation», *op. cit.*, à la p. 5):

[TRADUCTION] Cette définition fondée sur l'effet produit lorsque l'on conclut à l'existence de rapports fiduciaires contourne la question de façon évidente: on ne peut définir des rapports en fonction d'un recours et en même temps se servir des rapports pour donner lieu au recours.

Le vice-chancelier Megarry a fait des commentaires sur cette façon de reconnaître une obligation fiduciaire dans l'arrêt *Tito v. Waddell* (No. 2), [1977] 3 All E.R. 129, aux pp. 231 et 232. Dans cette affaire, on a soutenu ce qui suit:

[TRADUCTION] ... A avait un lien fiduciaire avec B s'il accomplissait un travail particulier pour B qui touchait aux droits de ce dernier, à tout le moins si A faisait des transactions intéressées. Cela [...] peut s'exprimer de deux façons. Premièrement, il y avait obligation fiduciaire lorsqu'un travail devait être accompli et qu'il avait été accompli de façon intéressée. À titre subsidiaire, il y avait obligation fiduciaire lorsqu'un travail devait être accompli et que, selon l'*equity*, il devait être correctement exécuté lorsqu'il l'avait été de façon intéressée.

Il a rejeté cette position comme suit, à la p. 232:

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi l'imposition de l'obligation légale d'accomplir certaines fonctions, ou le fait d'assumer une telle obligation, devrait comme règle générale imposer des obligations fiduciaires, ou même être présumée en imposer. Naturellement, la nature de l'obligation peut être telle qu'elle entraîne des obligations fiduciaires: imposer un devoir fiduciaire, c'est créer une obligation fiduciaire. Mais à l'exception des cas de ce genre, il serait étonnant que dans chacun des nombreux cas où une loi impose un devoir, ou impose un devoir lié à un bien, la personne à qui il est imposé ait



ship with those interested in the property, or towards whom the duty could be said to be owed.

Furthermore, I cannot see that coupling the job to be performed with self-dealing in the performance of it makes any difference. If there is a fiduciary duty, the equitable rules about self-dealing apply: but self-dealing does not impose the duty. Equity bases its rules about self-dealing on some pre-existing fiduciary duty: it is a disregard of this pre-existing duty that subjects the self-dealer to the consequences of the self-dealing rules. I do not think that one can take a person who is subject to no pre-existing fiduciary duty and then say that because he self-deals he is thereupon subjected to a fiduciary duty.

Megarry V.-C. held in that case that there was no fiduciary relationship and so no breach of the fiduciary obligations that would have been imposed by finding such a relationship. Self-dealing would only have been a breach of fiduciary obligation if a fiduciary obligation existed. Megarry V.-C. rejected the notion that one can argue from a conclusion (there has been self-dealing) to a duty (therefore there is a fiduciary relationship) and then back to the conclusion (therefore there has been a breach of duty).

In my view, this third use of the term fiduciary, used as a conclusion to justify a result, reads equity backwards. It is a misuse of the term. It will only be eliminated, however, if the courts give explicit recognition to the existence of a range of remedies, including the constructive trust, available on a principled basis even though outside the context of a fiduciary relationship.

To recapitulate, the first class of fiduciary is not in issue in this appeal. It is not contended that all parties negotiating towards a joint venture are a class to which fiduciary obligations should presumptively attach. As will be clear from my discussion of the third usage of the term fiduciary, I

alors des rapports fiduciaires avec ceux qui ont un intérêt dans ce bien, ou ceux à qui on peut dire que le devoir est dû.

<sup>a</sup> De plus, je ne vois pas comment le fait de tenir compte non seulement du travail à accomplir mais aussi du fait que celui qui l'accomplit agit de façon intéressée, ferait la moindre différence. S'il y a obligation fiduciaire, les règles de l'*equity* en matière de transactions intéressées s'appliquent, mais le fait d'agir de façon intéressée n'impose pas le devoir. Les règles de l'*equity* en matière de transactions intéressées reposent sur quelque devoir fiduciaire préexistant: c'est le manquement à ce devoir qui soumet celui qui agit de façon intéressée aux conséquences propres aux règles applicables en matière de transactions intéressées. Je ne crois pas que l'on puisse dire qu'une personne non assujettie à un devoir fiduciaire préexistant, parce qu'elle agit de façon intéressée, est dès lors soumise à un devoir fiduciaire.

<sup>d</sup> Le vice-chancelier Megarry a statué dans cette affaire qu'il n'existait aucun rapport fiduciaire et partant, aucun manquement aux obligations fiduciaires qui auraient été imposées si l'on avait conclu à l'existence d'un tel rapport. Le fait d'agir de façon intéressée n'aurait constitué un manquement à l'obligation fiduciaire que si celle-ci existait déjà. Le vice-chancelier Megarry a rejeté la notion que l'on puisse se fonder sur une conclusion (il y a eu transaction intéressée) pour créer un devoir (il a donc existé des rapports fiduciaires) et retourner à la conclusion (il y a donc eu manquement à une obligation).

<sup>g</sup> À mon sens, le troisième emploi du terme fiduciaire, c'est-à-dire son utilisation comme conclusion pour justifier une conséquence, interprète l'*equity* à l'envers. C'est un mauvais emploi du terme. Il n'y sera cependant mis fin que si les tribunaux reconnaissent explicitement l'existence d'un éventail de réparations, dont la fiducie par interprétation, qui peuvent être accordées selon certains principes même hors du cadre des rapports fiduciaires.

Pour récapituler, le premier emploi du mot fiduciaire n'est pas en cause dans ce pourvoi. On ne prétend pas que toutes les parties qui négocient en vue d'une entreprise conjointe forment une catégorie à laquelle des obligations fiduciaires devraient s'attacher par présomption. Comme il ressortira

am not prepared to hold that because a constructive trust is the appropriate remedy a fiduciary label therefore attaches, though I will deal later with why, even if the relationship is not fiduciary in any sense, a constructive trust may nonetheless be appropriate. The issue that remains for immediate discussion is whether the facts in this case, as found by the courts below, support the imposition of a fiduciary obligation within the second category discussed above, and whether, acting as it did, Lac was in breach of the obligations thereby imposed.

In addressing this issue, some detailed consideration must be given to the analysis made by the Court of Appeal. Before that court, Lac was attacking the trial judge's conclusion that Lac was in breach of its fiduciary duty to act fairly and not to the detriment of Corona by acquiring the Williams property. I note that, in their discussions of this breach, neither court below spoke of Lac's duty not to acquire the property for its own account to the exclusion of Corona, but rather spoke of a duty not to acquire the property at all. For the reasons I have outlined in my discussion of breach of confidence, and for reasons which I will more fully outline later, I am of the view that the courts below were correct in their description of the duty owed.

The Court of Appeal agreed with the submission made by Lac that the law of fiduciary relations does not ordinarily apply to parties involved in commercial negotiations. Such negotiations are normally conducted at arm's length. They held, however, that in certain circumstances fiduciary obligations can arise, and it is a question of fact in each case whether the relationship of the parties, one to the other, is such as to create a fiduciary relationship. *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676, was given as an example of where such an obligation might arise. In terms of the scheme I have outlined above, the Court of Appeal accepted that the first usage of

clairement de mes propos sur le troisième emploi du terme fiduciaire, je ne suis pas disposé à conclure que, parce que la fiducie par interprétation constitue la réparation appropriée, l'étiquette 'fiduciaire' s'impose en conséquence, mais j'expliquerai plus loin les raisons pour lesquelles, même si les rapports existants ne sont en aucun sens fiduciaires, la fiducie par interprétation peut néanmoins être appropriée. La question à trancher maintenant est de savoir si les faits de l'espèce, selon les conclusions des juridictions inférieures, justifient l'existence d'une obligation fiduciaire relevant de la seconde catégorie décrite plus haut et si, en agissant comme elle l'a fait, Lac a manqué aux obligations qui en découlaient.

Dans l'étude de cette question, il convient d'examiner l'analyse faite par la Cour d'appel. Devant cette cour, Lac a contesté la conclusion du juge de première instance selon laquelle en faisant l'acquisition du bien-fonds Williams Lac avait manqué au devoir de fiduciaire d'agir équitablement et non pas au détriment de Corona. Je note que, dans leurs discussions relatives au manquement en question, ni l'une ni l'autre des juridictions inférieures n'a parlé de l'obligation de Lac de ne pas acquérir la propriété pour son propre compte à l'exclusion de Corona, mais qu'elles ont plutôt parlé de l'obligation qui lui était faite de ne pas acheter la propriété du tout. Pour les motifs que j'énonçais au sujet de l'abus de confiance et pour des motifs que j'exposerai de façon plus complète ci-après, je suis d'avis que les juridictions inférieures ont correctement décrit l'obligation imposée.

La Cour d'appel était d'accord avec l'argument de Lac voulant que le droit applicable aux rapports fiduciaires ne s'applique pas normalement aux parties à des négociations commerciales. Ces négociations se font habituellement sans lien de dépendance. La cour a cependant conclu que, dans certaines circonstances, des obligations fiduciaires peuvent s'imposer et que la question de savoir si les liens entre les parties sont de nature à créer des rapports fiduciaires est, dans chaque cas, une question de fait. La décision *United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd.* (1985), 59 A.L.J.R. 676, a été citée comme exemple d'un cas où une telle obligation peut s'imposer. En ce qui concerne les emplois

“fiduciary” was not in issue, but that the second must be more closely examined.

Before undertaking that examination, the court made the following comments on the relationship between fiduciary law and the law of confidential information, at pp. 47-48:

... the trial judge found that Corona imparted confidential information to LAC during the course of their negotiations. He recognized that the law regarding obligations imposed by the delivery of confidential information is distinct from the law imposing fiduciary duties and that it does not depend upon any special relationship between the parties. In *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* ... [1974] S.C.R. 592 at p. 616, Laskin J. said for the court:

The fact that breach of confidence or violation of copyright may itself afford a ground of relief does not make either one a necessary ingredient of a successful claim for breach of fiduciary duty.

That statement recognizes that the courts will provide relief for a breach of confidence in proper circumstances where there is no fiduciary relationship between the parties. On the other hand, a fiduciary relationship between parties may co-exist with a right of one of the parties to an obligation of confidence with respect to information of a confidential nature given by that party to the other party. It is indeed difficult to conceive of any fiduciary relationship where the right to confidentiality would not exist with respect to such information.

In the case at bar, the trial judge concluded that the legal principles regarding the obligations imposed by the delivery of confidential information and the obligations imposed as a result of the existence of a fiduciary relationship are intertwined. We are of the opinion that he was correct in this conclusion and that the law of fiduciary relationships can apply to parties involved, at least initially, in arm's length commercial discussions. [Emphasis added.]

The Court of Appeal then discussed the several factors which in its view supported the finding of a fiduciary obligation. In doing so, they were specifically responding to Lac's submission that the correct approach is to ask “whether the relationship by law, custom or agreement is such that one party is obligated to demonstrate loyalty and avoid

du mot «fiduciaire» que j'ai exposés plus haut, la Cour d'appel a reconnu que le premier n'était pas en cause, mais qu'il convenait d'étudier le second plus attentivement.

<sup>a</sup> Avant d'entreprendre cet examen, la cour a fait les commentaires suivants sur le lien entre le droit applicable en matière de fiducie et le droit relatif aux renseignements confidentiels, aux pp. 47 et 48:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] ... le juge de première instance a conclu que Corona a communiqué des renseignements confidentiels à LAC au cours de leurs négociations. Il a convenu que le droit régissant les obligations afférentes à la communication de renseignements confidentiels est distinct du droit applicable aux obligations fiduciaires, et qu'il ne dépend d'aucun rapport particulier entre les parties. Dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* [...] [1974] R.C.S. 592 à la p. 616, le juge Laskin a dit au nom de la Cour:

<sup>d</sup> Bien que l'abus de confiance et la violation du droit d'auteur puissent donner lieu à un recours, aucun de ces moyens ne constitue un élément nécessaire pour fonder une demande basée sur la violation d'une obligation fiduciaire.

<sup>e</sup> Ces propos indiquent que, dans les circonstances appropriées, les tribunaux accordent réparation à l'égard des abus de confiance en l'absence de rapports fiduciaires entre les parties. D'autre part, des rapports fiduciaires entre les parties peuvent coexister avec le droit de l'une des parties au respect du caractère confidentiel des renseignements qu'elle a confiés à l'autre partie. Il est assurément difficile d'imaginer un rapport fiduciaire qui ne comporterait pas ce droit au respect du caractère confidentiel de tels renseignements.

<sup>g</sup> En l'espèce, le juge de première instance a conclu que les principes juridiques applicables aux obligations découlant de la communication de renseignements confidentiels et aux obligations afférentes aux rapports fiduciaires sont étroitement liés. Nous estimons que sa conclusion est correcte et que le droit applicable aux rapports fiduciaires peut s'appliquer aux parties qui, tout au moins initialement, participent en toute indépendance à des discussions de nature commerciale. [Je souligne.]

<sup>i</sup> La Cour d'appel a ensuite analysé les divers facteurs qui, à son avis, permettaient de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire. Ce faisant, elle répondait expressément à la thèse de Lac selon laquelle la bonne façon de procéder est de se demander [TRADUCTION] «si les rapports sont tels en vertu du droit, de la coutume ou d'une entente,

taking advantage for himself". In light of this submission to the court below, I must say that it lies ill in the mouth of Lac to now assert before this Court that the custom or usage found by the courts below cannot as a matter of law give rise to fiduciary obligations. Were I not of the view that that submission is in error, I incline to think that Lac may be estopped by its conduct below from raising it in this Court.

The Court of Appeal relied on four main factors in upholding the imposition of the fiduciary obligation. First, Lac was a senior mining company and Corona a junior, and Lac had sought out Corona in order to obtain information and to discuss a joint venture. Second, the parties had arrived at a mutual understanding of how each would conduct itself in the course of their negotiations, were working towards a common objective and had in fact taken preliminary steps in the contemplated joint exploration and development venture. Third, Corona disclosed confidential information to Lac and Lac expected to receive that confidential information in the course of the negotiations. Finally, there was established by Lac's own evidence a custom, practice or usage in the mining industry that parties in serious negotiation to a joint venture not act to the detriment of the other, particularly with respect to the confidential information disclosed, and the parties had reached the stage in negotiations where such an industry practice applied. In all these circumstances, the Court of Appeal found that it was just and proper that a fiduciary relationship be found, and a legal obligation not to benefit at the expense of the other from information received in negotiations imposed. By acquiring the Williams property, Lac had breached this obligation.

While it is almost trite to say that a fiduciary relationship does not normally arise between arm's length commercial parties, I am of the view that

qu'une partie est tenue de faire preuve de loyauté et d'éviter de tirer un avantage personnel de la transaction.» Étant donné la thèse présentée devant la juridiction inférieure, je dois dire que Lac est maintenant malvenue à soutenir devant cette Cour que la coutume ou l'usage auxquels ont conclu les juridictions inférieures ne peuvent en droit donner lieu à des obligations fiduciaires. Si ce n'était que j'estime cet argument fautif, il me semblerait que la thèse avancée par Lac devant les juridictions inférieures pourrait lui interdire de présenter l'argument en question devant cette Cour.

La Cour d'appel s'est fondée sur quatre facteurs principaux pour conclure elle aussi à l'existence d'une obligation fiduciaire. Premièrement, Lac était une grande société minière alors que Corona était plus petite, et Lac s'était adressée à elle en vue d'obtenir des renseignements et de discuter d'une entreprise conjointe. Deuxièmement, les parties s'étaient entendues sur la façon dont chacune allait se comporter au cours de leurs négociations, elles travaillaient en vue d'un objectif commun et elles avaient en fait pris des mesures préliminaires en vue de l'entreprise conjointe de recherche et d'exploitation qu'elles envisageaient. Troisièmement, Corona a confié à Lac des renseignements confidentiels, renseignements que cette dernière s'attendait à recevoir dans le cadre des négociations. Finalement, selon le propre témoignage de Lac, il existe une pratique ou un usage dans l'industrie minière interdisant à ceux qui participent à des négociations sérieuses d'agir au détriment les uns des autres, particulièrement en ce qui a trait aux renseignements confidentiels communiqués, et les parties en étaient arrivées au stade des négociations où cette pratique de l'industrie minière s'appliquait. Étant donné toutes ces circonstances, la Cour d'appel a trouvé qu'il était juste et convenable de conclure à l'existence de rapports fiduciaires, et à l'obligation juridique faite à une partie de ne pas tirer avantage, aux dépens de l'autre partie, des renseignements reçus dans le cadre des négociations. En achetant le bien-fonds Williams, Lac a violé cette obligation.

Bien que ce soit un lieu commun de dire que des rapports fiduciaires n'existent généralement pas entre des parties qui traitent à distance, j'estime

the courts below correctly found a fiduciary obligation in the circumstances of this case and correctly found Lac to be in breach of it. I turn then to a consideration of the factors which in this case support the imposition of that duty. These can conveniently be grouped under three headings, (1) trust and confidence, (2) industry practice and (3) vulnerability. As will be seen these factors overlap to some extent, but considered as a whole they support the proposition that Corona could reasonably expect Lac to not act to Corona's detriment by acquiring the Williams land, and that Corona's expectation should be legally protected.

### Trust and Confidence

The relationship of trust and confidence that developed between Corona and Lac is a factor worthy of significant weight in determining if a fiduciary obligation existed between the parties. The existence of such a bond plays an important role in determining whether one party could reasonably expect the other to act or refrain from acting against the interests of the former. That said, the law of confidence and the law relating to fiduciary obligations are not coextensive. They are not, however, completely distinct. Indeed, while there may be some dispute as to the jurisdictional basis of the law of confidence, it is clear that equity is one source of jurisdiction: see *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203 (C.A.) In *Guerin v. The Queen*, *supra*, Dickson J. noted that the law of fiduciary obligations had its origin in the law of confidence. Professor Finn thought it was settled that confidential information, whether classified as property or not, will attract fiduciary law's protection provided the circumstances are such as to attract a duty of confidence: "The Fiduciary Principle", *supra*, at p. 50. I agree with the view of

que les juridictions inférieures ont eu raison de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire dans les circonstances de l'espèce, et à sa violation par Lac. J'en arrive maintenant à l'étude des facteurs qui, en l'espèce, justifient l'existence d'une telle obligation. On peut commodément les grouper sous trois rubriques: (1) la confiance, (2) la pratique suivie dans l'industrie en cause et (3) la vulnérabilité. Comme on le verra, ces facteurs se chevauchent dans une certaine mesure mais, pris dans leur ensemble, ils appuient la proposition selon laquelle Corona pouvait raisonnablement s'attendre à ce que Lac n'agisse pas à son détriment en se portant acquéreur du bien-fonds Williams, et cette attente de Corona devrait être reconnue en droit.

### La confiance

Les rapports de confiance qui se sont établis entre Corona et Lac sont un facteur auquel il convient d'accorder un poids considérable lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existait une obligation fiduciaire entre les deux parties. L'existence d'un tel lien est important pour déterminer si l'une des parties était raisonnablement en droit de s'attendre à ce que l'autre partie n'agisse pas ou évite d'agir contre les intérêts de la première. Cela dit, le droit applicable aux rapports de confiance et le droit relatif aux obligations fiduciaires n'ont pas la même portée, sans être cependant complètement distincts. En effet, bien que l'on puisse ne pas s'entendre sur le fondement juridictionnel du droit applicable aux rapports de confiance, il est clair que l'*equity* est un des chefs de compétence: voir *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203 (C.A.) Dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité, le juge Dickson a souligné que le droit applicable à l'obligation fiduciaire tirait son origine du droit régissant les rapports de confiance. Le professeur Finn estimait établi que les renseignements confidentiels, qu'ils soient ou non qualifiés de biens, jouiront de la protection du droit applicable à l'obligation fiduciaire pourvu que les circonstances soient de nature à créer une obligation fondée sur des rapports de confiance: «The Fiduciary Principle», précité, à la p. 50. Je suis d'accord avec les deux juridictions inférieures que le droit applicable aux

both courts below that the law of confidence and the law of fiduciary obligations, while distinct, are intertwined.

In a claim for breach of confidence, Gurry tells us (*Breach of Confidence*, at pp. 161-62):

... the court's concern is for the protection of a confidence which *has been created* by the disclosure of confidential information by the confider to the confidant. The court's attention is thus focused on the protection of the confidential information because it has been the medium for the creation of a relationship of confidence; its attention is *not* focused on the information as a medium by which a *pre-existing* duty is breached.

However, the facts giving rise to an obligation of confidence are also of considerable importance in the creation of a fiduciary obligation. If information is imparted in circumstances of confidence, and if the information is known to be confidential, it cannot be denied that the expectations of the parties may be affected so that one party reasonably anticipates that the other will act or refrain from acting in a certain way. A claim for breach of confidence will only be made out, however, when it is shown that the confidée has misused the information to the detriment of the confidor. Fiduciary law, being concerned with the exaction of a duty of loyalty, does not require that harm in the particular case be shown to have resulted.

There are other distinctions between the law of fiduciary obligations and that of confidence which need not be pursued further here, but among them I simply note that unlike fiduciary obligations, duties of confidence can arise outside a direct relationship, where for example a third party has received confidential information from a confidée in breach of the confidée's obligation to the confidor: see *Liquid Veneer Co. v. Scott* (1912), 29 R.P.C. 639 (Ch.), at p. 644. It would be a misuse of the term to suggest that the third party stood in a fiduciary position to the original confidor. Another difference is that breach of confidence also has a jurisdictional base at law, whereas fiduciary obligations are a solely equitable creation. Though this is becoming of less importance, these differences of origin give to the claim for

rappports de confiance et le droit relatif aux obligations fiduciaires, bien que distincts, sont étroitement liés.

Selon Gurry (*Breach of Confidence*, aux pp. 161 et 162), dans une action pour abus de confiance:

[TRADUCTION] ... le tribunal se soucie de protéger une situation de confiance qui *a été créée* lorsque des renseignements confidentiels ont été communiqués par une personne à une autre. L'attention du tribunal porte donc sur la protection des renseignements confidentiels parce qu'ils ont donné naissance à des rapports de confiance; le tribunal *ne s'attache pas* aux renseignements en tant que moyen par lequel une obligation *préexistante* a été violée.

Cependant, les faits donnant naissance à une obligation fondée sur des rapports de confiance ont aussi une importance considérable dans la création de l'obligation fiduciaire. Lorsque des renseignements sont communiqués à titre confidentiel et qu'on sait qu'ils sont confidentiels, on ne saurait nier qu'en conséquence l'une des parties pourrait s'attendre raisonnablement à ce que l'autre agisse ou évite d'agir d'une certaine façon. Cependant, l'abus de confiance ne peut être établi que s'il est démontré que celui qui a reçu les renseignements les a utilisés au détriment de celui qui les a communiqués. Le droit relatif aux obligations fiduciaires, qui s'intéresse à l'imposition d'une obligation de loyauté, n'exige pas la preuve qu'il en est résulté un préjudice.

Il existe d'autres distinctions entre le droit applicable aux obligations fiduciaires et celui qui vise les rapports de confiance mais, comme il n'est pas nécessaire de s'y arrêter en l'espèce, je me contenterai de souligner que, contrairement aux obligations fiduciaires, les devoirs fondés sur des rapports de confiance peuvent exister en l'absence de rapports directs lorsque, par exemple, un tiers reçoit des renseignements confidentiels en violation de l'obligation de celui qui les lui a révélés envers celui de qui il les tient: voir l'arrêt *Liquid Veneer Co. v. Scott* (1912), 29 R.P.C. 639 (Ch.), à la p. 644. Ce serait un usage abusif du terme de prétendre que le tiers a une obligation fiduciaire à l'égard de la source initiale des renseignements. Une autre distinction tient à ce que l'abus de confiance a aussi un fondement juridictionnel en *common law*,

breach of confidence a greater remedial flexibility than is available in fiduciary law. Remedies available from both law and equity are available in the former case, equitable remedies alone are available in the latter.

The Court of Appeal characterized the relationship in the present case as one of “trust and cooperation”. Lac and Corona were negotiating, and on the evidence of Sheehan, negotiating in good faith, towards a joint venture or some other business relationship. It was expected during these negotiations that Corona would disclose confidential information to Lac, and Corona did so. This was in conformity with the normal and usual practice in the mining industry. The evidence accepted by both courts below established a practice in the industry, known to Lac, that Lac would not use confidential information derived out of the negotiating relationship in a manner contrary to the interests of Corona. R. Holland J. found that it “must have been obvious” to Sheehan that he was receiving confidential information. In light of that finding, it should be apparent that the lowest possible significance can attach to the absence of discussions between the parties relating to confidentiality. Lac, in the view of the Court of Appeal, felt that it had some obligation to confirm areas of interest with Corona, and did so with respect to staking other property in the area. The trial judge, noting that Corona had “agreed” to Lac’s staking in the area, thought that this gave rise to an “informal understanding as to how each would conduct itself in anticipation of” the conclusion of a formal business relationship. In all these circumstances, I am of the view that both parties would reasonably expect that a legal obligation would be imposed on Lac not to act in a manner contrary to Corona’s interest with respect to the Williams property.

alors que les obligations fiduciaires sont uniquement des créations de l'*equity*. Bien que cela perde de l'importance, ces origines différentes donnent en matière d'abus de confiance un éventail de recours plus large que celui qu'offre le droit applicable aux obligations fiduciaires. En effet, dans le premier cas, il existe des recours disponibles aussi bien en droit qu'en *equity*, alors que dans le second, seuls des recours propres à l'*equity* sont accessibles.

La Cour d'appel a décrit les rapports en l'espèce comme des rapports [TRADUCTION] «de confiance et de coopération». Lac et Corona négociaient, et elles le faisaient de bonne foi selon la déposition de Sheehan, en vue d'une entreprise conjointe ou autre affaire commerciale. On s'attendait que Corona communique, au cours de ces négociations, des renseignements confidentiels à Lac, ce qu'elle a fait. Cela était conforme à la pratique normale et usuelle dans l'industrie minière. La preuve admise par les juridictions inférieures a établi l'existence d'une pratique propre à l'industrie, et connue de Lac, selon laquelle cette dernière ne devait pas se servir des renseignements confidentiels reçus dans le cadre des négociations d'une façon préjudiciable aux intérêts de Corona. Le juge R. Holland a conclu qu'il [TRADUCTION] «avait dû être évident» à Sheehan qu'il recevait des renseignements confidentiels. Étant donné cette conclusion, il devrait être clair que l'on doit accorder une importance minimale à l'absence de discussions entre les parties sur le respect du caractère confidentiel des renseignements. Lac, selon la Cour d'appel, estimait qu'elle avait quelque obligation de confirmer auprès de Corona certains de ses intérêts, et elle l'a fait quand il s'est agi de jalonner d'autres propriétés dans la région. Le juge de première instance, notant que Corona était «d'accord» pour que Lac jalonne des claims dans la région, a estimé que cela donnait naissance à [TRADUCTION] «un engagement informel quant à la façon dont les deux se comporteraient dans l'attente» de l'établissement de rapports d'affaires officiels. Vu toutes ces circonstances, je suis d'avis que les deux parties se seraient raisonnablement attendues à ce que Lac soit légalement tenue de ne pas agir de façon préjudiciable aux intérêts de Corona relativement au bien-fonds Williams.

Industry Practice

Both courts below placed considerable weight on the evidence of Allen to the effect that there was a “duty” not to act to the other party’s detriment when in serious negotiations through the misuse of confidential information. For ease of reference, I set out his testimony here again:

If one geologist goes to another geologist and says, are you interested in making some sort of a deal and between the two of them, they agree that they should consider seriously the possibility of making a deal, I think for a short period of time that while they are exploring that, that any transference of data would be— I would hope the geologists would be competent enough to identify the difference between published, unpublished, confidential and so on but in the case that they weren’t, there was just some exchange of conversation or physical data, then I would say that while both of them were seriously and honestly engaged in preparing a deal, that Lac and the other party would both have a duty towards each other not to hurt each other as the result of any information that was exchanged.

All of Lac’s experts agreed with this statement. The trial judge, in reliance on this evidence said, at pp. 763, 769 and 770:

THE EVIDENCE OF THE EXPERTS ON LIABILITY

C. *Whether the conduct of the parties, according to the experts, imposed fiduciary obligations on Lac*

I conclude, following *Cunliffe-Owen, supra*, that there is a practice in the mining industry that imposes an obligation when parties are seriously negotiating not to act to the detriment of each other.

The Court of Appeal affirmed the conclusion that Corona had established a “custom or usage” in accordance with the principle set forth in *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421 (Ch.), and that the trial judge was correct in applying that case.

La pratique suivie dans l’industrie

Les deux juridictions inférieures ont accordé un poids considérable à la déposition de M. Allen selon laquelle une partie avait le «devoir» de ne pas agir au détriment de l’autre partie en abusant de renseignements confidentiels pendant que les deux étaient engagées dans des négociations sérieuses. Pour des raisons de commodité, je cite de nouveau ici la déposition d’Allen:

[TRADUCTION] Lorsqu’un géologue va trouver un autre géologue et lui demande s’il est intéressé à conclure une affaire avec lui, et que tous deux conviennent qu’ils devraient considérer sérieusement la possibilité de conclure cette affaire, je crois que pendant une courte période lorsqu’ils songent à cette affaire, toute communication de données serait—j’ose espérer que les géologues auraient la compétence nécessaire pour faire la distinction entre des données publiées, non publiées, confidentielles et ainsi de suite, mais si tel n’était pas le cas, s’il n’y avait qu’un échange de conversations ou de données matérielles, je dirais alors que, lorsqu’ils sont tous deux sérieusement et honnêtement appliqués à préparer une affaire, Lac et l’autre partie auraient l’une et l’autre l’obligation réciproque de ne pas se nuire par suite de l’échange de renseignements.

Tous les experts de Lac étaient d’accord avec cette déclaration. Le juge de première instance, en s’appuyant sur ce témoignage, a dit aux pp. 763, 769 et 770:

[TRADUCTION] LE TÉMOIGNAGE DES EXPERTS SUR LA RESPONSABILITÉ

C. *La question de savoir si la conduite des parties, selon les experts, imposait à Lac des obligations fiduciaires*

Me fondant sur la décision *Cunliffe-Owen*, précitée, je conclus qu’il existe dans l’industrie minière une pratique qui impose à des parties qui mènent des négociations sérieuses une obligation de ne pas agir l’une au détriment de l’autre.

La Cour d’appel a confirmé la conclusion que Corona avait établi l’existence [TRADUCTION] «d’une coutume ou d’un usage» en conformité avec les principes exposés dans *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*, [1967] 1 W.L.R. 1421 (Ch.), et que le juge de première instance avait eu raison de suivre cet arrêt.



Undoubtedly experts on mining practice are not qualified to give evidence on whether fiduciary obligations arose between the parties, as the existence of fiduciary obligations is a question of law to be answered by the court after a consideration of all the facts and circumstances. Thus, while the term "fiduciary" was not properly used by the trial judge in this passage, the evidence of the experts is of considerable importance in establishing standard practice in the industry from which one can determine the nature of the obligations which will be imposed by law.

It will be clear then, that in my view Lac's submissions relating to custom and usage were largely misdirected. The issue is not, as Lac submitted, what is "the legal effect of custom in the industry". Rather, it is what is the importance of the existence of a practice in the industry, established out of the mouth of the defendant and all its experts, in determining whether Corona could reasonably expect that Lac would act or refrain from acting against the interests of Corona. Framed thus, the evidence is of significant importance.

I must at this point briefly advert to the law relating to custom and usage. Lac submitted that the Court of Appeal erred in using the terms "custom" and "usage" interchangeably. "Custom" in the sense of a rule having the force of law and existing since time immemorial is not in issue in this case. Indeed, Canadian law being largely of imported origin will rarely, if ever, evince that sort of custom. Custom in Canadian law must be given a broader definition. In any event, both courts below were not using the term in such a technical sense, as is clear from the fact that both substituted the term "practice" as a synonym. It is not necessary to decide, and I do not decide, whether a usage, properly established on the evidence, can give rise to fiduciary obligations. For these purposes I accept the definition of "usage" from *Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4th ed., para. 445, at p. 28, as follows:

Les experts sur les pratiques reconnues dans l'industrie minière ne sont certes pas compétents pour témoigner sur la question de savoir s'il y a création d'obligations fiduciaires entre les parties, car leur existence est une question de droit à laquelle la cour doit répondre après avoir étudié tous les faits et les circonstances. Ainsi, quoique l'expression «fiduciaire» ait été incorrectement utilisée par le juge de première instance dans ce passage, le témoignage des experts a une importance considérable quand il s'agit de constater une pratique courante dans l'industrie minière à partir de laquelle il est possible de déterminer la nature des obligations qui seront imposées en droit.

Il sera donc évident qu'à mon sens, les arguments de Lac relatifs à la coutume et aux usages étaient essentiellement mal fondés. La question n'est pas de savoir, comme l'a avancé Lac, quel est «l'effet juridique de la coutume courante dans l'industrie», mais plutôt quelle est l'importance de l'existence d'une pratique suivie dans l'industrie, dont la défenderesse et tous ses experts ont établi l'existence, lorsqu'il s'agit de déterminer si Corona pouvait raisonnablement s'attendre à ce que Lac agisse ou évite d'agir contre les intérêts de la première. La question ainsi posée, la preuve prend une importance considérable.

Je dois à ce stade me tourner brièvement vers le droit applicable à la coutume et aux usages. Lac a soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur en employant indifféremment les mots «coutume» et «usage». Le mot «coutume» au sens de règle ayant force de loi et existant de temps immémorial n'est pas en litige ici. En effet, étant en grande partie importé à l'origine, le droit canadien témoigne rarement de l'existence de ce genre de coutume. En droit canadien, il faut donner à ce mot une définition plus large. En tout état de cause, les deux juridictions inférieures n'employaient pas ce terme dans un sens aussi technique, et leur emploi du mot «pratique» comme synonyme le montre clairement. Il n'est pas nécessaire de décider, et je ne le fais pas, si un usage, régulièrement établi par la preuve, peut donner lieu à des obligations fiduciaires. À ces fins, j'accepte la définition suivante du mot «usage» dans *Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4<sup>e</sup> éd., par. 445, à la p. 28:

Usage may be broadly defined as a particular course of dealing or line of conduct generally adopted by persons engaged in a particular department of business life, or more fully as a particular course of dealing or line of conduct which has acquired such notoriety, that, where persons enter into contractual relationships in matters respecting the particular branch of business life where the usage is alleged to exist, those persons must be taken to have intended to follow that course of dealing or line of conduct, unless they have expressly or impliedly stipulated to the contrary . . .

I should mention that I have the greatest hesitation in saying that the only circumstances in which a legal obligation can arise out of a notorious business practice is when a contract results. The cases cited against implying terms in a contract have no relevance to negotiating practices. When the parties have reduced their understandings to writing, it is obviously the proper course for courts to be extremely circumspect in adding to the bargain they have set down (see, for example, *Burns v. Kelly Peters & Associates Ltd.* (1987), 41 D.L.R. (4th) 577, per Lambert J.A., at p. 601; *Nelson v. Dahl* (1879), 12 Ch. D. 568 (C.A.); *Norwich Winterthur Insurance (Australia) Ltd. v. Con-Stan Industries of Australia Pty. Ltd.*, [1983] 1 N.S.W.L.R. 461 (C.A.) In any event, it is not, in my opinion, necessary to determine if the practice established by the evidence of Lac's executives and experts amounts to a legal usage. It is clear to me that the practice in the industry is so well known that at the very least Corona could reasonably expect Lac to abide by it. There is absolutely no substance to the submission of Lac that this practice is vague or uncertain. It is premised on the disclosure of confidential information in the context of serious negotiations. I do not find it necessary to define "serious", and will not interfere with the concurrent findings of the courts below. The industry practice therefore, while not conclusive, is entitled to significant weight in

[TRADUCTION] On peut définir le mot usage de façon générale comme étant une façon d'agir ou une ligne de conduite particulière adoptée par des personnes qui œuvrent dans un domaine particulier du monde des affaires, ou de façon plus exhaustive comme une façon d'agir ou une ligne de conduite particulière qui a acquis une telle notoriété que, lorsque des personnes établissent entre elles des rapports contractuels dans des matières ayant trait à ce domaine particulier du monde des affaires où aurait cours l'usage concerné, les personnes en question doivent être présumées avoir entendu suivre cette façon d'agir ou cette ligne de conduite, sauf stipulation contraire de leur part, exprimée de façon expresse ou tacite . . .

Toutefois, j'hésite beaucoup à dire que les seules circonstances dans lesquelles une pratique commerciale notoire peut être source d'une obligation est lorsqu'il y a conclusion d'un contrat. Les arrêts cités indiquant qu'il ne faut pas sous-entendre de conditions dans un contrat n'ont aucune pertinence à l'égard des pratiques en matière de négociations. Lorsque les parties ont constaté par écrit les termes de leur accord, il est évident que les tribunaux doivent être extrêmement circonspects avant d'ajouter quoi que ce soit au marché conclu (voir par exemple les arrêts *Burns v. Kelly Peters & Associates Ltd.* (1987), 41 D.L.R. (4th) 577, le juge Lambert, à la p. 601; *Nelson v. Dahl* (1879), 12 Ch. D. 568 (C.A.); *Norwich Winterthur Insurance (Australia) Ltd. v. Con-Stan Industries of Australia Pty. Ltd.*, [1983] 1 N.S.W.L.R. 461 (C.A.) En tout état de cause, je n'estime pas nécessaire de déterminer si la pratique dont l'existence est établie par le témoignage des cadres et des experts de Lac équivaut en droit à un usage. Il est évident, à mon avis, que la pratique ayant cours dans l'industrie minière est tellement connue que Corona pouvait pour le moins raisonnablement s'attendre à ce que Lac la respecte. Absolument rien ne justifie Lac de prétendre que cette pratique est vague ou incertaine. Elle se fonde sur la divulgation de renseignements confidentiels dans le cadre de négociations sérieuses. Je ne trouve pas nécessaire de définir l'adjectif «sérieux» et je ne modifierai pas les conclusions concordantes des juridictions inférieures. Par conséquent, la pratique ayant cours dans l'industrie, bien qu'elle ne soit pas concluante, doit avoir un poids considérable quand il s'agit de déterminer les attentes rai-

determining the reasonable expectations of Corona, and for that matter of Lac regarding how the latter should behave.

### Vulnerability

As I indicated above, vulnerability is not, in my view a necessary ingredient in every fiduciary relationship. It will of course often be present, and when it is found it is an additional circumstance that must be considered in determining if the facts give rise to a fiduciary obligation. I agree with the proposition put forward by Wilson J. that when determining if new classes of relationship should be taken to give rise to fiduciary obligations then the vulnerability of the class of beneficiaries of the obligation is a relevant consideration. Wilson J. put it as follows in *Frame v. Smith, supra*, at pp. 137-38:

The third characteristic of relationships in which a fiduciary duty has been imposed is the element of vulnerability. This vulnerability arises from the inability of the beneficiary (despite his or her best efforts) to prevent the injurious exercise of the power or discretion combined with the grave inadequacy or absence of other legal or practical remedies to redress the wrongful exercise of the discretion or power. Because of the requirement of vulnerability of the beneficiary at the hands of the fiduciary, fiduciary obligations are seldom present in the dealings of experienced businessmen of similar bargaining strength acting at arm's length: see, for example, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.), aff'd [1975] 1 S.C.R. 2. The law takes the position that such individuals are perfectly capable of agreeing as to the scope of the discretion or power to be exercised, i.e., any "vulnerability" could have been prevented through the more prudent exercise of their bargaining power and the remedies for the wrongful exercise or abuse of that discretion or power, namely damages, are adequate in such a case.

However, as I indicated, this case does not require a new class of relationships to be identified, but requires instead an examination of the specific facts of this case.

The *Oxford English Dictionary*, vol. 19, 2nd ed., at p. 786, defines "vulnerable" as follows:

sonnables de Corona, ainsi d'ailleurs que celles de Lac, quant à la façon dont cette dernière devait se comporter.

### La vulnérabilité

Comme je l'ai laissé entendre précédemment, la vulnérabilité n'est pas, à mon sens, un élément nécessaire dans chaque rapport fiduciaire. Bien sûr il sera souvent présent, et lorsque sa présence est constatée, il devient une circonstance supplémentaire dont il faut tenir compte pour déterminer si les faits donnent lieu à une obligation fiduciaire. Je suis d'accord avec le juge Wilson lorsqu'elle dit que, pour décider si de nouvelles catégories de rapports donnent lieu à une obligation fiduciaire, la vulnérabilité de la catégorie des bénéficiaires de l'obligation constitue une considération pertinente. Le juge Wilson a exprimé cette proposition de la façon suivante dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité, aux pp. 137 et 138:

La troisième caractéristique des rapports dans lesquels un devoir fiduciaire a été imposé est l'élément de vulnérabilité. Cette vulnérabilité découle de l'incapacité du bénéficiaire (malgré ses meilleurs efforts) d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire combiné à la grave insuffisance ou à l'absence de tout autre recours juridique ou pratique pour réparer l'exercice injustifié du pouvoir discrétionnaire. Étant donné l'exigence de vulnérabilité du bénéficiaire devant le fiduciaire, les obligations fiduciaires sont rarement présentes dans les opérations entre hommes d'affaires d'expérience ayant des pouvoirs de négociation semblables et agissant sans lien de dépendance: voir, par exemple, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. [1975] 1 R.C.S. 2. Le droit a adopté la position que ces personnes sont parfaitement capables de venir à un accord sur la portée du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé, c'est-à-dire que toute «vulnérabilité» aurait pu être empêchée par l'exercice plus prudent de leur pouvoir de négociation et les recours contre l'exercice injustifié ou l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, savoir les dommages-intérêts, sont adéquats dans un tel cas.

Cependant, comme je l'ai indiqué, l'espèce n'exige pas la reconnaissance d'une nouvelle catégorie de rapports, mais plutôt l'examen des faits qui lui sont particuliers.

L'*Oxford English Dictionary*, vol. 19, 2<sup>e</sup> éd., à la p. 786, définit l'adjectif «*vulnerable*» comme suit:

... That may be wounded; susceptible of receiving wounds or physical injury.

... Open to attack or injury of a non-physical nature; *esp.*, offering an opening to the attacks of raillery, criticism, calumny, etc.

Persons are vulnerable if they are susceptible to harm, or open to injury. They are vulnerable at the hands of a fiduciary if the fiduciary is the one who can inflict that harm. It is clear, however, that fiduciary obligations can be breached without harm being inflicted on the beneficiary. *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223, is the clearest example. In that case a fiduciary duty was breached even though the beneficiary suffered no harm and indeed could not have benefited from the opportunity the fiduciary pursued. Beneficiaries of trusts, however, are a class that is susceptible to harm, and are therefore protected by the fiduciary regime. Not only is actual harm not necessary, susceptibility to harm will not be present in many cases. Each director of General Motors owes a fiduciary duty to that company, but one can seriously question whether General Motors is vulnerable to the actions of each and every director. Nonetheless, the fiduciary obligation is owed because, as a class, corporations are susceptible to harm from the actions of their directors.

I cannot therefore agree with my colleague, Sopinka J., that vulnerability or its absence will conclude the question of fiduciary obligation. As I indicated above, the issue should be whether, having regard to all the facts and circumstances, one party stands in relation to another such that it could reasonably be expected that that other would act or refrain from acting in a way contrary to the interests of that other. In any event, I would have thought it beyond argument that on the facts of this case Corona was vulnerable to Lac.

The argument to the contrary seems to be based on two propositions. First, Corona did not give up to Lac any power or discretion to affect its interests. Second, Corona could have protected itself by a confidentiality agreement, and the Court should

[TRANSDUCTION] ... Qui peut être blessé; susceptible de blessures ou de lésions physiques

... Exposé à une attaque ou à un préjudice non matériel; part. qui est exposé aux attaques de la raillerie, de la critique, de la calomnie, etc.

Une personne est vulnérable si on peut lui faire du mal ou du tort. Elle est vulnérable entre les mains d'un fiduciaire si ce dernier est celui qui peut lui faire du tort. Il est clair cependant qu'on peut manquer à l'obligation fiduciaire sans infliger de préjudice au bénéficiaire. L'arrêt *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223, en fournit l'exemple le plus clair. Dans cette affaire, il y avait eu violation de l'obligation fiduciaire alors que le bénéficiaire n'avait subi aucun préjudice et, en fait, n'aurait pu tirer aucun avantage de l'occasion recherchée par le fiduciaire. Toutefois les bénéficiaires de fiducies forment une catégorie de personnes susceptibles de subir un préjudice, et sont par conséquent protégés par le régime fiduciaire. Non seulement le préjudice réel n'est-il pas nécessaire, mais encore le fait d'être susceptible de subir un préjudice ne sera pas présent dans bien des cas. Chaque administrateur de General Motors a une obligation fiduciaire envers la société, mais on peut sérieusement douter que General Motors soit vulnérable aux actes de chacun de ses administrateurs. L'obligation fiduciaire existe tout de même parce que, comme catégorie, les sociétés sont susceptibles d'être lésées par les actions de leurs administrateurs.

Je ne puis donc conclure comme mon collègue, le juge Sopinka, que la vulnérabilité ou son absence règlera la question de l'obligation fiduciaire. Comme je l'ai déjà indiqué, la question devrait être de savoir si, compte tenu de tous les faits et les circonstances, une partie est placée de telle sorte vis-à-vis de l'autre qu'elle puisse raisonnablement s'attendre à ce que cette dernière évite d'agir de façon contraire à ses intérêts. De toute façon, j'estime indiscutable, vu les faits de l'espèce, que Corona était vulnérable vis-à-vis de Lac.

L'argument opposé semble se fonder sur deux propositions. Premièrement, Corona n'a donné à Lac ni autorisation ni pouvoir discrétionnaire de toucher ses intérêts. Deuxièmement, Corona aurait pu se protéger au moyen d'une entente en matière

not interfere if the parties could have, but did not in fact protect themselves. In my view there is no substance to either of these arguments.

The first is rebutted by the facts. Lac would not have acquired the property but for the information received from Corona. Lac in fact acquired the property. In doing so it affected Corona's interests. All power and discretion mean in this context is the ability to cause harm. Clearly that is present in this case. Lac acquired a power or ability to harm Corona by obtaining the Williams property. Corona gave it that power by giving up information about the property and about Corona's intentions. Having regard to the well-established practice in the mining industry, Corona would have had no expectation that Lac would use this information to the detriment of Corona.

This leads to the second point. This Court should not deny the existence of a fiduciary obligation simply because the parties could have by means of a confidentiality agreement regulated their affairs. That, it seems to me, is an unacceptable proposition, particularly on the facts of this case. The concurrent findings below are that Sheehan was aware the information he was receiving was confidential information and that it was being received in circumstances of confidence. It is clear that a claim for breach of confidence is then available if the information is misused. Why one would then go and enter into a confidentiality agreement simply confirming what each party knows escapes me. I cannot understand why a claim for breach of confidence is available absent a confidentiality agreement, but a claim for breach of fiduciary duty is not. The fact that the parties could have concluded a contract to cover the situation but did not in fact do so does not, in my opinion, determine that matter. Many claims in tort could be avoided through more prudent negotiation of a contract, but courts do not deny tort liability; see *Gautreau*, *supra*, at p. 11; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. The existence of an alternative procedure is only relevant in my mind if the parties would realisti-

de confidentialité, et la Cour ne devrait pas intervenir lorsque les parties auraient pu se protéger mais ne l'ont pas fait. À mon sens, ces deux arguments sont sans fondement.

<sup>a</sup> Les faits réfutent le premier argument. Lac n'aurait pas fait l'acquisition du bien-fonds concerné sans les renseignements reçus de Corona. Lac a acheté le bien-fonds et, ce faisant, elle a porté atteinte aux intérêts de Corona. Tout ce que signifient le pouvoir et l'autorisation dans ce contexte, c'est la capacité de faire du tort. C'est manifestement le cas en l'espèce. Lac a acquis le pouvoir ou la capacité de faire du tort à Corona en achetant le bien-fonds Williams. Corona lui a donné ce pouvoir en lui révélant des renseignements relatifs au bien-fonds Williams et à ses intentions. Compte tenu de la pratique bien établie dans l'industrie minière, Corona ne pouvait s'attendre à ce que Lac se serve de ces renseignements au détriment de Corona.

<sup>e</sup> Ceci m'amène au second point. Cette Cour ne devrait pas nier l'existence d'une obligation fiduciaire simplement parce que les parties auraient pu réglementer leurs affaires au moyen d'une entente en matière de confidentialité. Cette proposition est, à mon avis, inacceptable compte tenu particulièrement des faits de l'espèce. Selon les conclusions concordantes des juridictions inférieures, Sheehan savait que les renseignements qui lui étaient confiés étaient confidentiels et qu'il les recevait à titre confidentiel. Il est clair qu'il y a lieu à une action pour abus de confiance s'il y a emploi abusif des renseignements. Je ne vois vraiment pas pourquoi on conclurait une entente en matière de confidentialité pour confirmer simplement ce que chacun sait. Je ne comprends pas pourquoi, en l'absence d'entente en matière de confidentialité, on pourrait invoquer l'abus de confiance mais pas la violation de l'obligation fiduciaire. Le fait que les parties n'aient pas conclu de contrat pour régir la situation alors qu'elles auraient pu le faire ne règle pas, à mon avis, la question. Bien des actions délictuelles pourraient être évitées par la négociation plus prudente d'un contrat, mais les tribunaux ne refusent pas pour autant de reconnaître la responsabilité délictuelle; voir l'ouvrage de *Gautreau*, précité, à la p. 11, et l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*,

cally have been expected to contemplate it as an alternative. It is useful here to once again refer to the evidence of Lac's experts. Dr. Robertson testified as follows:

- Q. Do large companies generally or typically make use of such agreements [confidentiality agreements]?
- A. They are not common. In the last five years they have become increasingly so. Even prospectors now ask large companies for confidentiality agreements.

This whole process is data dissemination. They rarely have anything so highly confidential that a large company will trade away its right to do what it wants to do in return for, in essence, very little back. [Emphasis added.]

Dr. Derry testified to similar effect:

- Q. In 1981, in your view, how could Corona have protected itself if it both wanted to acquire more ground and it also wanted to allow the visit by Lac Minerals?
- A. It would be unusual, but I think it would have to ask the visitor to make some assurance, probably a written assurance, that he would not acquire ground or conflict with the interest of the owning company. [Emphasis added.]

The present litigation is, according to the evidence of Corona's witness Dr. Bragg, one of the reasons that confidentiality agreements are being used with increasing frequency. Where it is not established that the entering of confidentiality agreements is a common, usual or expected course of action, this Court should not presume such a procedure, particularly when the law of fiduciary obligations can operate to protect the reasonable expectations of the parties. There is no reason to clutter normal business practice by requiring a contract.

In this case the vulnerability of Corona at Lac's hand is clearly demonstrated by the circumstances in which Lac acquired the Williams property. Even though the offer from Corona would have paid to Mrs. Williams \$250,000 within three years

[1986] 2 R.C.S. 147. À mon sens, l'existence d'une autre procédure ne serait pertinente que si l'on pouvait s'attendre de façon réaliste à ce que les parties l'aient envisagée comme solution de rechange. Il est utile à ce stade de se reporter de nouveau aux témoignages des experts cités par Lac. Monsieur Robertson a dit ce qui suit:

[TRADUCTION]

- Q. Les grandes sociétés recourent-elles généralement ou normalement à de telles ententes [des ententes en matière de confidentialité]?
- R. Ce n'est pas courant. Mais leur fréquence a augmenté au cours des cinq dernières années. Même les prospecteurs demandent aux grandes sociétés des ententes en matière de confidentialité.

Tout ce processus porte sur la dissémination des renseignements. Il est rare qu'ils aient des renseignements si confidentiels qu'une grande société renoncera à agir comme elle l'entend en contrepartie de bien peu de choses en réalité. [Je souligne.]

Monsieur Derry a témoigné dans le même sens:

- Q. Selon vous, comment Corona aurait-elle pu se protéger en 1981, si elle avait voulu à la fois acquérir davantage de terrains et aussi permettre la visite de Lac Minerals?
- R. Cela aurait été inusité, mais je crois qu'elle aurait eu à réclamer du visiteur quelque assurance, probablement l'assurance écrite qu'il n'allait pas acquérir des terrains ou entrer en conflit avec les intérêts de la société propriétaire. [Je souligne.]

Selon la déposition de M. Bragg, témoin de Corona, la présente action est l'une des raisons pour lesquelles on a de plus en plus recours aux ententes en matière de confidentialité. Lorsqu'il n'est pas établi que la conclusion d'une telle entente est une mesure courante, usuelle ou escomptée, cette Cour ne devrait pas présumer qu'elle existe, particulièrement lorsque le droit régissant les obligations fiduciaires peut avoir pour effet de protéger les attentes raisonnables des parties. Il n'y a aucune raison de compliquer les pratiques commerciales normales en exigeant un contrat.

En l'espèce, la vulnérabilité de Corona entre les mains de Lac est clairement démontrée par les circonstances dans lesquelles Lac a acquis le bien-fonds Williams. Bien que l'offre de Corona eût rapporté à M<sup>me</sup> Williams la somme de 250 000 \$

plus a 3 percent net smelter return, Mrs. Williams accepted the offer from Lac which paid only half that return. It is nothing short of fiction to suggest that *vis-à-vis* third parties or each other Lac and Corona stood on an equal footing. Corona was a junior mining company which needed to raise funds in order to finance the development of its property. This is why Corona welcomed the overture of Lac in the first place. Lac was a senior mining company that had the ability to provide those funds. Indeed Lac used this as a selling point to Mrs. Williams when it advised her that it was "an exploration and development company with four gold mines in production and had been in the mining and exploration business for decades".

I conclude therefore that Corona was vulnerable to Lac. The fact that these are commercial parties may be a factor in determining what the reasonable expectations of the parties are, and thus it may be a rare occasion that vulnerability is found between such parties. It is, however, shown to exist in this case and is a factor deserving of considerable weight in the identification of a fiduciary obligation.

#### Conclusion on Fiduciary Obligations

Taking these factors together, I am of the view that the courts below did not err in finding that a fiduciary obligation existed and that it was breached. Lac urged this Court not to accept this finding, warning that imposing a fiduciary relationship in a case such as this would give rise to the greatest uncertainty in commercial law, and result in the determination of the rules of commercial conduct on the basis of *ad hoc* moral judgments rather than on the basis of established principles of commercial law.

I cannot accept either of these submissions. Certainty in commercial law is, no doubt, an important value, but it is not the only value. As Grange J. has noted ("Good Faith in Commercial

dans les trois années suivantes, plus des redevances de 3 p. 100 calculées à la sortie de la fonderie, M<sup>me</sup> Williams a accepté l'offre de Lac qui n'offrait que la moitié. C'est pure fiction de prétendre qu'à l'égard des tiers ou vis-à-vis l'une de l'autre, Lac et Corona étaient sur un pied d'égalité. Corona était une petite société minière, qui devait recueillir des fonds pour financer la mise en valeur de ses terrains. C'est pourquoi Corona a bien accueilli les propositions de Lac. Lac était une grande société minière, capable de fournir ces fonds. En fait, Lac a précisément fait valoir ce point pour convaincre M<sup>me</sup> Williams lorsqu'elle l'a assurée qu'elle était [TRADUCTION] «une société d'exploration minière et de mise en valeur avec quatre mines d'or en plein rendement, active dans le domaine de l'exploration et de l'exploitation minières depuis plusieurs décennies.»

Je conclus par conséquent que Corona était vulnérable face à Lac. Le fait que les parties sont des entreprises commerciales peut constituer un facteur à prendre en considération quand il s'agit de déterminer ce que sont les attentes raisonnables des parties, et il se peut donc que l'on conclue rarement à la vulnérabilité à l'égard de telles parties. Cette vulnérabilité a cependant été démontrée en l'espèce, et elle constitue un facteur auquel il convient d'attacher une importance considérable dans la reconnaissance d'une obligation fiduciaire.

#### Conclusion relative aux obligations fiduciaires

Compte tenu de tous ces facteurs, j'estime que les juridictions inférieures n'ont pas commis d'erreur en concluant à l'existence d'une obligation fiduciaire et à sa violation. Lac a demandé à cette Cour de rejeter cette conclusion, arguant que la reconnaissance de rapports fiduciaires dans une affaire comme celle-ci donnerait lieu à une très grande incertitude en droit commercial, et conduirait à fonder les règles de conduite commerciale non plus sur des principes reconnus en droit commercial, mais sur des jugements moraux posés cas par cas.

Je ne puis accepter aucun de ces arguments. La certitude est bien sûr une valeur importante en droit commercial, mais elle n'est pas la seule. Comme l'a remarqué le juge Grange («Good Faith

Transactions,” *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1985, at p. 70:

There are many limitations on the freedom of contract both in the common law and by statute. Every one of them carries within itself the seeds of debate as to its meaning or at least its applicability to a particular set of facts.

In any event, it is difficult to see how giving legal recognition to the parties’ expectations will throw commercial law into turmoil.

Commercial relationships will more rarely involve fiduciary obligations. That is not because they are immune from them, but because in most cases, they would not be appropriately imposed. I agree with this comment of Mason J. in *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, *supra*, at pp. 456-57:

There has been an understandable reluctance to subject commercial transactions to the equitable doctrine of constructive trust and constructive notice. But it is altogether too simplistic, if not superficial, to suggest that commercial transactions stand outside the fiduciary regime as though in some way commercial transactions do not lend themselves to the creation of a relationship in which one person comes under an obligation to act in the interests of another. The fact that in the great majority of commercial transactions the parties stand at arms’ length does not enable us to make a generalization that is universally true in relation to every commercial transaction. In truth, every such transaction must be examined on its merits with a view to ascertaining whether it manifests the characteristics of a fiduciary relationship.

A fiduciary relationship is not precluded by the fact that the parties were involved in pre-contractual negotiations. That was made clear in the *United Dominions Corp.* case, *supra*, where the majority held, at p. 680, that:

A fiduciary relationship can arise and fiduciary duties can exist between parties who have not reached, and who may never reach, agreement upon the consensual terms which are to govern the arrangement between them.

in Commercial Transactions,” *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1985, à la p. 70:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Les lois aussi bien que la *common law* imposent de nombreuses restrictions à la liberté de contracter. Chacune d’elles recèle en elle-même des raisons de débattre son sens ou au moins son applicabilité à des faits particuliers.

<sup>b</sup> En tout état de cause, il est difficile de voir comment la reconnaissance juridique des attentes des parties bouleverserait le droit commercial.

<sup>c</sup> Les rapports commerciaux mettent moins souvent en jeu des obligations fiduciaires. Ce n’est pas qu’ils y échappent mais que, dans la plupart des cas, celles-ci ne seraient pas imposées à bon droit. <sup>d</sup> Je suis d’accord avec les propos suivants du juge Mason dans l’arrêt *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, précité, aux pp. 456 et 457:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] On a manifesté une hésitation compréhensible à assujettir des opérations commerciales à la doctrine en *equity* des fiducies par interprétation et de la connaissance imputée. Mais il est par trop simpliste, sinon superficiel, de prétendre que les opérations commerciales restent à l’écart du régime fiduciaire comme si, d’une certaine façon, ces opérations ne se prêtaient pas à la création de rapports en vertu desquels une personne contracte l’obligation d’agir dans l’intérêt d’une autre. Le fait que, dans la grande majorité des opérations commerciales, les parties n’ont pas de lien de dépendance, ne nous permet pas de faire une généralisation qui serait universellement applicable à toutes les opérations commerciales. En réalité, chaque opération de cette nature doit être étudiée au fond en vue de déterminer si elle revêt les caractéristiques d’un rapport <sup>f</sup> fiduciaire. <sup>g</sup> <sup>h</sup>

Le fait que les parties étaient engagées dans des négociations précontractuelles n’exclut pas un rapport fiduciaire. Cela ressort clairement de l’arrêt <sup>i</sup> *United Dominions Corp.*, précité; en effet, la majorité a conclu ce qui suit à la p. 680:

[TRADUCTION] Il peut exister un rapport fiduciaire et des obligations fiduciaires entre des parties qui ne sont pas parvenues, et peuvent ne jamais parvenir, à un accord sur les termes consensuels qui doivent régir l’entente qui les lie.



The fact that the relationship between the parties in that case was more advanced than in the case at bar does not affect the value of the conclusion. See also *Fraser Edmunston Pty. Ltd. v. A.G.T. (Qld) Pty. Ltd.*, Queensland S.C., June 3, 1986 (Williams J.), at p. 17. It is a question to be determined on the facts whether the parties have reached a stage in their relationship where their expectations should be protected. In this case the facts support the existence of a fiduciary obligation not to act to the detriment of Corona's interest by acquiring the Williams property by using confidential information acquired during the negotiation process.

The argument on morality is similarly misplaced. It is simply not the case that business and accepted morality are mutually exclusive domains. Indeed, the Court of Appeal, after holding that to find a fiduciary relationship here made no broad addition to the law, a view I take to be correct, noted that the practice established by the evidence to support the obligation was consistent with "business morality and with encouraging and enabling joint development of the natural resources of the country". This is not new. Texts from as early as 1903 refer to the obligation of "good faith by partners in their dealings with each other extend[ing] to negotiations culminating in the partnership, although in advance of its actual creation" (Lindley, *A Treatise on the American Law Relating to Mines and Mineral Lands* (reprint of 2nd ed. 1903)). In my view, no distinction should be drawn here between negotiations culminating in a partnership or a joint venture.

### Remedy

The appropriate remedy in this case cannot be divorced from the findings of fact made by the courts below. As I indicated earlier, there is no doubt in my mind that but for the actions of Lac in misusing confidential information and thereby

Le fait que les rapports entre les parties dans cette affaire avaient atteint un stade plus avancé que celui des rapports en l'espèce ne modifie pas la valeur de la conclusion. Voir aussi *Fraser Edmunston Pty. Ltd. v. A.G.T. (Qld) Pty. Ltd.*, Queensland S.C., le 3 juin 1986 (le juge Williams), à la p. 17. Il faut s'en remettre aux faits pour décider si les parties sont parvenues à un stade de leurs rapports où il convient de protéger leurs attentes. En l'espèce, les faits justifient l'existence de l'obligation fiduciaire de ne pas agir au détriment des intérêts de Corona par l'acquisition du bien-fonds Williams en se servant des renseignements confidentiels obtenus au cours des négociations.

L'argument fondé sur la moralité est également erroné. Il n'est tout simplement pas vrai que les affaires, d'une part, et les principes moraux reconnus, d'autre part, sont des domaines qui s'excluent mutuellement. En fait, la Cour d'appel, après avoir conclu que la reconnaissance en l'espèce de l'existence de rapports fiduciaires n'élargissait pas le droit applicable, un point de vue juste selon moi, a souligné que la pratique établie par la preuve à l'appui de l'existence de l'obligation en cause était conforme à [TRADUCTION] «la moralité dans les affaires ainsi qu'à la promotion et à la facilitation de la mise en valeur commune des ressources naturelles du pays». Ce n'est pas nouveau. Des textes qui remontent à 1903 mentionnent que l'obligation [TRADUCTION] «faite aux associés de faire preuve de bonne foi dans leurs relations les uns avec les autres s'étend aux négociations qui mènent à la création de la société de personnes, même si elles précèdent sa création» (Lindley, *A Treatise on the American Law Relating to Mines and Mineral Lands* (réimpression de la 2<sup>e</sup> éd. 1903)). À mon avis, il ne faut pas faire de distinction en l'espèce entre des négociations qui mènent à la création d'une société et celles qui conduisent à une entreprise conjointe.

### La réparation

La réparation appropriée en l'espèce ne saurait se dissocier des conclusions de fait tirées par les juridictions inférieures. Comme je l'ai déjà dit, je ne doute pas que, si Lac ne s'était pas servie abusivement des renseignements confidentiels pour

acquiring the Williams property, that property would have been acquired by Corona. That finding is fundamental to the determination of the appropriate remedy. Both courts below awarded the Williams property to Corona on payment to Lac of the value to Corona of the improvements Lac had made to the property. The trial judge dealt only with the remedy available for a breach of a fiduciary duty, but the Court of Appeal would have awarded the same remedy on the claim for breach of confidence, even though it was of the view that it was artificial and difficult to consider the relief available for that claim on the hypothesis that there was no fiduciary obligation.

The issue then is this. If it is established that one party, (here Lac), has been enriched by the acquisition of an asset, the Williams property, that would have, but for the actions of that party been acquired by the plaintiff, (here Corona), and if the acquisition of that asset amounts to a breach of duty to the plaintiff, here either a breach of fiduciary obligation or a breach of a duty of confidence, what remedy is available to the party deprived of the benefit? In my view the constructive trust is one available remedy, and in this case it is the only appropriate remedy.

In my view the facts present in this case make out a restitutionary claim, or what is the same thing, a claim for unjust enrichment. When one talks of restitution, one normally talks of giving back to someone something that has been taken from them (a restitutionary proprietary award), or its equivalent value (a personal restitutionary award). As the Court of Appeal noted in this case, Corona never in fact owned the Williams property, and so it cannot be "given back" to them. However, there are concurrent findings below that but for its interception by Lac, Corona would have acquired the property. In *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at pp. 1202-03, I said that the function of the law of restitution "is to ensure that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain

acheter le bien-fonds Williams, Corona en aurait fait l'acquisition. Cette conclusion est essentielle à la détermination de la réparation appropriée. Les deux juridictions inférieures ont accordé le bien-fonds Williams à Corona, contre remboursement à Lac des améliorations apportées au bien-fonds par Lac. Le juge de première instance ne s'est intéressé qu'à la réparation applicable au manquement à l'obligation fiduciaire, mais la Cour d'appel aurait accordé la même réparation à l'égard de l'abus de confiance, bien qu'elle ait estimé artificiel et difficile d'envisager la réparation applicable dans un tel cas, s'il n'existait aucune obligation fiduciaire.

La question se pose donc comme suit. S'il est établi qu'une partie (Lac en l'espèce), s'est enrichie par l'achat d'un bien, le bien-fonds Williams, dont la demanderesse (Corona en l'occurrence) aurait fait l'acquisition n'était-ce les actions de Lac, et si l'achat de ce bien constitue un manquement à une obligation envers la demanderesse, c'est-à-dire en l'espèce soit le manquement à l'obligation fiduciaire, soit la violation de l'obligation fondée sur des rapports de confiance, quelle réparation s'offre à la partie privée de l'avantage en cause? À mon avis, la fiducie par interprétation est une réparation disponible et, en l'espèce, la seule réparation appropriée.

Selon moi, les faits en l'espèce démontrent qu'il y a lieu à restitution ou, ce qui revient au même, qu'il y a eu enrichissement sans cause. Lorsqu'on parle de restitution, on parle généralement de rendre à autrui ce qu'on lui a pris (restitution du bien) ou l'équivalent de sa valeur (indemnisation). Comme l'a souligné la Cour d'appel en l'espèce, Corona n'ayant en fait jamais été propriétaire du bien-fonds Williams, celui-ci ne peut lui être «rendu». Toutefois, les deux juridictions inférieures ont conclu que si Lac ne l'avait pas intercepté, Corona aurait acquis ce bien-fonds. Dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, à la p. 1203, j'ai dit que le droit en matière de restitution «sert plutôt à garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d'une richesse qu'il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. En l'espèce, le recouvrement pour fins de restitution est égal au

the [defendant] made at the [plaintiff's] expense." [Emphasis added.] In my view the fact that Corona never owned the property should not preclude it from the pursuing a restitutionary claim: see Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, at pp. 133-39. Lac has therefore been enriched at the expense of Corona.

That enrichment is also unjust, or unjustified, so that the plaintiff is entitled to a remedy. There is, in the words of Dickson J. in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848, an "absence of any juristic reason for the enrichment". The determination that the enrichment is "unjust" does not refer to abstract notions of morality and justice, but flows directly from the finding that there was a breach of a legally recognized duty for which the courts will grant relief. Restitution is a distinct body of law governed by its own developing system of rules. Breaches of fiduciary duties and breaches of confidence are both wrongs for which restitutionary relief is often appropriate. It is not every case of such a breach of duty, however, that will attract recovery based on the gain of the defendant at the plaintiff's expense. Indeed this has long been recognized by the courts. In *In re Coomber*, [1911] 1 Ch. 723, at pp. 728-29, Fletcher Moulton L.J. said:

Fiduciary relations are of many different types; they extend from the relation of myself to an errand boy who is bound to bring me back my change up to the most intimate and confidential relations which can possibly exist between one party and another where the one is wholly in the hands of the other because of his infinite trust in him. All these are cases of fiduciary relations, and the Courts have again and again, in cases where there has been a fiduciary relation, interfered and set aside acts which, between persons in a wholly independent position, would have been perfectly valid. Thereupon in some minds there arises the idea that if there is any fiduciary relation whatever any of these types of interference is warranted by it. They conclude that every kind of fiduciary relation justifies every kind of interference. Of course that is absurd. The nature of the fiduciary relation must be such that it justifies the interference. There is no class of case in which one ought more carefully to bear in mind the facts of the

gain réalisé par la [défenderesse] aux dépens de la [demanderesse].» [Je souligne.] À mon avis, le fait que Corona n'ait jamais été propriétaire du bien-fonds ne devrait pas l'empêcher de demander la restitution: voir Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, aux pp. 133 à 139. Lac s'est donc enrichie aux dépens de Corona.

Cet enrichissement est aussi sans cause, ou injustifié, de sorte que la demanderesse a droit à une réparation. Il y a, pour reprendre ce que dit le juge Dickson dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, à la p. 848, «absence de tout motif juridique à l'enrichissement». La conclusion que l'enrichissement est «sans cause» ne découle pas de notions abstraites de moralité et de justice, mais vient directement de la conclusion qu'il y a eu manquement à une obligation juridique à l'égard duquel les tribunaux accordent une réparation. La restitution est une branche distincte du droit qui est régie par son propre système de règles en évolution. Le manquement aux obligations fiduciaires et les abus de confiance sont des torts pour lesquels la restitution est souvent une réparation appropriée. Cependant, les manquements à de telles obligations ne sont pas tous sanctionnés par la restitution fondée sur les profits réalisés par un défendeur aux dépens d'un demandeur, et les tribunaux l'ont reconnu depuis longtemps. Dans l'arrêt *In re Coomber*, [1911] 1 Ch. 723, aux pp. 728 et 729, le lord juge Fletcher Moulton a dit:

[TRADUCTION] Il y a de nombreuses sortes de rapports fiduciaires; ils vont des rapports que j'ai avec le garçon de courses qui est tenu de me rapporter ma monnaie jusqu'aux rapports les plus étroits et les plus confidentiels qui peuvent exister entre deux parties, c'est-à-dire lorsque l'une d'elles est entièrement entre les mains de l'autre en raison de la confiance illimitée qu'elle a placée en elle. Ce sont là des exemples de rapports fiduciaires, et les tribunaux sont à maintes reprises intervenus dans les cas où il existait un rapport fiduciaire, pour annuler des actes qui auraient été parfaitement valides de la part de personnes agissant en toute indépendance. Aussi d'aucuns croient-ils que s'il existe un rapport fiduciaire, quel qu'il soit, il justifie n'importe laquelle de ces interventions. Ils concluent que tout rapport fiduciaire justifie n'importe quelle intervention. Naturellement, c'est absurde. La nature du rapport fiduciaire doit être telle qu'elle justifie l'intervention. Dans aucun genre d'affaires convient-il de tenir compte davantage des faits en

case, when one reads the judgment of the Court on those facts, than cases which relate to fiduciary and confidential relations and the action of the Court with regard to them. [Emphasis added.]

In breach of confidence cases as well, there is considerable flexibility in remedy. Injunctions preventing the continued use of the confidential information are commonly awarded. Obviously that remedy would be of no use in this case where the total benefit accrued to the defendant through a single misuse of information. An account of profits is also often available. Indeed in both courts below an account of profits to the date of transfer of the mine was awarded. Usually an accounting is not a restitutionary measure of damages. Thus, while it is measured according to the defendant's gain, it is not measured by the defendant's gain at the plaintiff's expense. Occasionally, as in this case, the measures coincide. In a case quite relevant here, this Court unanimously imposed a constructive trust over property obtained from the misuse of confidential information: *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551. More recently, a compensatory remedy has been introduced into the law of confidential relations. Thus in *Seager v. Copydex, Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718 (C.A.), an inquiry was directed concerning the market value of the information between a willing buyer and a willing seller. The defendant had unconsciously plagiarized the plaintiff's design. In those circumstances it would obviously have been unjust to exclude the defendant from the market when there was room for more than one participant.

I noted earlier that the jurisdictional base for the law of confidence is a matter of some dispute. In the case at bar however, it is not suggested that either the contractual or property origins of the doctrine can be used to found the remedy. Thus while there can be considerable remedial flexibility for such claims, it was not argued that the Court may not have jurisdiction to award damages as compensation and not merely in lieu of an injunc-

cause, lorsqu'on lit le jugement de la cour à ce sujet, que dans les affaires concernant les rapports fiduciaires et les rapports de confiance, et les mesures prises par la cour à leur endroit. [Je souligne.]

La réparation dans les cas d'abus de confiance offre aussi une souplesse considérable. Les injonctions mettant fin à l'emploi de renseignements confidentiels sont communes. Il est évident que cette réparation n'aurait aucune utilité en l'espèce, car la défenderesse a tiré en une seule fois tout l'avantage qu'elle pouvait recueillir de l'emploi abusif des renseignements. Une reddition de comptes pour les profits est aussi une réparation souvent disponible. De fait, les deux juridictions inférieures ont ordonné une reddition de comptes pour les profits réalisés jusqu'à la date du transfert de la mine. Habituellement, une reddition de comptes ne constitue pas la mesure restitutive du préjudice causé. Ainsi, bien que le montant soit calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur, il n'est pas calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur aux dépens du demandeur. Parfois, comme c'est ici le cas, les montants coïncident. Dans un arrêt fort pertinent, cette Cour a imposé une fiducie par interprétation à l'égard d'un bien obtenu grâce à un usage abusif de renseignements confidentiels: *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] R.C.S. 551. Plus récemment, on a introduit dans le droit relatif aux rapports confidentiels une réparation compensatoire. Ainsi, dans *Seager v. Copydex, Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718 (C.A.), on a ordonné la recherche de la valeur marchande des renseignements échangés entre un acheteur et un vendeur consentants. Le défendeur avait inconsciemment plagié le dessin du demandeur. Dans ces circonstances, il eut été injuste évidemment d'exclure le défendeur d'un marché qui offrait de la place à plus d'un participant.

J'ai souligné plus haut que le fondement juridictionnel du droit relatif aux rapports de confiance ne fait pas l'unanimité. En l'espèce toutefois, on ne prétend pas que l'on peut fonder la réparation sur les origines de la doctrine en droit des contrats ou en droit de la propriété. Ainsi, bien qu'il existe une certaine souplesse en matière de réparation dans ces cas, on n'a pas avancé l'hypothèse que la Cour puisse ne pas être compétente pour adjuger des

tion in the exercise of its equitable jurisdiction, and since I am of the view that a constructive trust is in any event the appropriate remedy, I need not consider the question of jurisdiction further.

In view of this remedial flexibility, detailed consideration must be given to the reasons a remedy measured by Lac's gain at Corona's expense is more appropriate than a remedy compensating the plaintiff for the loss suffered. In this case, the Court of Appeal found that if compensatory damages were to be awarded, those damages in fact equalled the value of the property. This was premised on the finding that but for Lac's breach, Corona would have acquired the property. Neither at this point nor any other did either of the courts below find Corona would only acquire one half or less of the Williams property. While I agree that, if they could in fact be adequately assessed, compensation and restitution in this case would be equivalent measures, even if they would not, a restitutionary measure would be appropriate.

The essence of the imposition of fiduciary obligations is its utility in the promotion and preservation of desired social behaviour and institutions. Likewise with the protection of confidences. In the modern world the exchange of confidential information is both necessary and expected. Evidence of an accepted business morality in the mining industry was given by the defendant, and the Court of Appeal found that the practice was not only reasonable, but that it would foster the exploration and development of our natural resources. The institution of bargaining in good faith is one that is worthy of legal protection in those circumstances where that protection accords with the expectations of the parties. The approach taken by my colleague, Sopinka J., would, in my view, have the effect not of encouraging bargaining in good faith, but of encouraging the contrary. If by breaching an obligation of confidence one party is able to acquire an asset entirely for itself,

dommages-intérêts à titre d'indemnité et non simplement à la place d'une injonction, dans l'exercice de sa compétence en *equity*, et comme j'estime que la fiducie par interprétation est en tout état de cause la réparation appropriée, je n'ai pas à étudier davantage la question de la compétence.

Étant donné cette souplesse en matière de réparation, il y a lieu d'examiner attentivement les raisons pour lesquelles une réparation fondée sur les gains réalisés par Lac aux dépens de Corona est plus appropriée que l'indemnisation de la demanderesse pour la perte subie. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que si des dommages-intérêts compensatoires devaient être adjugés, ces dommages-intérêts étaient en fait équivalents à la valeur du bien-fonds. La cour se fondait à cet égard sur la conclusion que, n'était-ce le manquement de Lac, Corona aurait fait l'acquisition du bien-fonds. Ni à ce stade ni à aucun autre, l'une ou l'autre des juridictions inférieures n'a conclu que Corona n'aurait acquis qu'une moitié ou moins du bien-fonds Williams. Bien que je sois d'accord pour dire que s'il était possible de les évaluer de façon satisfaisante, l'indemnisation et la restitution constitueraient en l'espèce des mesures équivalentes, j'estime que, même si ce n'était pas le cas, une mesure restitutoire serait appropriée.

La raison pour laquelle on impose des obligations fiduciaires tient à leur utilité dans la promotion et la préservation des institutions et des comportements sociaux souhaités. Il en va de même pour la protection des renseignements donnés en confiance. Dans notre monde contemporain, l'échange de renseignements confidentiels est nécessaire, et l'on s'y attend. La défenderesse a témoigné de l'existence dans l'industrie minière d'une déontologie reconnue, et la Cour d'appel a conclu que non seulement la pratique en cause était raisonnable, mais encore qu'elle encouragerait la recherche et la mise en valeur de nos ressources naturelles. L'institution que constitue la bonne foi dans les affaires mérite la protection de la loi dans les circonstances où cette protection est conforme aux attentes des parties. L'approche adoptée par mon collègue le juge Sopinka aurait pour effet, à mon sens, non pas d'encourager la négociation de bonne foi, mais plutôt le contraire.

at a risk of only having to compensate the other for what the other would have received if a formal relationship between them were concluded, the former would be given a strong incentive to breach the obligation and acquire the asset. In the present case, it is true that had negotiations been concluded, Lac could also have acquired an interest in the Corona land, but that is only an expectation and not a certainty. Had Corona acquired the Williams property, as they would have but for Lac's breach, it seems probable that negotiations with Lac would have resulted in a concluded agreement. However, if Lac, during the negotiations, breached a duty of confidence owed to Corona, it seems certain that Corona would have broken off negotiations and Lac would be left with nothing. In such circumstances, many business people, weighing the risks, would breach the obligation and acquire the asset. This does nothing for the preservation of the institution of good faith bargaining or relationships of trust and confidence. The imposition of a remedy which restores an asset to the party who would have acquired it but for a breach of fiduciary duties or duties of confidence acts as a deterrent to the breach of duty and strengthens the social fabric those duties are imposed to protect. The elements of a claim in unjust enrichment having been made out, I have found no reason why the imposition of a restitutionary remedy should not be granted.

This Court has recently had occasion to address the circumstances in which a constructive trust will be imposed in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. There, the Chief Justice discussed the development of the constructive trust over 200 years from its original use in the context of fiduciary relationships, through to *Pettkus v. Becker*, *supra*, where the Court moved to the modern approach with the constructive trust as a remedy for unjust enrichment. He identified that *Pettkus v. Becker*, *supra*, set out a two-step approach. First, the Court determines whether a claim for unjust enrichment is

Si en manquant à une obligation fondée sur des rapports de confiance, une partie pouvait acquérir un bien entièrement pour elle-même, au risque d'avoir simplement à indemniser l'autre partie de ce qu'elle aurait reçu dans le cas de rapports formels entre les deux, la première serait fort tentée de manquer à son obligation et d'acquérir le bien en question. En l'espèce, il est vrai que si les négociations avaient abouti, Lac aurait pu elle aussi obtenir un droit sur le bien-fonds de Corona, mais ce n'est là qu'une attente et non une certitude. Si Corona avait fait l'acquisition du bien-fonds Williams, comme elle l'aurait fait n'était-ce le manquement de Lac à son obligation, il semble probable que les négociations avec Lac auraient mené à la conclusion d'une entente. Cependant, si Lac, au cours des négociations, avait manqué à une obligation fondée sur les rapports de confiance qu'elle devait à Corona, il semble certain que cette dernière aurait mis fin aux négociations et que Lac n'aurait rien eu. Dans de telles circonstances, bien des gens d'affaires, pesant les risques, manqueraient à l'obligation et feraient l'acquisition du bien. Cela ne favorise aucunement la préservation de la bonne foi dans les négociations ni des rapports fondés sur la confiance. La réparation qui consiste à rendre un bien à la partie qui l'aurait acquis n'était-ce le manquement à une obligation fiduciaire ou à une obligation fondée sur des rapports de confiance, possède un effet dissuasif et renforce l'édifice social que ces obligations visent à protéger. Comme on a démontré l'existence des éléments essentiels de l'enrichissement sans cause, je ne vois aucune raison de ne pas accorder réparation par restitution.

Cette Cour a été appelée récemment à examiner, dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, les circonstances motivant l'imposition d'une fiducie par interprétation. Le Juge en chef y a analysé l'évolution de la fiducie par interprétation au cours d'une période de 200 ans, depuis son emploi initial dans le cadre des rapports fiduciaires jusqu'à l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, dans lequel la Cour a donné à la fiducie par interprétation son emploi contemporain de réparation en matière d'enrichissement sans cause. Le Juge en chef a souligné que l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, établissait un

established, and then, secondly, examines whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. In *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, a constructive trust was refused, not on the basis that it would not have been available between the parties (though in my view it may not have been appropriate), but rather on the basis that the claim for unjust enrichment had not been made out, so no remedial question arose.

In the case at hand, the restitutionary claim has been made out. The Court can award either a proprietary remedy, namely that Lac hand over the Williams property, or award a personal remedy, namely a monetary award. While, as the Chief Justice observed, "The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust": see *Pettkus v. Becker*, at p. 847, the converse is not true. The constructive trust does not lie at the heart of the law of restitution. It is but one remedy, and will only be imposed in appropriate circumstances. Where it could be more appropriate than in the present case, however, it is difficult to imagine.

The trial judge assessed damages in this case at \$700,000,000 in the event that the order that Lac deliver up the property was not upheld on appeal. In doing so he had to assess the damages in the face of evidence that the Williams property would be valued by the market at up to 1.95 billion dollars. Before us there is a cross-appeal that damages be reassessed at \$1.5 billion. The trial judge found that no one could predict future gold prices, exchange rates or inflation with any certainty, or even on the balance of probabilities. Likewise he noted that the property had not been fully explored and that further reserves may be found. The Court of Appeal made the following comment, at p. 59, with which I am in entire agreement:

processus en deux temps. En premier lieu, la Cour détermine si l'enrichissement sans cause est établi et ensuite elle se demande si, dans les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée à l'égard de cet enrichissement. Dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, on a refusé d'appliquer la fiducie par interprétation, non pas parce qu'elle ne s'offrirait pas aux parties (bien qu'à mon avis elle aurait pu ne pas être appropriée), mais plutôt parce que l'enrichissement sans cause n'ayant pas été établi, la question de la réparation ne se posait pas.

En l'espèce, on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La Cour peut accorder une réparation relative à la propriété, c'est-à-dire ordonner à Lac de rendre le bien-fonds Williams, ou accorder une indemnité, c'est-à-dire une somme d'argent. Même si, comme le Juge en chef le faisait observer à la p. 847 de l'arrêt *Pettkus c. Becker*, «Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation», l'inverse n'est pas vrai. La fiducie par interprétation n'est pas au cœur du droit de la restitution. Il s'agit seulement d'une réparation parmi d'autres, et il n'y sera recouru que dans les circonstances appropriées. Il est toutefois difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles cette réparation conviendrait mieux qu'en l'espèce.

Le juge de première instance a évalué les dommages-intérêts en l'espèce à 700 000 000 \$ dans l'éventualité où la Cour d'appel ne confirmerait pas l'ordonnance enjoignant à Lac de rendre le bien-fonds litigieux. Pour son évaluation, il a dû tenir compte d'éléments de preuve montrant que la valeur marchande du bien-fonds Williams pouvait aller jusqu'à 1,95 milliard de dollars. Nous sommes saisis d'un pourvoi incident par lequel on demande que les dommages-intérêts soient réévalués à 1,5 \$ milliard de dollars. Le juge de première instance a conclu que personne ne pouvait prédire avec certitude, ni même selon la prépondérance des probabilités, ce que seraient à l'avenir le prix de l'or, les taux du change ou l'inflation. De la même façon, il a souligné que le bien-fonds n'avait pas été entièrement sondé, et que l'on pourrait y trouver d'autres réserves. La Cour d'appel a fait les remarques suivantes, à la p. 59, auxquelles je souscris entièrement:

... there is no question but that gold properties of significance are unique and rare. There are almost insurmountable difficulties in assessing the value of such a property in the open market. The actual damage which has been sustained by Corona is virtually impossible to determine with any degree of accuracy. The profitability of the mine, and accordingly its value, will depend on the ore reserves of the mine, the future price of gold from time to time, which in turn depends on the rate of exchange between the U.S. dollar and Canadian dollar, inflationary trends, together with myriad other matters, all of which are virtually impossible to predict.

To award only a monetary remedy in such circumstances when an alternative remedy is both available and appropriate would in my view be unfair and unjust.

There is no unanimous agreement on the circumstances in which a constructive trust will be imposed. Some guidelines can, however, be suggested. First, no special relationship between the parties is necessary. I agree with this comment of Wilson J. in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, *supra*, at p. 519:

Although both *Pettkus v. Becker* and *Sorochan v. Sorochan* were "family" cases, unjust enrichment giving rise to a constructive trust is by no means confined to such cases: see *Degman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] S.C.R. 725. Indeed, to do so would be to impede the growth and impair the flexibility crucial to the development of equitable principles.

As I noted earlier, the constructive trust was refused in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, not because the parties did not stand in any special relationship to one another, but because the claim for unjust enrichment was not made out. Similarly, in *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, *supra*, it cannot be said that the parties stood in a "special relationship" to one another, but a constructive trust was nonetheless awarded. In *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, *supra*, a constructive trust was imposed, but to describe the banks as standing in a special relationship one to the other would be as much of a fiction as describing them as fiduciaries. Insistence on a special relationship would undoubtedly lead to that

[TRADUCTION] ... il ne fait aucun doute que les terrains aurifères importants sont uniques et rares. La fixation de leur valeur sur le marché libre pose des difficultés presque insurmontables. Le préjudice réel subi par Corona est pratiquement impossible à déterminer avec quelque certitude. La rentabilité de la mine, et par conséquent sa valeur, dépendront des réserves aurifères de la mine, du prix futur de l'or à divers moments, qui à son tour est tributaire du taux d'échange entre le dollar américain et le dollar canadien, des tendances inflationnistes ainsi que d'une myriade d'autres choses, qu'il est à peu près impossible de prévoir.

À mon sens, il serait injuste et inéquitable de n'accorder qu'une réparation d'ordre monétaire dans de telles circonstances, alors qu'une autre réparation est à la fois disponible et appropriée.

Les circonstances dans lesquelles il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation ne font pas l'unanimité, mais on peut néanmoins proposer certaines lignes directrices. Premièrement, l'existence de rapports particuliers entre les parties n'est pas nécessaire. Je suis d'accord avec le juge Wilson lorsqu'elle dit dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, précité, à la p. 519:

Quoique les arrêts *Pettkus c. Becker* et *Sorochan c. Sorochan* soient des affaires de «famille», l'enrichissement sans cause qui engendre une fiducie par interprétation est bien loin de se limiter à ce genre d'affaires: voir *Degman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] R.C.S. 725. De fait, une telle restriction ferait obstacle à l'évolution et nuirait à la souplesse qui sont essentielles au développement des principes d'équité.

Comme je l'ai souligné plus tôt, l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.* a repoussé la fiducie par interprétation non parce qu'il n'existait pas de rapports particuliers entre les parties, mais parce que l'on n'avait pas établi l'existence de l'enrichissement sans cause. De la même façon, dans l'affaire *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, précitée, on ne pouvait dire qu'il existait entre les parties des «rapports particuliers», mais on a néanmoins imposé une fiducie par interprétation. Dans l'affaire *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, précitée, on a imposé une fiducie par interprétation, mais dire qu'il y avait entre les banques des rapports particuliers serait aussi fantaisiste que prétendre qu'elles étaient des



same sort of reasoning from conclusions. Courts, coming to the conclusion that a proprietary remedy is the only appropriate result will be forced to manufacture "special relationships" out of thin air, so as to justify their conclusions. In my view that result can and should be avoided.

Secondly, it is not the case that a constructive trust should be reserved for situations where a right of property is recognized. That would limit the constructive trust to its institutional function, and deny to it the status of a remedy, its more important role. Thus, it is not in all cases that a pre-existing right of property will exist when a constructive trust is ordered. The imposition of a constructive trust can both recognize and create a right of property. When a constructive trust is imposed as a result of successfully tracing a plaintiff's asset into another asset, it is indeed debatable which the Court is doing. Goff and Jones, *The Law of Restitution* (3rd ed. 1986), at p. 78, take the position that:

... the question whether a restitutionary proprietary claim should be granted should depend on whether it is just, in the particular circumstances of the case, to impose a constructive trust on, or an equitable lien over, particular assets, or to allow subrogation to a lien over such assets.

It is the nature of the plaintiff's claim itself which is critical in determining whether a restitutionary proprietary claim should be granted; the extent of that claim is a different matter, which should be dependent upon the defendant's knowledge of the true facts. There are certain claims which must always be personal. Such are claims for services rendered under an ineffective contract; the plaintiff is then in no different position from any unsecured creditor. In contrast there are other claims, for example, those arising from payments made under mistake, compulsion or another's wrongful act, where a restitutionary proprietary claim should pre-

fiduciaires. Si nous devons exiger la présence de rapports particuliers, cela nous mènerait sans doute à la même sorte de raisonnement qui se fonde dans des conclusions. Les tribunaux qui arrivent à la conclusion qu'une réparation sur les biens est la seule solution appropriée en seraient réduits à inventer purement et simplement des «rapports particuliers» de façon à justifier leurs conclusions. À mon avis, cette conséquence peut et doit être évitée.

Deuxièmement, il n'est pas exact qu'il faille limiter la fiducie par interprétation aux situations dans lesquelles il y a reconnaissance d'un droit de propriété. Ce serait cantonner la fiducie par interprétation dans sa fonction institutionnelle, et lui refuser la qualité de réparation, qui est son rôle le plus important. Ainsi donc, il n'y aura pas toujours un droit de propriété préexistant lorsque sera imposée la fiducie par interprétation. L'imposition de la fiducie par interprétation peut servir à la fois à reconnaître et à créer un droit de propriété. Lorsque la fiducie par interprétation est imposée parce qu'on a réussi à retracer l'origine d'un bien du demandeur à un autre bien, on peut se demander si le tribunal reconnaît ou crée le droit de propriété. Goff et Jones se sont montrés d'avis, dans *The Law of Restitution* (3<sup>e</sup> éd. 1986), à la p. 78, que:

[TRADUCTION] ... la question de savoir s'il y a lieu de faire droit à la demande de restitution d'un bien devrait à son tour dépendre de la question de savoir s'il serait juste, dans les circonstances de l'espèce, de grever des biens particuliers d'une fiducie par interprétation ou d'un privilège reconnu en *equity*, ou de permettre la subrogation réelle à l'égard de ces biens.

C'est de la nature de la demande elle-même que dépend la question de savoir s'il y a lieu de faire droit à la demande de restitution du bien; l'étendue de cette demande est une autre affaire, qui devrait dépendre de la connaissance du défendeur des véritables faits. Certaines demandes doivent toujours être personnelles, comme celles qui ont trait aux services rendus aux termes d'un contrat frappé de nullité; le demandeur ne se trouve alors pas dans une situation différente de celle de n'importe quel créancier chirographaire. Par opposition, il y a d'autres réclamations, par exemple celles qui découlent de paiements faits par erreur, sous la contrainte ou à la suite de l'acte illicite d'autrui, à l'égard desquelles il y aurait lieu par inférence d'accorder la restitution du

sumptively be granted, although the court should always retain a discretion whether to do so or not.

In their view, a proprietary claim should be granted when it is just to grant the plaintiff the additional benefits that flow from the recognition of a right of property. It is not the recognition of a right of property that leads to a constructive trust. It is not necessary, therefore, to determine whether confidential information is property, though a finding that it was would only strengthen the conclusion that a constructive trust is appropriate. This is the view of Fridman and McLeod, *Restitution*, at p. 539, where they say:

... there appears to be no doubt that a fiduciary who has consciously made use of confidential information for private gain will be forced to account for the entire profits by holding such profits made from the use of the confidential information on a constructive trust for the beneficiary-estate. The proprietary remedy flows naturally from the conclusion that the information itself belonged to the beneficiary and there has been no transaction effective to divest his rights over the property.

I do not countenance the view that a proprietary remedy can be imposed whenever it is "just" to do so, unless further guidance can be given as to what those situations may be. To allow such a result would be to leave the determination of proprietary rights to "some mix of judicial discretion ... subjective views about which party 'ought to win' ... and 'the formless void of individual moral opinion'", per Deane J. in *Muschinski v. Dodds* (1985), 160 C.L.R. 583, at p. 616.

As Deane J. further noted, at p. 616:

Long before Lord Seldon's anachronism identifying the Chancellor's foot as the measure of Chancery relief, undefined notions of "justice" and what was "fair" had given way in the law of equity to the rule of ordered principle which is of the essence of any coherent system of rational law. The mere fact that it would be unjust or unfair in a situation of discord for the owner of a legal estate to assert his ownership against another provides,

bien, quoique le tribunal devrait toujours se réserver le pouvoir discrétionnaire d'agir en ce sens ou pas.

À leur avis, la demande de restitution du bien devrait être accordée lorsqu'il est juste d'accorder au demandeur les avantages supplémentaires découlant de la reconnaissance du droit de propriété. Ce n'est pas la reconnaissance d'un droit de propriété qui mène à la fiducie par interprétation. Il n'est pas nécessaire par conséquent de déterminer si des renseignements confidentiels constituent un bien, quoiqu'une réponse affirmative renforcerait la conclusion que la fiducie par interprétation est appropriée. Telle est l'opinion de Fridman et McLeod dans leur ouvrage intitulé *Restitution*, à la p. 539:

[TRADUCTION] ... il ne semble faire aucun doute que le fiduciaire qui s'est délibérément servi de renseignements confidentiels pour en tirer un avantage personnel sera tenu de rendre compte de tous ses gains en plaçant les avantages tirés de l'usage des renseignements confidentiels dans une fiducie par interprétation pour le compte de la succession bénéficiaire. La réparation restitutive procède naturellement de la conclusion que les renseignements eux-mêmes appartenaient au bénéficiaire et qu'aucune opération n'a eu pour effet de lui retirer ses droits sur le bien.

Je ne suis pas d'avis que l'on puisse imposer une réparation fondée sur le droit de propriété chaque fois qu'il est «juste» de le faire, à moins de pouvoir expliciter davantage ce que seraient ces situations. Permettre un tel résultat, ce serait laisser la détermination des droits de propriété à [TRADUCTION] «un mélange de pouvoir discrétionnaire judiciaire [...] d'opinions subjectives quant à celle des parties qui devrait avoir «gain de cause» [...] et «le vide sans forme du jugement moral individuel», selon le juge Deane dans l'arrêt *Muschinski v. Dodds* (1985), 160 C.L.R. 583, à la p. 616.

Comme l'a souligné plus loin le juge Deane, à la p. 616:

[TRADUCTION] Longtemps avant l'anachronisme commis par lord Seldon qui déclarait que la mesure du redressement accordé par la Chancellerie variait avec le Chancelier, les notions indéterminées de «justice» et de ce qui est «juste» avaient cédé le pas en *equity* aux principes ordonnés, qui sont l'essence même de tout régime cohérent de droit rationnel. Le simple fait qu'il serait injuste dans le cadre d'un différend que celui qui

of itself, no mandate for a judicial declaration that the ownership in whole or in part lies, in equity, in that other . . . .

Much of the difficulty disappears if it is recognized that in this context the issue of the appropriate remedy only arises once a valid restitutionary claim has been made out. The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. In the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy. Thus, in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, *supra*, had the restitutionary claim been made out, there would have been no reason to award a constructive trust, as the plaintiff's claim could have been satisfied simply by a personal monetary award; a constructive trust should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. Among the most important of these will be that it is appropriate that the plaintiff receive the priority accorded to the holder of a right of property in a bankruptcy. More important in this case is the right of the property holder to have changes in value accrued to his account rather than to the account of the wrongdoer. Here as well it is justified to grant a right of property since the concurrent findings below are that the defendant intercepted the plaintiff and thereby frustrated its efforts to obtain a specific and unique property that the courts below held would otherwise have been acquired. The recognition of a constructive trust simply redirects the title of the Williams property to its original course. The moral quality of the defendants' act may also be another consideration in determining whether a proprietary remedy is appropriate. Allowing the defendant to retain a specific asset when it was obtained through conscious wrongdoing may so offend a court that it would deny to the defendant the right to retain the property. This situation will be more rare, since the focus of the inquiry should be upon

possède un droit en *common law* fasse valoir son droit de propriété à l'encontre d'une autre partie ne constitue pas, en soi, une justification suffisante pour un jugement déclaratoire portant que la propriété appartient totalement ou partiellement, en *equity*, à cette autre partie . . .

Une grande partie de la difficulté disparaît si l'on reconnaît que, dans ce contexte, la question de la réparation appropriée se pose seulement une fois que l'on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. Ainsi, dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, précité, si l'on avait établi qu'il y avait lieu à restitution, il n'y aurait eu aucune raison d'imposer une fiducie par interprétation puisqu'il aurait pu être satisfait aux prétentions du demandeur par une simple indemnité; il n'y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu'en présence d'un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété. Parmi les plus importants de ces motifs, soulignons qu'il est approprié pour le demandeur de jouir du rang prioritaire accordé au titulaire d'un droit de propriété en matière de faillite. Plus important en l'espèce est le droit du propriétaire de voir inscrire à son compte les changements de valeur plutôt qu'au compte de celui qui l'a lésé. En l'espèce, il est également justifié d'accorder un droit de propriété puisque les deux juridictions inférieures ont conclu que la défenderesse a devancé la demanderesse, frustrant de la sorte ses efforts en vue d'obtenir un bien unique et précis que, selon les juridictions inférieures, elle aurait autrement obtenu. La reconnaissance de la fiducie par interprétation replace simplement le titre du bien-fonds Williams dans sa trajectoire initiale. Le caractère immoral de l'acte de la défenderesse peut constituer une considération supplémentaire lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu d'accorder une réparation relative à la propriété. L'idée de permettre au défendeur de conserver un bien particulier mal acquis peut répugner à ce point à un tribunal qu'il lui refusera le droit de le garder. Cette situation est plus rare, puisque l'on devrait s'attacher à

the reasons for recognizing a right of property in the plaintiff, not on the reasons for denying it to the defendant.

Having specific regard to the uniqueness of the Williams property, to the fact that but for Lac's breaches of duty Corona would have acquired it, and recognizing the virtual impossibility of accurately valuing the property, I am of the view that it is appropriate to award Corona a constructive trust over that land.

Before turning to the cross-appeal, I must make brief reference to the relevance of the fact that Corona entered an arrangement with Teck under which the latter not only obtained an interest in the Corona property, but also an interest in the result of this lawsuit. Since I view this case as one where a restitutionary claim has been made out, the position of Teck is irrelevant. The focus must be on the enrichment Lac received at Corona's expense. That enrichment was found as a fact to be the Williams property. Subsequent to acquiring it, Corona would likely have entered a joint venture agreement with Lac. Lac has no one to blame but itself for that joint venture not coming about. Only because of Lac's breach of duty did the arrangement with Teck result. The fact that it is not proved that Teck demanded a share of the litigation as the price for joining with Corona is irrelevant. It cannot be said that such an agreement was unreasonable in the circumstances. Given Lac's breach of duty to Corona, and Corona's awareness of that breach, there is no way that Lac would ever have acquired an interest in the Williams property. Corona was entitled to cease negotiating with Lac and pursue other opportunities.

If, however, this case is viewed, as my colleague, Sopinka J., views it, as a case of compensation, then the position of Teck is relevant. Corona had to enter into an agreement with someone. Corona contemplated eventually owning approximately a one half interest in the developed properties. To award only an estimated value of a one half interest in the property when that half will be further subdivided is, in essence, to award Corona only a one quarter interest in the Williams property. As I

trouver des motifs de reconnaître au demandeur un droit de propriété, plutôt que des motifs de le refuser au défendeur.

Compte tenu du caractère exceptionnel du bien-fonds Williams et du fait que, n'était-ce le manquement de Lac à une obligation, Corona aurait acquis ce bien-fonds, et vu la presque impossibilité de l'évaluer avec exactitude, j'estime approprié d'accorder à Corona une fiducie par interprétation à l'égard de ce terrain.

Avant de passer au pourvoi incident, je dois mentionner brièvement la question de la pertinence du fait que Corona a conclu avec Teck une entente selon laquelle cette dernière obtenait un intérêt non seulement dans le bien-fonds de Corona, mais aussi dans l'issue de cette action. Comme il est démontré en l'espèce qu'il y a lieu à restitution, la position de Teck n'est pas pertinente. L'accent doit porter sur l'enrichissement de Lac aux dépens de Corona. On a conclu que cet enrichissement était représenté par le bien-fonds Williams. Après en avoir fait l'acquisition, Corona aurait probablement conclu une entente d'entreprise conjointe avec Lac. Cette dernière n'a à s'en prendre qu'à elle-même si cette entente ne s'est pas faite. L'entente avec Teck n'a eu lieu qu'en raison du manquement de Lac à son obligation. Le fait qu'il n'est pas prouvé que Teck ait exigé une part dans l'issue du litige pour se joindre à Corona n'est pas pertinent. On ne peut dire qu'une telle entente n'était pas raisonnable dans les circonstances. Étant donné le manquement de Lac à son obligation envers Corona et la connaissance qu'en avait cette dernière, il est impossible que Lac ait jamais pu acquérir un intérêt dans le bien-fonds Williams. Il était loisible à Corona de rompre ses négociations avec Lac et de rechercher d'autres possibilités.

Si toutefois on considère cette affaire, à l'instar de mon collègue le juge Sopinka, comme un cas donnant lieu à indemnisation, la position de Teck devient alors pertinente. Corona devait conclure une entente avec quelqu'un; elle envisageait de posséder en définitive la moitié environ des droits sur les terrains mis en valeur. Si l'on devait adju-ger seulement la valeur estimative de la moitié des droits sur le bien-fonds quand cette moitié doit être subdivisée à son tour, on n'accorderait en fait à

am of the view that damages are not an appropriate award, I need not discuss this matter further.

### The Cross-Appeal

I can briefly deal with the cross-appeal. Lac has been enriched at the expense of Corona by acquiring the Williams property. Having acquired that property in breach of a duty of confidence and in breach of a fiduciary obligation, that enrichment is unjustified. Likewise, however, Corona will receive an enrichment when Lac hands over the property, in the amount of the value of the improvement of the land to Corona. That value is equal to what would have been spent by Corona to develop both properties, less what Corona in fact spent. The trial judge made a \$50,000,000 downward adjustment to the amount Lac spent, directing a reference to determine the exact amount in the event the parties disputed the adjustment. I would affirm that award. The three elements of a claim for restitution are made out, namely there is an enrichment (the mine), that enrichment accrued to Corona at Lac's expense, and the enrichment is unjustified. The enrichment is not justified since, on the assumption that Corona had acquired the Williams property, it would of necessity have had to expend funds to develop the mine. In these circumstances, Lac is entitled to a restitutionary remedy, namely a lien on the Williams property to the extent that Corona was saved a necessary expenditure.

In view of this conclusion it becomes unnecessary to address the contingent cross-appeal by which Corona asked that damages be reassessed at \$1.5 billion. I would dismiss the appeal with costs and dismiss the cross-appeal with costs.

*Appeal and cross-appeal dismissed with costs, MCINTYRE and SOPINKA JJ. dissenting in part.*

Corona que le quart des droits sur le bien-fonds Williams. Comme j'estime que des dommages-intérêts ne sont pas le redressement indiqué, je n'ai pas à analyser davantage la question.

### <sup>a</sup> Le pourvoi incident

<sup>b</sup> Je peux régler rapidement le pourvoi incident. Lac s'est enrichie aux dépens de Corona en acquérant le bien-fonds Williams. Comme elle a acquis ce bien-fonds en manquant à une obligation fondée sur des rapports de confiance et à une obligation fiduciaire, l'enrichissement est injustifié. De la même façon toutefois, lorsque Lac lui rendra le bien-fonds, Corona s'enrichira du montant de la valeur que représente pour elle les ouvrages d'amélioration faits sur le bien-fonds. Cette valeur est égale à ce que Corona aurait dépensé pour mettre en valeur les deux propriétés, moins ce qu'elle a dépensé en réalité. Le juge de première instance a réduit de 50 000 000 \$ le montant dépensé par Lac, ordonnant un renvoi pour déterminer le montant exact dans l'éventualité où les parties contesterait cette réduction. Je confirmerais le montant adjugé. On a prouvé la présence des trois éléments nécessaires pour que soit accueillie une demande de restitution, savoir l'enrichissement (la mine), l'enrichissement de Corona aux dépens de Lac, et l'enrichissement injustifié. En effet, l'enrichissement n'est pas justifié puisque, à supposer que Corona ait acquis le bien-fonds Williams, elle aurait nécessairement dû faire des dépenses pour mettre en valeur la mine. Dans ces circonstances, Lac a droit à une restitution, en l'occurrence un privilège sur le bien-fonds Williams dans la mesure où Corona n'a pas eu à faire des dépenses nécessaires.

<sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner le pourvoi incident par lequel Corona demande que les dommages-intérêts soient réévalués à 1,5 milliard de dollars. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens ainsi que le pourvoi incident avec dépens.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens, les juges MCINTYRE et SOPINKA sont dissidents en partie.*

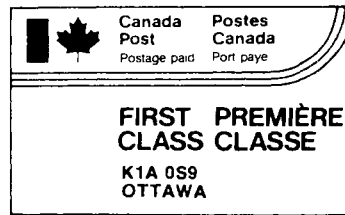
<sup>j</sup>

*Solicitors for the appellant: Fraser & Beatty,  
Toronto.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy &  
McCarthy, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante: Fraser & Beatty,  
Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: McCarthy & McCar-  
thy, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 4, 1989 Vol. 2**

**4<sup>e</sup> cahier, 1989 Vol. 2**

Cited as [1989] 2 S.C.R. 683-878

Renvoi [1989] 2 R.C.S. 683-878

---





Published pursuant to the Supreme Court Act by  
GUY Y. GOULARD, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor  
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secretaries  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

## CONTENTS

### **Chandler v. Alberta Association of Architects ..... 848**

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Continuation of original proceedings — *Functus officio* — Inquiry into the practices of a firm of architects — Board conducting a valid hearing but issuing *ultra vires* findings and orders — Board's findings and orders quashed — Board failing to consider whether it should make recommendations as required by legislation — Whether Board empowered to continue original proceedings — Architects Act, R.S.A. 1980, c. A-44.1, s. 39(3) — Alberta Regulation, 175/83, s. 11(1).

### **Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co. .... 778**

Insurance — Surety bond — Notice of claim given after expiry of notice period stipulated in bond — Insurance Act providing for relief — Whether relief confined to statutory conditions or extended to contractual provisions — If applicable to contractual conditions, whether failure to give notice within the time prescribed by the bond constituting "imperfect compliance" or "non-compliance" — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, s. 109.

### **MacKeigan v. Hickman ..... 796**

Constitutional law — Judiciary — Judicial privilege — Inquiry into Reference by Court of Appeal — Commissioners ordering justices sitting on Reference to attend — Questions relating to composition of panel on Reference, materials before the Court

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par  
GUY Y. GOULARD, C.R.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secrétaires  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

## SOMMAIRE

### **Chandler c. Alberta Association of Architects ..... 848**

Droit administratif — Commissions et tribunaux administratifs — Compétence — Continuation des procédures initiales — *Functus officio* — Enquête sur les pratiques d'un cabinet d'architectes — La Commission a tenu une audience valide mais a formulé des conclusions et des ordonnances *ultra vires* — Annulation des conclusions et ordonnances de la Commission — La Commission a omis de se demander si elle devait faire des recommandations comme l'exige la loi — La Commission a-t-elle le pouvoir de continuer les procédures initiales? — Architects Act, R.S.A. 1980, chap. A-44.1, art. 39(3) — Alberta Regulation, 175/83, art. 11(1).

### **Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co. .... 778**

Assurance — Cautionnement de sûreté — Avis de réclamation donné après l'expiration du délai fixé pour le faire par le cautionnement — Levée de déchéance prévue dans l'Insurance Act — Levée de déchéance se limitant aux conditions légales ou s'appliquant aussi aux conditions contractuelles? — Si la levée s'applique aux conditions contractuelles, l'omission de donner l'avis dans le délai fixé par le cautionnement constitue-t-elle une «exécution imparfaite» ou une «inexécution»? — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, chap. S-26, art. 109.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

on the Reference, and how the Court came to its conclusions — Whether or not justices can be compelled to testify under Public Inquiries Act — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, c. 250, ss. 3, 4.

Courts — Judicial privilege — Inquiry into Reference by Court of Appeal — Commissioners ordering justices sitting on Reference to attend — Questions relating to composition of panel on Reference, materials before the Court on the Reference, and how the Court came to its conclusions — Whether or not justices can be compelled to testify under Public Inquiries Act.

Constitutional law — Provincial Royal Commission of Inquiry — Commission investigating matters related to murder and wrongful conviction for murder — Commission about to examine Reference by Court of Appeal which quashed wrongful conviction — Whether or not inquiry into Reference *ultra vires* the province as a matter of criminal law exclusively within federal competence — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

### **Nova Scotia (Attorney General) v. Nova Scotia (Royal Commission into Marshall Prosecution) ..... 788**

Jurisdiction — Royal Commission — Order in Council permitting Commissioners to inquire into and report on “such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry” — Commissioners ruling that questions as to cabinet discussions but not as to opinions of individual cabinet members relevant to their inquiry — Whether or not Commission properly exercised its jurisdiction.

### **Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd. .... 683**

Maritime law — Agency — Contract for stevedoring services entered into by agent in Quebec — Agent of unnamed or partially disclosed principal — Agent indicating to other party that acting as agent only — Whether agent contracted personally or solely in the capacity of agent — Whether common law or civil law principles should be applied — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22(2)(m).

### **R. v. D. (G.C.) ..... 878**

Criminal law — Appeal as of right — Accused convicted of indecent assault — Dissent in the Court of Appeal not on a question of law — Appeal quashed.

### **Scarff v. Wilson ..... 776**

Torts — Damages — Award for future care — Taxation — Impact of taxation may be taken into account in calculating amount of award for future care.

### **Watkins v. Olafson ..... 750**

Torts — Damages — Structured settlements — Lump sum payment or periodic payment — Grossing up to compensate for effect of taxation on award for future care — Whether Court of Appeal erred in substituting periodic payments for a lump sum judgment — Whether allowance should be made for the effect of taxation in calculating the cost of future care — Whether Court of Appeal erred in reducing the amount allowed by the trial judge for cost of future care — Whether the Court of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **MacKeigan c. Hickman ..... 796**

Droit constitutionnel — Pouvoir judiciaire — Privilège judiciaire — Enquête sur un renvoi à la Cour d'appel — Ordonnance de la Commission enjoignant aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître — Questions ayant trait à la composition du banc qui a entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses conclusions — Les juges peuvent-ils être contraints à témoigner en vertu de la Public Inquiries Act? — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, chap. 250, art. 3, 4.

Tribunaux — Privilège judiciaire — Enquête sur un renvoi à la Cour d'appel — Ordonnance de la Commission enjoignant aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître — Questions ayant trait à la composition du banc qui a entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses conclusions — Les juges peuvent-ils être contraints à témoigner en vertu de la Public Inquiries Act?

Droit constitutionnel — Commission royale d'enquête constituée par la province — Commission enquêtant sur des questions relatives à un meurtre et à une déclaration erronée de culpabilité de meurtre — Commission sur le point d'examiner un renvoi à la Cour d'appel qui a annulé la déclaration erronée de culpabilité — L'enquête sur le renvoi excède-t-elle les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel relevant exclusivement de la compétence fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

### **Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Nouvelle-Écosse (Royal Commission into Marshall Prosecution) ..... 788**

Compétence — Commission royale — Décret permettant aux commissaires d'enquêter et de faire rapport sur «d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête» — Décision par les commissaires que les questions concernant les délibérations du cabinet étaient pertinentes aux fins de leur enquête, mais non celles concernant les opinions de membres individuels du cabinet — La Commission a-t-elle exercé régulièrement sa compétence?

### **Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd. .... 683**

Droit maritime — Mandat — Contrat de services d'acconage conclu par un mandataire au Québec — Partie informée par le mandataire d'un mandant non identifié ou identifié partiellement qu'il agissait en qualité de mandataire uniquement — Le mandataire a-t-il contracté en son propre nom ou uniquement en qualité de mandataire? — Faut-il appliquer les principes de *common law* ou de droit civil? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 22(2)m).

### **R. c. D. (G.C.) ..... 878**

Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit — Pourvoi annulé.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Appeal erred in reducing the award for lost earning capacity, past and future.

## SOMMAIRE (Fin)

**Scarff c. Wilson** ..... 776

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Indemnité pour soins futurs — Impôt — L'effet de l'impôt peut être pris en compte en calculant l'indemnité pour soins futurs.

**Watkins c. Olafson** ..... 750

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Règlements échelonnés — Paiement d'une somme forfaitaire ou d'une indemnité par versements périodiques — Majoration de l'indemnité pour compenser l'effet de l'impôt sur le montant accordé au titre des soins futurs — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant des versements périodiques à l'adjudication d'une somme forfaitaire? — Faut-il tenir compte de l'effet de l'impôt en calculant l'indemnité pour soins futurs? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé en première instance au titre des soins futurs? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé pour la perte de capacité de gagner un revenu pour le passé et l'avenir?



**Chartwell Shipping Limited** *Appellant*

v.

**Q.N.S. Paper Company Limited** *Respondent*

INDEXED AS: Q.N.S. PAPER CO. v. CHARTWELL SHIPPING LTD.

File No.: 19595.

\*1988: March 24.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

\*\*Re-hearing: 1989: April 28; 1989: September 28.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Maritime law — Agency — Contract for stevedoring services entered into by agent in Quebec — Agent of unnamed or partially disclosed principal — Agent indicating to other party that acting as agent only — Whether agent contracted personally or solely in the capacity of agent — Whether common law or civil law principles should be applied — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22(2)(m).*

Q.N.S., a stevedore and local shipping agent, sued Chartwell in the Quebec Superior Court on a contract for stevedoring and other services. Chartwell, a managing operator in Quebec for the charterers of two vessels, did not deny the existence of the contract or question the amount owing, but defended the action on the ground that it had consistently represented itself as acting as an agent only notwithstanding the fact that it had not identified its principal. In its letters to Q.N.S., Chartwell identified itself as "Managing Operators for the Charterers" or as acting "On behalf of our principals", and consistently signed "as Managing Operators only". The Superior Court dismissed the action. The court applied the principles of the Quebec *Civil Code* respecting the liability of a mandatary to third persons with whom he contracts, specifically arts. 1715 and 1716 C.C.L.C., and concluded that because the letters from Chartwell to Q.N.S. clearly identified Chartwell as a mandatary, Chartwell fulfilled the requirements of art. 1715 and could not be held liable for the debt of its mandator. The judgment was reversed on appeal. The majority of the Court of Appeal held that to benefit from the exclusion of liability under art. 1715, it was not enough for Chartwell to disclose that it was acting as

**Chartwell Shipping Limited** *Appelante*

c.

**Q.N.S. Paper Company Limited** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: Q.N.S. PAPER CO. c. CHARTWELL SHIPPING LTD.

N° du greffe: 19595.

<sup>b</sup> \*1988: 24 mars.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

\*\*Nouvelle audition: 1989: 28 avril; 1989: 28 septembre.

<sup>c</sup> Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>d</sup> *Droit maritime — Mandat — Contrat de services d'aconage conclu par un mandataire au Québec — Partie informée par le mandataire d'un mandat non identifié ou identifié partiellement qu'il agissait en qualité de mandataire uniquement — Le mandataire a-t-il contracté en son propre nom ou uniquement en qualité de mandataire? — Faut-il appliquer les principes de common law ou de droit civil? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 22(2)(m).*

<sup>e</sup> Q.N.S., une société d'aconage et un agent maritime local, a poursuivi Chartwell devant la Cour supérieure du Québec relativement à un contrat pour la fourniture de services d'aconage et d'autres services. Chartwell, une exploitante-gérante au Québec pour les affréteurs de deux navires, n'a pas nié l'existence du contrat ni mis en question le montant dû, mais elle a contesté l'action en faisant valoir qu'elle s'était toujours présentée comme agissant en qualité de mandataire uniquement, même si elle n'avait pas révélé l'identité de son mandant. Dans ses lettres à Q.N.S., Chartwell se présentait comme <sup>f</sup> «exploitante-gérante pour les affréteurs» ou comme agissant «au nom de nos mandants», et elle a toujours signé «en qualité d'exploitante-gérante uniquement». La Cour supérieure a rejeté l'action. Elle a appliqué les principes du *Code civil* du Québec relatifs à la responsabilité d'un mandataire envers les tierces personnes avec lesquelles il contracte, plus précisément, les art. 1715 et 1716 C.c.B.-C., et a conclu que, comme les lettres adressées par Chartwell à Q.N.S. identifiaient clairement Chartwell comme mandataire, celle-ci avait rempli les exigences de l'art. 1715 et ne pouvait être jugée responsable de la dette de son mandant. Le jugement a été infirmé en appel. La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'il ne

mandatary. Under art. 1715, it was also required to disclose adequately the identity of its mandator. Since Chartwell had failed to do so, it was liable to Q.N.S. under art. 1716 *C.C.L.C.* This appeal is to determine whether under Canadian maritime law an agent of an unnamed or partially disclosed principal is personally liable on a contract entered into by the agent with another party when the agent expressly indicates to the other party that he is acting as an agent only. Preliminary to this issue, however, is the determination of the applicable maritime law.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ.:* The maritime law applicable in this case is to be found in the principles of the common law of contract and agency. Section 22(2)(m) of the *Federal Court Act* expressly identifies stevedoring services as part of "Canadian maritime law" which is defined, in s. 2 of the Act, as including not only "law formerly administered by the Exchequer Court on its admiralty side", but also the law "that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters". The latter portion of the definition would include all claims dealing with maritime matters and was not frozen by pre-existing admiralty jurisdiction. It incorporated as a uniform body of federal law the maritime law of England. The common law principles of tort, contract, agency, and bailment are a part of Canadian maritime law as adopted from England. There are, no doubt, issues specific to admiralty jurisdiction where reference may be made to the experience of other countries and specifically, because of the genesis of admiralty jurisdiction, to civilian experience. But this is not such a case. The common law principles have long been relied on to deal with precisely the type of situation in issue in this case.

Canadian maritime law principles do not differ depending on whether it is applied in the Federal Court or provincial superior courts. Canadian maritime law is a body of federal law which is uniform throughout the country and applicable whatever court may exercise jurisdiction in a particular case.

Under the common law principles of contract and agency, the issue whether an agent contracted personal-

suffisait pas, pour bénéficier de la non-responsabilité prévue à l'art. 1715, que Chartwell précise qu'elle agissait en cette qualité. L'article 1715 exigeait également qu'elle fasse une divulgation suffisante de l'identité de son mandant. Puisque Chartwell ne l'avait pas fait, elle était responsable envers Q.N.S. suivant l'art. 1716 *C.c.B.-C.* Le présent pourvoi vise à déterminer si en droit maritime canadien le mandataire d'un mandant qui n'a pas été nommé ou dont l'identité n'a fait l'objet que d'une divulgation partielle engage sa responsabilité personnelle lorsqu'il conclut un contrat avec une autre personne en lui disant expressément qu'il agit en qualité de mandataire uniquement. Comme question préliminaire, il faut cependant déterminer quelle règle de droit maritime est applicable.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges Wilson, La Forest, Sopinka et Cory:* La règle de droit maritime à appliquer en l'espèce se dégage des principes de *common law* en matière de contrats et de mandat. L'alinéa 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale* porte expressément que les services d'acconage font partie du droit maritime canadien qui est défini, à l'art. 2 de la Loi, comme comprenant non seulement «le droit dont l'application relevait anciennement de la Cour de l'Échiquier en sa juridiction d'amirauté», mais aussi le droit «qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté». Cette dernière partie de la définition engloberait toutes les réclamations en matière maritime et n'a pas été figée par la compétence préexistante en matière d'amirauté. Elle a pour effet d'incorporer le droit maritime d'Angleterre en tant qu'ensemble uniforme de règles de droit fédérales. Les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrats, de mandat et de dépôt font partie des règles de droit maritime canadien empruntées à l'Angleterre. Il y a sans doute avantage, dans le cas de certaines questions relevant proprement de la compétence en matière d'amirauté, à prendre en considération les expériences d'autres pays et notamment, compte tenu des origines de cette compétence, celles des civilistes. Mais ce n'est pas le cas ici. Il y a longtemps qu'on a recours aux principes de *common law* pour traiter précisément le type de situation dont il s'agit ici.

Les principes de droit maritime canadien ne diffèrent pas selon que c'est la Cour fédérale ou une cour supérieure provinciale qui les applique. Le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales uniformes partout au Canada et applicables peu importe le tribunal qui peut avoir compétence dans un cas donné.

Selon les principes de *common law* en matière de contrats et de mandat, la question de savoir si un

ly, or solely in the capacity of agent (in which case only the principal is bound), is a matter of construction of a particular contract. Here, the relevant documents reveal that Chartwell clearly and consistently indicated to Q.N.S. that its sole responsibility was as an agent only. Chartwell, therefore, was not personally liable.

*Per Lamer and McLachlin JJ.:* The consideration of civil law principles should not be confined to situations where the English Admiralty Court had jurisdiction prior to 1934. In the area of expanded jurisdiction conferred by s. 22(2)(m) of the *Federal Court Act*, the question of whether it might be appropriate to refer to principles other than those established by the common law should be left open.

*Per L'Heureux-Dubé J.:* The *Federal Court Act* not only establishes the jurisdiction of the Federal Court in admiralty matters but also defines the content of Canadian maritime law. The definition of "Canadian maritime law" in s. 2 of the Act creates operative law governing the exercise of admiralty jurisdiction both in the Federal Court and in provincial superior courts and other courts. It therefore ousts the application of provincial private law by provincial superior courts exercising their concurrent jurisdiction over Canadian maritime law.

"Canadian maritime law" includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by the federal Parliament and as it has developed through judicial precedent to date. This body of law encompasses not only common law principles but also civil law principles which were always a part of maritime law as applied by the English High Court of Admiralty. Indeed, a review of the history of that court, especially when it was granted expanded jurisdiction, reveals that whenever it sought to find general principles underlying maritime law, its method was to look to a variety of sources, including the civil law and the common law. That comparative method was in keeping with the nature of maritime law, which is international in character. This method remains appropriate today. Thus, (1) where Canadian maritime jurisdiction has expanded to include matters that would not have fallen within the jurisdiction of the High Court of Admiralty in 1934, as is true of the stevedoring contracts in the instant case, and (2) where the point in issue is not subject to a specific federal statutory regime, as is true of the agency problem in the instant case, the civil law remains an impor-

mandataire a contracté en son propre nom ou en qualité de mandataire uniquement (auquel cas seul le mandant est lié) relève de l'interprétation du contrat en cause. En l'espèce, il ressort des documents pertinents que Chartwell a clairement et constamment indiqué à Q.N.S. qu'elle engageait sa responsabilité uniquement en tant que mandataire. Chartwell n'est donc pas responsable personnellement.

*Les juges Lamer et McLachlin:* La prise en considération de principes de droit civil ne doit pas être limitée aux situations qui ressortissaient à la Cour d'amirauté anglaise avant 1934. Dans le cas de la compétence élargie conférée par l'al. 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, il faut laisser entière la question de savoir s'il pourrait convenir d'avoir recours à des principes autres que ceux établis par la *common law*.

*Le juge L'Heureux-Dubé:* La *Loi sur la Cour fédérale* fixe non seulement la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté, mais encore elle définit le contenu du droit maritime canadien. La définition du «droit maritime canadien» à l'art. 2 de la Loi crée une règle de droit applicable régissant l'exercice de la compétence en matière d'amirauté par la Cour fédérale ainsi que par les cours supérieures provinciales et les autres tribunaux. Elle vient donc empêcher les cours supérieures provinciales d'appliquer le droit privé provincial dans l'exercice de leur compétence concurrente en matière de droit maritime canadien.

Le «droit maritime canadien» englobe l'ensemble des règles de droit dont l'application en Angleterre en 1934 relevait de la division d'amirauté de la Haute Cour, telles que ces règles peuvent avoir été modifiées à l'occasion par le législateur fédéral et telles qu'elles ont évolué dans la jurisprudence jusqu'à ce jour. Cet ensemble de règles de droit englobe non seulement des principes de *common law*, mais aussi les principes de droit civil qui ont toujours fait partie du droit maritime appliqué par la Haute Cour d'amirauté d'Angleterre. En fait, si on examine l'historique de cette cour, surtout au moment où sa compétence a été élargie, on constate que, chaque fois qu'elle a tenté de dégager les principes généraux sous-tendant le droit maritime, sa méthode consistait à se reporter à diverses sources, dont le droit civil et la *common law*. Cette méthode comparative était conforme à la nature du droit maritime qui revêt un caractère international. Cette méthode est encore appropriée aujourd'hui. Ainsi, (1) lorsque la compétence en matière maritime au Canada a été élargie de manière à viser les affaires qui n'auraient pas été de la compétence de la Haute Cour d'amirauté en 1934, comme c'est le cas des contrats d'aconage dont il est question ici, et (2) lorsque le point en litige n'est pas soumis à un régime



tant aspect of the comparative analysis necessary to determine the state of Canadian maritime law on the question in issue. An inquiry into civilian doctrine should begin with the *Civil Code*. When interpreting Canadian maritime law, however, the *Civil Code* is not to be applied as governing private law. Rather, it is to be used as a helpful comparative law source of those civilian principles which make up the composite body of Canadian maritime law.

In determining the issue at bar, the general principle to be gleaned from the *Civil Code*, and specifically from arts. 1715 and 1716, is that, absent an exceptional regime to the contrary, no prescribed formality respecting contracts between a mandatary and a third party exists. Whether the mandatary is acting "in his own name" or "in the name of the mandator" depends on the will of the parties as reflected in their contractual relationship. Canadian common law cases confirm this general principle and allow for its more detailed application in the domain of maritime law. A comparative examination of the law in other jurisdictions reveals that there is as yet no unified approach to this set of issues. But the inquiry also makes clear that general principles of mandate and agency are increasingly subject to specific maritime rules, both international and domestic, which in some domains all but oust general civil law and common law principles. Nevertheless, absent a specific derogation to the contrary, the general principles of mandate and agency are applicable in Canadian maritime law and are neutral as between the agent or mandatary and third party. The rule under Canadian maritime law is that there is no prescribed formality for disclosure and that the responsibility of an agent or mandator to those with whom it contracts depends on the will of the contracting parties.

Here, Chartwell contracted with Q.N.S. as a mandatary and was not personally liable under the contract. The contract entered into by the parties made it clear that Chartwell was acting as "managing operators only" and "on behalf of our principals". Q.N.S., through its course of conduct with Chartwell, always dealt with Chartwell on the basis that Chartwell was acting as

particulier établi par une loi fédérale, comme c'est le cas du problème du mandat qui se pose en l'espèce, le droit civil demeure un élément important de l'analyse comparative qui s'impose pour déterminer l'état du droit maritime canadien concernant la question en litige. Le point de départ d'un examen portant sur les principes civilistes doit être le *Code civil*. Dans l'interprétation du droit maritime canadien, cependant, le *Code civil* ne doit pas être appliqué comme régissant le droit privé. Il doit plutôt servir, pour les fins du droit comparé, de source utile des principes civilistes qui forment l'ensemble hétérogène du droit maritime canadien.

En statuant sur la question litigieuse en l'espèce, le principe général qui doit être dégagé du *Code civil*, et plus particulièrement des art. 1715 et 1716, est celui selon lequel, en l'absence d'un régime d'exception prévoyant le contraire, il n'y a aucune formalité particulière à respecter dans le cas de contrats entre un mandataire et une tierce personne. Quant à savoir si le mandataire agit «en son propre nom» ou «au nom du mandant», cela dépend de la volonté manifestée par les parties dans leurs relations contractuelles. La jurisprudence canadienne en matière de *common law* confirme ce principe général et permet qu'il reçoive une application plus détaillée en droit maritime. Un examen comparatif des règles de droit en vigueur dans d'autres juridictions révèle qu'il n'existe pas encore d'approche unifiée pouvant être appliquée à cet ensemble de questions. Mais il ressort également de cet examen que les principes généraux du mandat de droit civil et du mandat de *common law* sont de plus en plus soumis à des règles, tant internationales que nationales, propres au domaine maritime, lesquelles règles supplantent presque totalement à certains égards les principes généraux du droit civil et de la *common law*. Quoi qu'il en soit, à moins d'une dérogation expresse, les principes généraux du mandat de droit civil et du mandat de *common law* s'appliquent en droit maritime canadien et sont neutres en ce qui concerne le mandataire et la tierce personne. La règle en droit maritime canadien porte qu'il n'y a pas de formalité particulière à respecter relativement à la divulgation et que la responsabilité d'un mandataire ou d'un mandant envers ceux avec qui il contracte dépend de la volonté des parties contractantes.

En l'espèce, Chartwell a contracté avec Q.N.S. en tant que mandataire et sa responsabilité personnelle n'a pas été engagée en vertu du contrat. Il ressort nettement du contrat intervenu entre les parties que Chartwell agissait «en qualité d'exploitante-gérante uniquement» et «au nom de [ses] mandants». Dans tous ses rapports avec Chartwell, Q.N.S. a toujours traité avec celle-ci en

agent. There is no evidence that Chartwell resisted requests by Q.N.S. to have the name of its principals revealed or was otherwise acting in bad faith. Q.N.S. could not, therefore, succeed in its claim against Chartwell.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Applied:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, aff'g in part [1982] 1 F.C. 406; **referred to:** *Mersey Docks Harbour Board v. Turner (The "Zeta")*, [1893] A.C. 468; *Universal Steam Navigation Co. v. James McKelvie & Co.*, [1923] A.C. 492; *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The "Santa Carina")*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478; *Bridges & Salmon, Ltd. v. The "Swan"*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5.

By McLachlin J.

**Referred to:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752.

By L'Heureux-Dubé J.

**Considered:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, aff'g in part [1982] 1 F.C. 406; **referred to:** *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Joel v. Morison* (1834), 6 Car. & P. 501, 172 E.R. 1338; *Westcan Stevedoring Ltd. v. The ship Armar*, [1973] F.C. 1232; *Argosy Marine Co. v. SS "Jeannot D"*, [1970] Ex. C.R. 351; *Robin Line Steamship Co. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1928] S.C.R. 423; *Tojo Maru (Owners) v. N.V. Bureau Wijsmuller (The Tojo Maru)*, [1972] A.C. 242; *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The "Santa Carina")*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478; *Trans Barwil Agencies (UK) Ltd. v. John S. Braid & Co.*, [1989] S.L.T. 73; *Micosta S.A. v. Shetland Islands Council*, [1986] S.L.T. 193; *Bridges & Salmon, Ltd. v. The "Swan"*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909, 92 E.R. 107; *The Sylph* (1867), L.R. 2 A. & E. 24; *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42; *The "Renard"* (1778), Hay & M. 222, 165 E.R. 51; *The "Aquila"* (1798), 1 C. Rob. 37, 165 E.R. 87; *The "Neptune"* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354 (H.C. Adm.), rev'd (1835), 3 Knapp. 94, 12 E.R. 584 (P.C.); *The "Milford"* (1858), Swab. 362, 166 E.R. 1167; *The Riga* (1872), L.R. 3 A. & E. 516; *The*

tenant pour acquis qu'elle agissait comme mandataire. Il n'y a aucun élément de preuve établissant que Chartwell a refusé d'obtempérer à des demandes de Q.N.S. de révéler le nom de son mandant ou qu'elle a de quelque autre manière fait preuve de mauvaise foi. L'action intentée par Q.N.S. contre Chartwell doit donc être rejetée.

### Jurisprudence

*b* Citée par le juge La Forest

**Arrêt appliqué:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, conf. en partie [1982] 1 C.F. 406; **arrêts mentionnés:** *Mersey Docks Harbour Board v. Turner (The «Zeta»)*, [1893] A.C. 468; *Universal Steam Navigation Co. v. James McKelvie & Co.*, [1923] A.C. 492; *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The «Santa Carina»)*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478; *Bridges & Salmon, Ltd. v. The «Swan»*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5.

*d* Citée par le juge McLachlin

**Arrêt mentionné:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752.

*e* Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêt examiné:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, conf. en partie [1982] 1 C.F. 406; **arrêts mentionnés:** *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Joel v. Morison* (1834), 6 Car. & P. 501, 172 E.R. 1338; *Westcan Stevedoring Ltd. c. Le navire Armar*, [1973] C.F. 1232; *Argosy Marine Co. c. Le V/M "Jeannot D"*, [1970] R.C. de l'É. 351; *Robin Line Steamship Co. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1928] R.C.S. 423; *Tojo Maru (Owners) v. N.V. Bureau Wijsmuller (The Tojo Maru)*, [1972] A.C. 242; *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The «Santa Carina»)*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478; *Trans Barwil Agencies (UK) Ltd. v. John S. Braid & Co.*, [1989] S.L.T. 73; *Micosta S.A. v. Shetland Islands Council*, [1986] S.L.T. 193; *Bridges & Salmon, Ltd. v. The «Swan»*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909, 92 E.R. 107; *The Sylph* (1867), L.R. 2 A. & E. 24; *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42; *The «Renard»* (1778), Hay & M. 222, 165 E.R. 51; *The «Aquila»* (1798), 1 C. Rob. 37, 165 E.R. 87; *The «Neptune»* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354 (H.C. Adm.), inf. (1835), 3 Knapp. 94, 12 E.R. 584 (C.P.); *The «Milford»* (1858), Swab. 362, 166 E.R. 1167; *The*

- Heinrich Bjorn* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.), aff'd (1886), 11 App. Cas. 270 (H.L.); *The Ripon City*, [1897] P. 226; *The Beldis*, [1936] P. 51; *The "Goring"*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 15 (C.A.), aff'd [1988] 1 Lloyd's Rep. 397 (H.L.); *The "Sennar" (No. 2)*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 142; *Soya G.m.b.H. Kommanditgesellschaft v. White*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 136; *Tehno-Impex v. Gebr van Weelde Scheepvaartkantoor BV*, [1981] 2 All E.R. 669; *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corp. (The Halcyon Isle)*, [1981] A.C. 221; *De Lovio v. Boit*, 7 F. Cas. 418 (1815); *Schiffahrtsgesellschaft Leonhardt & Co. v. A. Bottacchi S.A. De Navegacion*, 773 F.2d 1528 (1985); *Grand Bahama Petroleum Co. v. Canadian Transportation Agencies, Ltd.*, 450 F. Supp. 447 (1978); *The Ship "Terukawa Maru" v. Co-operated Dried Fruit Sales Pty. Ltd.* (1972), 126 C.L.R. 170; *Bow, McLachlan and Co. v. The Ship "Camosun"* (1908), 40 S.C.R. 418, rev'd on other grounds [1909] A.C. 597; *The Ship Pacifico v. Winslow Marine Railway and Shipbuilding Co.*, [1925] Ex. C.R. 32; *Canadian General Electric Co. v. Pickford & Black Ltd.*, [1972] S.C.R. 52; *Drew Brown Ltd. v. The Ship "Orient Trader"*, [1974] S.C.R. 1286; *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1974] S.C.R. 933; *Gatewhite Ltd. v. Iberia Lineas Aereas de Espana SA*, [1989] 1 All E.R. 944; *Fairway Life & Marine Insurance Ltd. v. Susan Darlene (The)*, [1987] 2 F.C. 547; *Inverness Railway and Coal Co. v. Jones* (1908), 40 S.C.R. 45; *St. Lawrence Metal and Marine Works Inc. v. Canadian Fairbanks-Morse Co.*, [1956] S.C.R. 717; *Glengoil Steamship Co. v. Pilkington* (1897), 28 S.C.R. 146; *N. M. Paterson & Sons Ltd. v. Mannix Ltd.*, [1966] S.C.R. 180; *Sabb Inc. v. Shipping Ltd.*, [1976] 2 F.C. 175 (T.D.), aff'd [1979] 1 F.C. 461 (C.A.); *Farr Inc. v. Tourloti Compania Naviera S.A.*, [1985] 1 F.C. D-43; *The Rebecca*, 20 F. Cas. 373 (1831); *The "Lanarkshire"* (1855), 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, 164 E.R. 380; *The "Milan"* (1861), Lush. 388, 167 E.R. 167; *The Onward* (1873), L.R. 4 A. & E. 38; *Pearson v. Lighthall* (1895), 7 C.S. 201; *Conroy v. Peden* (1921), 32 K.B. 476; *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] S.C.R. 852; *Aris Steamship Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 S.C.R. 322; *Wolfe Stevedores (1968) Ltd. v. Joseph Salter's Sons Ltd.* (1970), 2 N.S.R. (2d) 269; *Holt Renfrew and Co. v. Henry Singer Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 481; *Lubbock Feed Lots, Inc. v. Iowa Beef Processors Inc.*, 630 F.2d 250 (1980); *Powers v. Coffeyville Livestock Sales Co.*, 665 F.2d 311 (1981); *Evans Products Co. v. Interstate Commerce Commission*, 729 F.2d 1107 (1984); *Golten Marine Co. v. World Tide Shipping Corp.*, 1975 A.M.C. 160; *Valkenburg, K.-G. v. The S.S. Henry Denny*, 295 F.2d 330 (1961); *Instituto Cubano de Estabilizacion del Azucar v. The SS Theotokos*, 155 F. Supp. 945 (1957).
- Riga* (1872), L.R. 3 A. & E. 516; *The Heinrich Bjorn* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.), conf. (1886), 11 App. Cas. 270 (H.L.); *The Ripon City*, [1897] P. 226; *The Beldis*, [1936] P. 51; *The "Goring"*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 15 (C.A.), conf. [1988] 1 Lloyd's Rep. 397 (H.L.); *The "Sennar" (No. 2)*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 142; *Soya G.m.b.H. Kommanditgesellschaft v. White*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 136; *Tehno-Impex v. Gebr van Weelde Scheepvaartkantoor BV*, [1981] 2 All E.R. 669; *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corp. (The Halcyon Isle)*, [1981] A.C. 221; *De Lovio v. Boit*, 7 F. Cas. 418 (1815); *Schiffahrtsgesellschaft Leonhardt & Co. v. A. Bottacchi S.A. De Navegacion*, 773 F.2d 1528 (1985); *Grand Bahama Petroleum Co. v. Canadian Transportation Agencies, Ltd.*, 450 F. Supp. 447 (1978); *The Ship "Terukawa Maru" v. Co-operated Dried Fruit Sales Pty. Ltd.* (1972), 126 C.L.R. 170; *Bow, McLachlan and Co. v. The Ship "Camosun"* (1908), 40 R.C.S. 418, inf. pour d'autres motifs [1909] A.C. 597; *The Ship Pacifico v. Winslow Marine Railway and Shipbuilding Co.*, [1925] R.C. de l'É. 32; *Canadian General Electric Co. c. Pickford & Black Ltd.*, [1972] R.C.S. 52; *Drew Brown Ltd. c. Le navire "Orient Trader"*, [1974] R.C.S. 1286; *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1974] R.C.S. 933; *Gatewhite Ltd. v. Iberia Lineas Aereas de Espana SA*, [1989] 1 All E.R. 944; *Fairway Life & Marine Insurance Ltd. c. Susan Darlene (Le)*, [1987] 2 C.F. 547; *Inverness Railway and Coal Co. v. Jones* (1908), 40 R.C.S. 45; *St. Lawrence Metal and Marine Works Inc. v. Canadian Fairbanks-Morse Co.*, [1956] R.C.S. 717; *Glengoil Steamship Co. v. Pilkington* (1897), 28 R.C.S. 146; *N. M. Paterson & Sons Ltd. v. Mannix Ltd.*, [1966] R.C.S. 180; *Sabb Inc. c. Shipping Ltd.*, [1976] 2 C.F. 175 (D.P.I.), conf. [1979] 1 C.F. 461 (C.A.); *Farr Inc. c. Tourloti Compania Naviera S.A.*, [1985] 1 C.F. F-52; *The Rebecca*, 20 F. Cas. 373 (1831); *The "Lanarkshire"* (1855), 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, 164 E.R. 380; *The "Milan"* (1861), Lush. 388, 167 E.R. 167; *The Onward* (1873), L.R. 4 A. & E. 38; *Pearson v. Lighthall* (1895), 7 C.S. 201; *Conroy v. Peden* (1921), 32 B.R. 476; *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] R.C.S. 852; *Aris Steamship Co. c. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 R.C.S. 322; *Wolfe Stevedores (1968) Ltd. v. Joseph Salter's Sons Ltd.* (1970), 2 N.S.R. (2d) 269; *Holt Renfrew and Co. v. Henry Singer Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 481; *Lubbock Feed Lots, Inc. v. Iowa Beef Processors Inc.*, 630 F.2d 250 (1980); *Powers v. Coffeyville Livestock Sales Co.*, 665 F.2d 311 (1981); *Evans Products Co. v. Interstate Commerce Commission*, 729 F.2d 1107 (1984); *Golten Marine Co. v. World Tide Shipping Corp.*, 1975 A.M.C. 160; *Valkenburg, K.-G. v. The S.S. Henry Denny*, 295 F.2d 330 (1961); *Instituto Cubano de Estabilizacion del Azucar v. The SS Theotokos*, 155 F. Supp. 945 (1957).

**Statutes and Regulations Cited**

- Administration of Justice Act, 1928* (U.K.), 18 & 19 Geo. 5, c. 26, s. 6.
- Administration of Justice Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 46, s. 1(1)(m).
- Admiralty Act, R.S.C. 1952*, c. 1, s. 18(3)(b).
- Civil Code of Lower Canada*, arts. 13, 1030, 1715, 1716, 1738, 2040, 2383, 2395.
- Constitution Act, 1867*, s. 91(10).
- Federal Court Act, R.S.C. 1970* (2nd Supp.), c. 10, s. 64(1).
- Federal Court Act, R.S.C.*, 1985, c. F-7, ss. 2 "Canadian maritime law", 20, 22(1), (2)(m).
- Regulations affecting ocean freight forwarders, marine terminal operations and passenger vessels*, 46 C.F.R. § 510.23(a) (1985).
- Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66.

**Authors Cited**

- Abbott, Charles (later Lord Tenterden). *A Treatise of the Law Relative to Merchant Ships and Seamen*, 14th ed. By the late James Perronet Aspinall, Butler Aspinall and Hubert Stuart Moore. London: Butterworths, 1901.
- Aubry et Rau. *Droit civil français*, t. 6., 7<sup>e</sup> éd. Sous la direction de Paul Esmein et André Ponsard. Paris: Librairies techniques, 1975.
- Baudouin, Jean-Louis. "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 715.
- Baudouin, Louis. *Le Droit civil de la Province de Québec: Modèle vivant de Droit comparé*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.
- Bowstead on Agency*, 15th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1985.
- Braën, André. "Le droit maritime du Québec à l'aube de la codification" (1985), 16 *R.G.D.* 429.
- Carver's Carriage by Sea*, vol. 1., 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982.
- Chao, Andrée. "Réflexions sur la "Identity of Carrier Clause"" (1967), 19 *D.M.F.* 12.
- Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report*. Quebec: George E. Desbarats, 1865.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.
- Glenn, H. Patrick. "Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 360.
- Gorton, Lars and Rolf Ihre and Arne Sandevärn. *Ship-broking and Chartering Practice*, 2nd ed. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1984.

**Lois et règlements cités**

- Administration of Justice Act, 1928* (R.-U.), 18 & 19 Geo. 5, chap. 26, art. 6.
- Administration of Justice Act, 1956* (R.-U.), 4 & 5 Eliz. 2, chap. 46, art. 1(1)(m).
- Code civil du Bas-Canada*, art. 13, 1030, 1715, 1716, 1738, 2040, 2383, 2395.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(10).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 64(1).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2 «droit maritime canadien», 20, 22(1), (2)m).
- Loi sur l'Amirauté*, S.R.C. 1952, chap. 1, art. 18(3)b).
- Regulations affecting ocean freight forwarders, marine terminal operations and passenger vessels*, 46 C.F.R. § 510.23(a) (1985).
- Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., chap. 66.

**Doctrine citée**

- Abbott, Charles (later Lord Tenterden). *A Treatise of the Law Relative to Merchant Ships and Seamen*, 14th ed. By the late James Perronet Aspinall, Butler Aspinall and Hubert Stuart Moore. London: Butterworths, 1901.
- Aubry et Rau. *Droit civil français*, t. 6., 7<sup>e</sup> éd. Sous la direction de Paul Esmein et André Ponsard. Paris: Librairies techniques, 1975.
- Baudouin, Jean-Louis. «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 715.
- Baudouin, Louis. *Le Droit civil de la Province de Québec: Modèle vivant de Droit comparé*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.
- Bowstead on Agency*, 15th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1985.
- Braën, André. «Le droit maritime du Québec à l'aube de la codification» (1985), 16 *R.G.D.* 429.
- Carver's Carriage by Sea*, vol. 1., 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982.
- Chao, Andrée. «Réflexions sur la «Identity of Carrier Clause»» (1967), 19 *D.M.F.* 12.
- Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*. Québec: George E. Desbarats, 1865.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.
- Glenn, H. Patrick. «Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*» (1987), 66 *R. du B. can.* 360.
- Gorton, Lars and Rolf Ihre and Arne Sandevärn. *Ship-broking and Chartering Practice*, 2nd ed. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1984.

- Hill, D. J. *Freight Forwarders*. London: Stevens & Sons, 1972.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. I, 7th ed. Revised by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. XVI. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co. and Sweet & Maxwell, 1966.
- Jones, Peter F. M. "The Forwarder—Principal or Agent, a Carrier or Not?" In *Meredith Memorial Lectures 1986, Current Problems in Maritime Law Canada/United States/International*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: De Boo, 1987.
- Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1980.
- Mignault, P.-B. "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation" (1935), 1 *U. of T.L.J.* 104.
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 8. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.
- Moussa, Abdel Rafea A. *Le consignataire du navire en droit français et égyptien*. Paris: L.G.D.J., 1983.
- Müller-Freienfels, W. "Comparative Aspects of Undisclosed Agency" (1955), 18 *Mod. L. Rev.* 33.
- Pineau, Jean. "La Législation maritime canadienne et le Code civil québécois" (1968), 14 *McGill L. J.* 26.
- Restatement of the Law (Second): Agency 2d*, vol. 2. Adopted and Promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1958.
- Reynolds, F. M. B. "The Demise Clause (*The Jalomohan*)," [1988] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 285.
- Rodière, René. *Traité général de droit maritime: affrètements & transports*, t. 3. Paris: Librairie Dalloz, 1970.
- Rodière, René. *Traité général de droit maritime: introduction & armement*. Paris: Dalloz, 1976.
- Story, Joseph. *Commentaries on the Law of Agency*. Boston: Little, Brown Co., 1839.
- Tetley, William. "Responsibility of Freight Forwarders," [1987] *Eur. Trans. L.* 79.
- Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.
- Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*. London: Business Law Communications Ltd., 1985.
- Traité de Droit civil du Québec*, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal: Wilson & Lafleur, 1952.
- Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, © 1907, 1980.
- Wiswall, F. L. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800*. Cambridge: University Press, 1970.
- Hill, D. J. *Freight Forwarders*. London: Stevens & Sons, 1972.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. I, 7th ed. Revised by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956.
- <sup>a</sup> Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. XVI. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co. and Sweet & Maxwell, 1966.
- Jones, Peter F. M. «The Forwarder—Principal or Agent, a Carrier or Not?». Dans *Conférences commémoratives Meredith 1986, Le droit maritime: problèmes d'actualité—au Canada/États-Unis/étranger*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: De Boo, 1987.
- <sup>b</sup> Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1980.
- Mignault, P.-B. «Le Code civil de la province de Québec et son interprétation» (1935), 1 *U. of T.L.J.* 104.
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 8. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.
- <sup>d</sup> Moussa, Abdel Rafea A. *Le consignataire du navire en droit français et égyptien*. Paris: L.G.D.J., 1983.
- Müller-Freienfels, W. «Comparative Aspects of Undisclosed Agency» (1955), 18 *Mod. L. Rev.* 33.
- <sup>e</sup> Pineau, Jean. «La Législation maritime canadienne et le Code civil québécois» (1968), 14 *McGill L. J.* 26.
- Restatement of the Law (Second): Agency 2d*, vol. 2. Adopted and Promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1958.
- <sup>f</sup> Reynolds, F. M. B. «The Demise Clause (*The Jalomohan*),» [1988] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 285.
- Rodière, René. *Traité général de droit maritime: affrètements & transports*, t. 3. Paris: Librairie Dalloz, 1970.
- <sup>g</sup> Rodière, René. *Traité général de droit maritime: introduction & armement*. Paris: Dalloz, 1976.
- Story, Joseph. *Commentaries on the Law of Agency*. Boston: Little, Brown Co., 1839.
- Tetley, William. «Responsibility of Freight Forwarders,» [1987] *Eur. Trans. L.* 79.
- <sup>h</sup> Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.
- Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*. London: Business Law Communications Ltd., 1985.
- Traité de Droit civil du Québec*, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal: Wilson & Lafleur, 1952.
- <sup>i</sup> Walton, Frederick Parker. *Le domaine de l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Traduit par Maurice Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980.
- Wiswall, F. L. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800*. Cambridge: University Press, 1970.
- <sup>j</sup>

Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*, t. 2. Translated from German by Tony Weir. Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1977.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 413, setting aside a judgment of the Superior Court, [1979] C.S. 453. Appeal allowed.

*David F. H. Marler and Mary C. Parker*, for the appellant.

*Allan R. Hilton and Robert Metcalfe*, for the respondent.

The reasons of Lamer and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with the conclusions of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ., subject to the following comments.

I would not confine the consideration of civil law principles to situations where the English Admiralty Court had jurisdiction prior to 1934. I would wish to leave open the question of whether, in the area of expanded jurisdiction conferred by s. 22(2)(m) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (whereby Canadian courts must apply “the law that . . . would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters”), it might be appropriate to refer to principles other than those established by the common law.

I base this conclusion on three propositions.

First, maritime law in England, and consequently in Canada, has a long international tradition which draws, at least in part, on civil law. As L'Heureux-Dubé J. points out, civil law concepts not only were at the heart of the original Admiralty jurisdiction, which sought to apply civil law rather than the common law but also continued to play a role, together with the common law, in Admiralty judgments in England up to 1934, when English admiralty law was adopted in Canada. When, applying s. 22(2)(m), I ask myself what law would the Court of Admiralty have applied in areas of new jurisdiction, I cannot reply that it

Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*, t. 2. Translated from German by Tony Weir. Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 413, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1979] C.S. 453. Pourvoi accueilli.

*David F. H. Marler et Mary C. Parker*, pour l'appelante.

*Allan R. Hilton et Robert Metcalfe*, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Lamer et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Sous réserve des observations faites ci-après, je souscris aux conclusions des juges La Forest et L'Heureux-Dubé.

Pour ma part, je ne limiterais pas la prise en considération de principes de droit civil aux situations qui ressortissaient à la Cour d'amirauté anglaise avant 1934. Je préfère laisser entière la question de savoir si, dans le cas de la compétence élargie conférée par l'al. 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7 (en vertu duquel les tribunaux canadiens doivent appliquer le «Droit [. . .] qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité [celle de juridiction de l'Amirauté], compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté»), il pourrait convenir d'avoir recours à des principes autres que ceux établis par la *common law*.

Cette conclusion repose sur trois propositions.

En premier lieu, le droit maritime en Angleterre et, par conséquent, au Canada, a une longue tradition internationale qui provient, du moins en partie, du droit civil. Ainsi que le fait remarquer le juge L'Heureux-Dubé, non seulement des concepts de droit civil se trouvaient au cœur de la compétence initiale en matière d'amirauté, en vertu de laquelle on cherchait à appliquer le droit civil plutôt que la *common law*, mais encore, avec la *common law*, ces concepts ont continué à jouer un rôle dans les jugements anglais en matière d'amirauté jusqu'en 1934, année où le droit anglais en matière d'amirauté a été adopté au Canada.

would have applied only common law principles. Rather, the history and tradition of the Admiralty court suggests that in some cases, it might have had recourse to civilian traditions.

Second, I view the international underpinning and orientation of maritime law as one not lightly to be eschewed. Maritime law, to a large extent, is international law. It is important for commercial reasons that the courts, in interpreting its principles, have regard where appropriate to the broader backdrop of international law. For this reason, I would resist the suggestion that international and civilian traditions can have no role to play except in those areas where the English Court of Admiralty actually exercised jurisdiction prior to 1934.

Finally, I do not read this Court's decision in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, as precluding the consideration of civil law principles in areas of Canadian maritime law where there is no precedent in the English Court of Admiralty prior to 1934. At page 774, McIntyre J. emphasizes that Canadian maritime law cannot be regarded as having been frozen as of 1934. He goes on to say:

On the contrary, the words 'maritime' and 'admiralty' should be interpreted within the modern context of commerce and shipping.

That context, I venture to suggest, is neither a common law context, nor a civilian context; it is an international context in which both traditions may play a part.

At page 776, McIntyre J. points out that the English Admiralty Court applied common law principles of contract and tort in some situations, such as collisions on the high seas. Nowhere, however, does he suggest that the Court did not also apply civil law principles—a fact amply demon-

Quand, aux fins de l'application de l'al. 22(2)m), je me demande quel droit la Cour d'amirauté aurait appliqué aux nouveaux domaines de compétence, je ne puis répondre qu'elle s'en serait tenue à l'application de principes de *common law*. Au contraire, l'histoire et la tradition de la Cour d'amirauté portent à croire que, dans certains cas, elle aurait pu avoir recours aux traditions civilistes.

En deuxième lieu, j'estime qu'on ne saurait faire abstraction à la légère des fondements et de l'orientation internationaux du droit maritime. Le droit maritime est dans une grande mesure du droit international. Il importe pour des raisons d'ordre commercial que les tribunaux qui interprètent ses principes tiennent compte, s'il y a lieu, du contexte plus général du droit international. Pour ce motif, je rejette le point de vue selon lequel les traditions internationales et civilistes n'ont pas de rôle à jouer, si ce n'est dans les domaines où la Cour d'amirauté anglaise exerçait véritablement compétence avant 1934.

Finalement, je n'interprète pas l'arrêt de cette Cour *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, comme interdisant le recours aux principes de droit civil dans les domaines du droit maritime canadien où il n'existe aucun précédent établi par la Cour d'amirauté anglaise avant 1934. À la page 774, le juge McIntyre souligne qu'on ne saurait considérer le droit maritime canadien comme ayant été figé en 1934. Il ajoute:

Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.

Ce contexte, j'ose affirmer, n'est ni un contexte de *common law* ni un contexte de droit civil; il s'agit plutôt d'un contexte international dans lequel les deux traditions peuvent jouer un rôle.

À la page 776, le juge McIntyre souligne que dans certains cas comme, par exemple, celui de collisions en haute mer, la Cour d'amirauté anglaise appliquait les principes de *common law* en matières contractuelle et délictuelle. Cependant, il ne laisse entendre nulle part que ce tribunal n'ap-

strated by the reasons of L'Heureux-Dubé J. in this case.

As I see it, the contest in this case is not between the Anglo-Canadian common law and the civil law (I agree with L'Heureux-Dubé J. that the result in this case would be the same under both systems), but between the American law and the Anglo-Canadian common law. I see no basis, under s. 22(2)(m) of the *Federal Court Act* or otherwise, for preferring American law to the Anglo-Canadian common law and civil law, in determining what rule should be adopted in Canadian admiralty law.

I would allow the appeal with costs.

The judgment of Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ. was delivered by

LA FOREST J.—At issue in this appeal is whether under Canadian maritime law an agent of an unnamed or partially disclosed principal is personally liable on a contract entered into by the agent with another party when the agent expressly indicates to the other party that he is acting as an agent only. Before that issue can be addressed, however, a threshold issue of what law is applicable must be settled.

The respondent Q.N.S., a stevedore and local ship agent, sued the appellant Chartwell, in the Quebec Superior Court, on a contract for stevedoring and other services. Chartwell did not deny the existence of the contract or question the amount owing, but defended the action on the ground that, though it had not identified its principal, it had consistently represented itself as acting as an agent only. The detailed facts and the judicial history of the appeal are set forth in the opinion of my colleague L'Heureux-Dubé J. and need not be repeated. It suffices to say that the Superior Court absolved Chartwell of liability, [1979] C.S. 453, but the Quebec Court of Appeal held it liable, [1985] C.A. 413. Both courts applied the principles of the Quebec *Civil Code* respecting the liabil-

pliquait pas également les principes de droit civil—ce qui est amplement démontré dans les motifs rédigés par le juge L'Heureux-Dubé en l'espèce.

a Selon moi, ce dont il s'agit dans la présente affaire n'est pas un conflit entre la *common law* anglo-canadienne et le droit civil (je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que l'issue serait la même sous les deux régimes), mais bien un conflit entre le droit américain et la *common law* anglo-canadienne. Je ne vois, ni à l'al. 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale* ni ailleurs, rien qui justifie que le droit américain soit préféré à la *common law* anglo-canadienne et au droit civil c pour ce qui est de décider de la règle à adopter en droit d'amirauté canadien.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens.

d Version française du jugement des juges Wilson, La Forest, Sopinka et Cory rendu par

e LE JUGE LA FOREST—La question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si en droit maritime canadien le mandataire d'un mandant qui n'a pas été nommé ou dont l'identité n'a fait l'objet que d'une divulgation partielle engage sa responsabilité personnelle lorsqu'il conclut un contrat avec une autre personne en lui disant expressément qu'il agit en qualité de mandataire uniquement. Avant de pouvoir aborder cette question, toutefois, il faut trancher une question préliminaire concernant les règles de droit à appliquer.

g L'intimée Q.N.S., une entreprise d'aconage et un agent maritime local, a poursuivi l'appelante Chartwell devant la Cour supérieure du Québec relativement à un contrat pour la fourniture de services d'aconage et d'autres services. Chartwell h n'a pas nié l'existence du contrat ni mis en question le montant dû, mais elle a contesté l'action en faisant valoir que, même si elle n'avait pas révélé l'identité de son mandant, elle s'était toujours présentée comme agissant en qualité de mandataire uniquement. Un exposé détaillé des faits ainsi que i l'historique du pourvoi se trouvent dans les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et ils n'ont pas à être répétés ici. Il suffit de signaler que la j Cour supérieure a dégagé Chartwell de toute responsabilité, [1979] C.S. 453, tandis que la Cour



ity of a mandatory to third persons with whom he contracts, specifically arts. 1715 and 1716 of the Code.

The decision of these courts was made before that of this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, was rendered. In that case, a marine carrier (Mitsui) contracted to carry electronic calculators from Japan to Montréal where the owner (Miida) was to take delivery. On arrival at Montréal, the goods were picked up by ITO, a cargo-handling company which had agreed with the carrier to unload and store the goods until delivery to the owner. While in storage in a terminal transit shed operated by ITO, a substantial number of the calculators were stolen. The theft could in all probability have been prevented were it not for negligence in the operation of ITO's security system. The owner sued both ITO and the carrier. Only the action against ITO is relevant here, since it raised the issue of the applicable law. Though all the members of the Court agreed in the result, they disagreed (4-3) on the issue of the applicable law.

McIntyre J., speaking for a majority, had this to say, at p. 779:

It is my view, as set out above, that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment. I am also of the opinion that Canadian maritime law is uniform throughout Canada, a view also expressed by Le Dain J. in the Court of Appeal who applied the common law principles of bailment to resolve Miida's claim against ITO. Canadian maritime law is that body of law defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. That law was the maritime law of England as it has been incorpo-

d'appel du Québec l'a jugée responsable, [1985] C.A. 413. Les deux tribunaux ont appliqué les principes du *Code civil* du Québec relatifs à la responsabilité d'un mandataire envers les tierces personnes avec lesquelles il contracte. Plus précisément, ils ont appliqué les art. 1715 et 1716 du Code.

Ces tribunaux ont statué sur l'affaire avant que notre Cour ne rende l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752. Dans cet arrêt, un transporteur maritime (Mitsui) s'était engagé dans un contrat à transporter des calculatrices électroniques du Japon à Montréal, où la propriétaire (Miida) devait en prendre livraison. Une fois arrivées à Montréal, les marchandises ont été prises en charge par ITO, une société d'aconage qui avait convenu avec le transporteur de les décharger et de les entreposer en attendant qu'elles soient livrées à leur propriétaire. Pendant l'entreposage dans un hangar de transit exploité par ITO, une quantité importante de calculatrices ont été volées. Selon toute vraisemblance, le vol aurait pu être évité n'eût été la négligence dont on avait fait preuve dans l'exécution des mesures de sécurité d'ITO. La propriétaire a poursuivi ITO et le transporteur. Toutefois, seule nous intéresse en l'espèce l'action intentée contre ITO, car cette action soulevait la question des règles de droit applicables. Quoique tous les membres de la Cour aient été d'avis de trancher le litige de la même manière, ils ont été en désaccord (4 contre 3) sur la question des règles de droit applicables.

Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité, fait les observations suivantes, à la p. 779:

Je suis d'avis, comme je viens de l'expliquer, que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, un point de vue partagé par le juge Le Dain de la Cour d'appel qui a appliqué les principes de *common law* en matière de dépôt pour résoudre la demande de Miida contre ITO. Le droit maritime canadien est l'ensemble de règles de droit que définit l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c'est le droit maritime d'Angleterre qui a été

rated into Canadian law and it is not the law of any province of Canada.

The minority, however, stressed that the action against ITO was purely delictual. It was simply an action in delict committed in Montréal, and it thus fell within the jurisdiction of the civil courts of Quebec, not that of the Federal Court. From their perspective, it was not a question of maritime law at all.

In the present case, there is no question that we are dealing with maritime law. Section 22(2)(m) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, expressly identifies stevedoring services as part of Canadian maritime law. That provision reads:

22. ...

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighthouse;

There is no doubt that the development of English admiralty law, from which Canadian maritime law in considerable measure derives, owes much to the civilian tradition. The common law in its early period was ill-equipped to deal with commercial and maritime matters and the courts of admiralty, when called upon to decide maritime disputes, applied principles developed on the continent. Indeed, admiralty courts were presided over by civilians. It must be kept in mind, however, that the admiralty courts, like other specialized courts in England, continually had to struggle to resist the growing strength of the common law courts, and their jurisdiction over ordinary civil matters became extremely narrowed and curtailed; in particular, they had no jurisdiction in these matters within the realm; see *Mersey Docks Harbour Board v. Turner (The "Zeta")*, [1893] A.C. 468 (H.L.), at pp. 481 *et seq.* These matters, though concerned with questions of a maritime nature,

incorporé au droit canadien; ce n'est pas le droit d'une province canadienne.

La minorité, toutefois, a insisté sur le caractère purement délictuel de l'action contre ITO. Puisqu'il s'agissait simplement d'une action pour un délit civil commis à Montréal, elle relevait de la compétence des tribunaux civils du Québec et non pas de celle de la Cour fédérale. Du point de vue des juges formant la minorité, il ne s'agissait pas du tout d'une question de droit maritime.

En l'espèce, il ne fait pas de doute qu'il est question de droit maritime. L'alinéa 22(2)(m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, porte expressément que les services d'acconage font partie du droit maritime canadien. En voici le texte:

22. ...

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

(m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l'acconage et le gabarage;

Il est certain que l'évolution du droit d'amirauté anglais, dont dérive une partie considérable du droit maritime canadien, doit beaucoup à la tradition civiliste. Au début, la *common law* n'était pas dotée des outils nécessaires pour traiter de questions relevant des domaines commercial et maritime, de sorte que les cours d'amirauté, quand elles étaient appelées à statuer sur des litiges en matière maritime, appliquaient des principes conçus sur le continent. Les cours d'amirauté étaient en fait présidées par des civilistes. N'oublions toutefois pas que ces cours, à l'instar d'autres tribunaux anglais spécialisés, devaient lutter constamment pour résister au pouvoir toujours croissant des tribunaux de *common law*, et leur compétence en matière civile ordinaire est devenue extrêmement étroite et circonscrite. En particulier, elles n'avaient pas compétence relativement aux affaires en cette matière qui avaient pris naissance dans les limites du royaume; voir *Mersey Docks Harbour*

were largely dealt with by the common law courts. With the rationalization of the English court system in the late 19th century, admiralty jurisdiction was transferred to the admiralty division of the High Court, but all divisions of that court may exercise jurisdiction over admiralty matters; see *Administration of Justice Act, 1928* (U.K.), 18 & 19 Geo. 5, c. 26, s. 6.

It is this amalgam that was incorporated into Canadian maritime law. McIntyre J. in *ITO* has discussed in detail the process by which the Exchequer Court and later the Federal Court applied the common law principles of contract, tort and bailment in the resolution of admiralty matters (see in particular p. 776) as well as the jurisdiction now assigned to the Federal Court, and I do not propose to repeat it. Suffice it to say that he particularly relied on s. 2 of the *Federal Court Act*, which defines "Canadian maritime law" as including not only law formerly administered by the Exchequer Court on its admiralty side, but also "the law that . . . would have been so administered if that court had had on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters" (p. 769). The latter portion of the definition would include all claims dealing with maritime matters and was not frozen by pre-existing admiralty jurisdiction. It incorporated as a uniform body of federal law the maritime law of England (p. 779).

It was in the light of this examination that the majority of this Court in *ITO* concluded that Canadian maritime law encompassed the common law principles of tort, contract and bailment. To these I would add, if indeed it is an addition, agency. For nowhere does it become more obvious that the law is a seamless web than when one considers the interplay between contract, agency and tort, to say nothing of bailment. In fact, the

*Board v. Turner (The «Zeta»*), [1893] A.C. 468 (H.L.), aux pp. 481 et suiv. C'étaient surtout les tribunaux de *common law* qui en étaient saisis, même si elles soulevaient des questions de caractère maritime. Avec la rationalisation du système judiciaire anglais vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la compétence en matière d'amirauté a été transférée à la division d'amirauté de la Haute Cour, mais toutes les autres divisions de cette cour peuvent exercer la même compétence; voir *Administration of Justice Act, 1928* (R.-U.), 18 & 19 Geo. 5, chap. 26, art. 6.

C'est cet amalgame qui a été incorporé dans le droit maritime canadien. Le juge McIntyre, dans l'arrêt *ITO*, examine en détail la méthode employée par la Cour de l'Échiquier et ensuite par la Cour fédérale pour appliquer les principes de *common law* relatifs aux contrats, à la responsabilité délictuelle et au dépôt pour résoudre des questions d'amirauté (voir notamment la p. 776), ainsi que la compétence actuelle de la Cour fédérale. Je n'ai donc pas l'intention de répéter ce qu'il a dit. Qu'il suffise de mentionner que le juge McIntyre s'est fondé particulièrement sur l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui définit le «droit maritime canadien» comme comprenant non seulement le droit dont l'application relevait anciennement de la Cour de l'Échiquier en sa juridiction d'amirauté, mais aussi le «droit [...] qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté» (p. 769). Cette dernière partie de la définition engloberait toutes les réclamations en matière maritime et n'a pas été figée par la compétence préexistante en matière d'amirauté. Elle a pour effet d'incorporer le droit maritime d'Angleterre en tant qu'ensemble uniforme de règles de droit fédérales (p. 779).

C'est à la lumière de cette analyse que notre Cour à la majorité a conclu dans l'affaire *ITO* que le droit maritime canadien englobait les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrats et de dépôt. À ceux-ci j'ajouterais le mandat, à supposer que ce soit vraiment un ajout, car on ne se rend jamais aussi clairement compte de l'unité du droit que lorsqu'on examine l'interaction entre les domaines des contrats, du

case here is an action in contract, the issue being whether the agent is bound by the contract. Many of the cases cited by my colleague in elaborating the common law position regarding the specific problem that arises in the present case arose in maritime matters. Scarcely surprising, because as mentioned these maritime matters have, for hundreds of years, come within the jurisdiction of the common law courts. The laws elaborated in those cases have now become part of the uniform federal or Canadian maritime law.

There are, no doubt, issues specific to admiralty jurisdiction where reference may fruitfully be made to the experience of other countries and specifically, because of the genesis of admiralty jurisdiction, to civilian experience. I have no doubt of the utility in the course of this exercise of treating as of general import any relevant provision of the Quebec *Civil Code*, to adopt the words of Le Dain J. in the Federal Court of Appeal in *ITO (Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.)*, [1982] 1 F.C. 406, at p. 417. But this is certainly not that kind of case. As earlier mentioned, the common law principles have long been relied on to deal with precisely the type of situation in issue here.

Counsel for the respondent sought, through another path, to lead us to apply the Quebec civil law. Noting that McIntyre J. had observed in *ITO*, at p. 772, that s. 22 of the *Federal Court Act*, which confers concurrent original jurisdiction in claims arising under Canadian maritime law upon the Trial Division of the Federal Court, "does no more than grant jurisdiction, and ... does not create operative law", he sought to persuade us that the principles of maritime law differed depending on whether it was applied in the Federal Court or a provincial court. This argument seems to me to overlook the essentially federal nature of maritime law, falling as it does under the federal power over navigation and shipping. In allowing

mandat et de la responsabilité délictuelle, sans parler du dépôt. En fait, il s'agit en l'espèce d'une action découlant d'un contrat, la question en litige étant de savoir si le mandataire est lié par ce contrat. Un bon nombre des décisions citées par mon collègue dans son exposé de la position en *common law* relativement au problème précis qui se pose en l'espèce ont été rendues en matière maritime. Cela n'est guère surprenant parce que, comme je l'ai déjà mentionné, il y a des siècles que ces affaires maritimes relèvent de la compétence des tribunaux de *common law*. Les règles de droit élaborées dans ces affaires font maintenant partie du droit maritime uniforme fédéral ou canadien.

Sans doute peut-il être avantageux, dans le cas de certaines questions relevant proprement de la compétence en matière d'amirauté, de prendre en considération les expériences d'autres pays et notamment, compte tenu des origines de cette compétence, celles des civilistes. Je ne doute pas de l'utilité, lorsqu'on procède ainsi, de considérer comme ayant une portée générale toute disposition pertinente du *Code civil* du Québec, pour reprendre les termes employés par le juge Le Dain de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *ITO (Miida Electronics, Inc. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.)*, [1982] 1 C.F. 406, à la p. 417. Mais nous ne sommes certainement pas en présence d'une affaire de ce genre. Ainsi que je l'ai dit précédemment, voilà longtemps qu'on a recours aux principes de *common law* pour traiter précisément le type de situation dont il s'agit ici.

L'avocat de l'intimée a tenté, par un autre moyen, de nous amener à appliquer le droit civil québécois. Soulignant que le juge McIntyre avait fait remarquer dans l'arrêt *ITO*, à la p. 772, que l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui confère à la Section de première instance de la Cour fédérale une compétence concurrente en première instance dans le cas de demandes relevant du droit maritime canadien, «n'est qu'attributif de compétence; il ne crée pas de règle de droit applicable», l'avocat a cherché à nous convaincre que les principes de droit maritime diffèrent selon que c'est la Cour fédérale ou une cour provinciale qui les applique. Or, cet argument me semble ne pas tenir compte du caractère essentiellement fédéral du

concurrent jurisdiction over maritime law to provincially created courts, I cannot believe Parliament intended to delegate to those courts the authority to apply law different from that administered by the Federal Court. Nor do I think it would intend any distinction between the law applied through judicial interpretation and any possible extended jurisdiction that might be derived from the clarification of the ambit of Canadian maritime law under s. 22(2) of the *Federal Court Act*. It is noteworthy that the opening words of s. 22(2) do not purport to enact new law but to declare the law for greater certainty. That declaration, falling as it does within Parliament's powers, must be respected. Thus McIntyre J.'s statement that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing certain common law principles and that this law is uniform throughout Canada applies whatever court may exercise jurisdiction in a particular case.

Having determined that the applicable maritime law is to be found in the principles of the common law of contract and agency, I shall briefly turn to that issue. As my colleague observes, in cases of this kind, the issue whether an agent contracted personally, or solely in the capacity of agent (in which case only the principal is bound), is a matter of construction of a particular contract. I leave aside, of course, any custom that may exist at any particular port or in a particular trade. In this case, the relevant documents reveal that Chartwell consistently attempted to bring home to Q.N.S. that its sole responsibility was as an agent. In the body of its letters, it identified itself as "Managing Operators [i.e., as agents] for the Charterers" or as acting "On behalf of our principals", and it consistently signed "as Managing Operators only". While the simple addition of the word "agent" or its equivalent following a signature can easily be read as a mere description of the signatory, that cannot be said of "as agent only". Those words do more. They are obviously directed to limiting or

droit maritime, lequel est soumis au pouvoir fédéral en matière de navigation et d'expéditions par eau. Je ne puis croire qu'en accordant aux tribunaux créés par les provinces une compétence concurrente en matière de droit maritime, le législateur fédéral a voulu déléguer à ces tribunaux le pouvoir d'appliquer des règles de droit différentes de celles appliquées par la Cour fédérale. Je ne crois pas non plus qu'il a eu l'intention d'établir une distinction entre le droit appliqué au moyen de l'interprétation judiciaire et toute compétence élargie pouvant résulter de l'élucidation de la portée du droit maritime canadien qu'on trouve au par. 22(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il est à noter que la disposition liminaire du par. 22(2) a pour objet non pas de poser une nouvelle règle de droit, mais bien d'énoncer la règle de droit existante de manière à ce qu'il n'y ait aucun doute à son sujet. Comme cet énoncé relève des pouvoirs du Parlement, il doit être respecté. Ainsi, quand le juge McIntyre affirme que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales englobant certains principes de *common law* et que ces règles sont uniformes partout au Canada, cela tient peu importe le tribunal qui peut avoir compétence dans un cas donné.

Ayant déterminé que la règle de droit maritime à appliquer se dégage des principes de *common law* en matière de contrats et de mandat, je me penche brièvement sur ce point. Ainsi que le fait remarquer ma collègue, dans des affaires de ce genre, la question de savoir si un mandataire a contracté en son propre nom ou en qualité de mandataire uniquement (auquel cas seul le mandant est lié) relève de l'interprétation du contrat en cause. Je ne tiens pas compte, évidemment, des coutumes pouvant exister dans tel ou tel port ou dans une industrie donnée. En l'espèce, il ressort des documents pertinents que Chartwell a constamment essayé de faire comprendre à Q.N.S. qu'elle engageait sa responsabilité uniquement en tant que mandataire. Dans le corps de ses lettres, elle se présentait comme [TRADUCTION] «exploitante-gérante [c.-à-d., comme mandataire] pour les affréteurs» ou comme agissant «au nom de nos mandants», et elle a toujours signé [TRADUCTION] «en qualité d'exploitante-gérante uniquement». Quoique le simple ajout du mot «mandataire» ou

explaining a liability, and not merely to describing the person signing or his authority to do so; see *Universal Steam Navigation Co. v. James McKelvie & Co.*, [1923] A.C. 492 (H.L.), and esp. at p. 500, *per* Lord Sumner. What particularly impresses in the present case is Chartwell's insistent repetition in its correspondence that it is acting as an agent and its repeated signature "as agent only". (Emphasis added.) As Brandon J. (citing *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1952), vol. 1, at pp. 228-29, para. 517) put it in *Bridges & Salmon, Ltd. v. The "Swan"*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5, at p. 13, "if he [the agent] states in the contract, or indicates by an addition to his signature, that he is contracting as agent only on behalf of a principal, he is not liable, unless the rest of the contract clearly involves his personal liability, or unless he is shown to be the real principal". The latter qualifications obviously have no application here. Similar principles were applied in *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The "Santa Carina")*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478, where the English Court of Appeal absolved an agent from liability in a case bearing considerable resemblance to the present. Significantly, all the cases I have cited involve maritime matters, but the principle is, of course, more general.

Counsel for the respondent drew our attention to para. 321 of the *Restatement of the Law (Second): Agency 2d* (1958), vol. 2, at p. 70, which states that unless otherwise agreed, a person purporting to make a contract with another for a partially disclosed principal is a party to the contract. While the failure to reveal the identity of one's principal may give rise to an inference that the agent was intended to be a party, like my colleague I am unwilling to adopt any hard and fast rule regard-

de son équivalent après la signature puisse facilement s'interpréter comme une simple description du signataire, il n'en va pas de même de l'expression «en qualité de mandataire uniquement». Ces mots font davantage. Ils visent manifestement à limiter ou à expliquer la responsabilité et non pas simplement à décrire le signataire ou son pouvoir de signer; voir *Universal Steam Navigation Co. v. James McKelvie & Co.*, [1923] A.C. 492 (H.L.), et en particulier, à la p. 500, les motifs de lord Sumner. Ce qui frappe particulièrement en l'espèce est l'insistance avec laquelle Chartwell a répété dans sa correspondance qu'elle agissait en tant que mandataire et le fait qu'elle a régulièrement signé [TRADUCTION] «en qualité de mandataire uniquement». (Je souligne.) Comme le juge Brandon (citant *Halsbury's Laws of England* (3<sup>e</sup> éd. 1952), vol. 1, aux pp. 228 et 229, par. 517) le dit dans la décision *Bridges & Salmon, Ltd. v. The "Swan"*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5, à la p. 13, [TRADUCTION] «s'il [le mandataire] précise dans le contrat, ou indique après sa signature, qu'il contracte uniquement en qualité de mandataire au nom d'un mandant, il n'est pas responsable, à moins que le reste du contrat n'engage manifestement sa responsabilité personnelle, ou à moins qu'il ne soit démontré qu'il agit en réalité en son propre nom». Ces dernières exceptions ne jouent évidemment pas en l'espèce. Des principes analogues ont été appliqués dans l'arrêt *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The "Santa Carina")*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478, où la Cour d'appel d'Angleterre a dégagé un mandataire de toute responsabilité dans une affaire présentant une grande ressemblance avec celle qui nous occupe. Fait révélateur, toutes les décisions que j'ai citées relèvent du domaine maritime, mais le principe est, bien entendu, de portée plus générale.

L'avocat de l'intimée a attiré notre attention sur le par. 321 du *Restatement of the Law (Second): Agency 2d* (1958), vol. 2, à la p. 70, qui dit que, sauf accord contraire, une personne qui prétend contracter au nom d'un mandant faisant l'objet d'une divulgation partielle est une partie au contrat qu'elle conclut. Bien que l'omission de révéler l'identité de son mandant puisse permettre de déduire qu'on a voulu que le mandataire soit partie au contrat, pas plus que ma collègue, je ne suis

ing the intention of the parties. Certainly, any inference such as I have described would be displaced by a contract evincing the clear intent of this one.

I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge, with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises two questions: what is the role of Quebec civil law in the interpretation of Canadian maritime law and what are the requirements under Canadian maritime law concerning the disclosure by an agent or mandatary that it is acting in the name of its principal or mandator?

#### I—The Facts

Q.N.S. Paper Company Limited (“Q.N.S.”), a stevedore and local “ship agent”, sued Chartwell Shipping Limited (“Chartwell”), a managing operator in Quebec for the charterers of two vessels, claiming \$50,388.91 on an unpaid bill. Chartwell did not deny the amount was owing, but refused to pay, contending that it had disclosed to Q.N.S. that it was acting as mandatary only. The evidence submitted at trial demonstrated unequivocally that Chartwell consistently represented itself as acting only in the capacity of a mandatary:

Exhibit P-1: Letter from Chartwell Shipping Ltd. to Quebec Northshore Paper Co. dated November 24th, 1972.

Quebec Northshore Paper Co.  
Baie Comeau, Quebec  
Dear Sirs:

M.V. “APJ PRIYA”

As Managing Operators for the charterers we are again pleased to appoint you as agents for the vessel's forthcoming call at Baie Comeau.

At the time of writing this letter, the vessel is due to arrive at Baie Comeau on December 1/2 to lead the following cargoes:

disposé à adopter une règle absolue concernant l'intention des parties. Certes, toute déduction du genre de celle que je viens de mentionner serait écartée par un contrat traduisant une intention aussi claire que celle exprimée dans le contrat présentement en cause.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge de première instance, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi soulève deux questions: quel rôle le droit civil québécois joue-t-il dans l'interprétation du droit maritime canadien et quelles exigences le droit maritime canadien pose-t-il relativement à la divulgation par un mandataire qu'il agit au nom de son mandant?

#### I—Les faits

Q.N.S. Paper Company Limited («Q.N.S.»), une entreprise d'acconage et un «agent maritime» local, a intenté contre Chartwell Shipping Limited («Chartwell»), exploitante-gérante au Québec pour les affréteurs de deux navires, une action sur compte de 50 388,91 \$. Tout en ne niant pas l'existence de la dette, Chartwell a néanmoins refusé de l'acquitter pour le motif qu'elle avait avisé Q.N.S. qu'elle agissait uniquement en qualité de mandataire. La preuve produite en première instance a démontré d'une manière non équivoque que Chartwell s'est toujours présentée en qualité de mandataire uniquement:

[TRADUCTION] Pièce P-1: Lettre de Chartwell Shipping Ltd. à Québec Northshore Paper Co. en date du 24 novembre 1972.

Québec Northshore Paper Co.  
Baie Comeau (Québec)  
Messieurs:

N.M. «APJ PRIYA»

En tant qu'exploitants-gérants pour les affréteurs il nous fait plaisir de vous nommer encore une fois agents pour le navire pendant sa prochaine escale à Baie Comeau.

Au moment de rédiger les présentes, l'arrivée du navire à Baie Comeau est prévue pour le 1<sup>er</sup> ou le 2 décembre. Il prendra à son bord la cargaison suivante:

600 MT newsprint Sourabaia  
 400 MT newsprint Sourabaia  
 400 MT newsprint Djakarta  
 500 MT newsprint Djakarta  
 600 MT newsprint Sourabaia  
 [handwritten:]  
 250 MT Djakarta

Our principals are taking delivery of the vessel taking inbound harbour pilot at Baie Comeau and thus we enclose a Delivery Certificate which we ask you kindly to fill in and have the Master sign on owners' behalf and yourself on charterers' behalf. We will have an onhire and bunker survey carried out, however, we will revert on this matter later.

From Baie Comeau the vessel will sail to Quebec where our agents are: Shipping Limited, 140 Dalhousie Street, Quebec 2, Quebec, Telephone: 418-692-0650, cable: "BULKO QUEBEC".

We do not anticipate any owners items at Baie Comeau, however, if there are any owners' items, including cash to Master, this should be authorized by us first.

Please cable us on arrival and departure, giving time and fuel on board. Also please give us a daily progress report over the phone.

After the vessel has sailed, please send us your disbursement account in triplicate.

Yours very truly,

CHARTWELL SHIPPING LTD.  
 as Managing Operators only

Exhibit P-2: Letter from Chartwell Shipping Ltd. to Quebec Northshore Paper Co. dated November 29th, 1972.

Quebec Northshore Paper Co.  
 Baie Comeau, P.Q.  
 Att: Mr. Don Horwood  
 Dear Sirs:

M.V. "LONDON CITIZEN"

On behalf of our principals we are again pleased to appoint you as agents at Baie Comeau for the above mentioned vessel.

600 t papier journal Sourabaia  
 400 t papier journal Sourabaia  
 400 t papier journal Djakarta  
 500 t papier journal Djakarta  
 600 t papier journal Sourabaia  
 [écrit à la main:]  
 250 t Djakarta

Nos mandants prendront livraison du navire, qui prendra à son bord à Baie Comeau un pilote à l'entrée de la zone de pilotage. Nous joignons donc aux présentes un certificat de livraison. Nous vous prions de bien vouloir le remplir, le faire signer par le capitaine pour le compte des propriétaires et le signer vous mêmes pour le compte des affrèteurs. Nous allons faire procéder à une visite à l'affrètement et à une inspection des soutes, mais nous reviendrons sur ce sujet ultérieurement.

De Baie Comeau le navire se rendra à Québec où notre agent est: Shipping Limited, 140, rue Dalhousie, Québec 2 (Québec), téléphone: 418-692-0650, câble: «BULKO QUEBEC».

Nous ne prévoyons pas de dépenses à engager pour les propriétaires à Baie Comeau, mais s'il devait y en avoir, y compris la remise d'argent comptant au capitaine, il faudrait préalablement obtenir notre autorisation à cette fin.

Veillez nous câbler au moment de l'arrivée et du départ, en nous indiquant chaque fois l'heure et la quantité de combustible à bord. Ayez aussi l'obligeance de nous faire par téléphone un compte rendu quotidien de la situation.

Après le départ du navire, auriez-vous l'obligeance de nous faire parvenir, en triple exemplaire, votre relevé des débours.

Nous vous prions, Messieurs, de recevoir l'expression de nos sentiments distingués.

CHARTWELL SHIPPING LTD.  
 en qualité d'exploitante-gérante uniquement

Pièce P-2: Lettre de Chartwell Shipping Ltd. à Québec Northshore Paper Co. en date du 29 novembre 1972.

Québec Northshore Paper Co.  
 Baie Comeau (Québec)  
 À l'attention de: M. Don Horwood  
 Messieurs:

N.M. «LONDON CITIZEN»

Au nom de nos mandants il nous fait encore une fois plaisir de vous nommer agents à Baie Comeau pour le navire susmentionné.



Present ETA Baie Comeau is December 8/10, however, there is a possibility that this may change and that she could be in Baie Comeau as early as December 5/6 but we will keep you advised about any changes. At Baie Comeau the vessel is loading the following cargo:

1000 MT newsprint for Bangkok  
500 MT newsprint for Djakarta  
250 MT newsprint for Djakarta  
1000 MT newsprint for Bangkok

Upon completion at Baie Comeau the vessel will sail to Saint John, N.B. where our agents are: Shipping Limited, 133 Prince William Street, Saint John, N.B., Telephone: 506-368-1771.

The vessel has already delivered on timecharter and thus you need not concern yourself with any details in this respect. Please keep owners' expenses at a minimum and any owners' items over \$1000 should be authorized by this office.

Upon completion of loading please forward three copies of Port Log and Statement of Fact and copies of Stowage Plan.

Also please keep us daily advised when the vessel is in port and telex us arrival and departure time together with bunkers.

Yours very truly,

CHARTWELL SHIPPING LTD.  
as Managing Operators only [Emphasis added.]

On January 11, 1973 Q.N.S sent Chartwell two accounts for stevedoring and other services rendered respecting each of the two ships mentioned in the letters. On February 19, 1973, Chartwell forwarded these two accounts to its mandator, Trafficaid of Canada Limited ("Trafficaid"), agent for the charterer. In its accompanying letter, a copy of which was sent to Q.N.S., Chartwell requested that Trafficaid settle the accounts directly with Q.N.S. Unfortunately for both parties, Trafficaid was now insolvent. There is no dispute as to the existence of a stevedoring contract or as to the amount owed. The parties differ only as to whether, in order to escape liability as mandatary, it was sufficient for Chartwell to indicate that it was acting as mandatary or whether Chartwell had to disclose the identity of its man-

Selon nos estimations actuelles, le navire devrait arriver à Baie Comeau entre les 8 et 10 décembre, mais il est possible que cela change et qu'il y arrive dès le 5 ou le 6 décembre. Nous allons toutefois vous tenir au courant de tout changement. À Baie Comeau, le navire prendra à son bord la cargaison suivante:

1 000 t papier journal destination Bangkok  
500 t papier journal destination Djakarta  
250 t papier journal destination Djakarta  
1 000 t papier journal destination Bangkok

Dès que tout sera terminé à Baie Comeau, le navire se rendra à Saint-Jean (N.-B.) où notre agent est: Shipping Limited, 133, rue Prince William, Saint-Jean (N.-B.), téléphone: 506-368-1771.

Le navire a déjà été livré pour l'affrètement à temps et vous n'avez donc pas à vous en préoccuper. Nous vous prions de limiter autant que possible les déboursés des propriétaires et toute dépense supérieure à 1 000 \$ qui est à engager pour les propriétaires devrait être autorisée par notre bureau.

Une fois le chargement terminé, veuillez nous faire parvenir trois copies du registre du port et du rapport d'escale ainsi que des copies du plan d'arrimage.

Auriez-vous en outre l'obligeance de nous faire des rapports quotidiens pendant l'escale du navire et de nous communiquer par télex l'heure d'arrivée et de départ ainsi que l'état des soutes.

Nous vous prions, Messieurs, de recevoir l'expression de nos sentiments distingués.

CHARTWELL SHIPPING LTD.  
en qualité d'exploitante-gérante uniquement [Je souligne.]

Le 11 janvier 1973, Q.N.S. a transmis à Chartwell deux comptes pour des services d'aconage et d'autres services rendus à l'égard de chacun des deux navires mentionnés dans les lettres. Le 19 février 1973, Chartwell a acheminé ces deux comptes à son mandant, Trafficaid of Canada Limited («Trafficaid»), agent de l'affréteur. Dans sa lettre d'accompagnement, dont copie fut envoyée à Q.N.S., Chartwell demande à Trafficaid de régler les comptes directement avec Q.N.S. Malheureusement pour les deux parties, Trafficaid était maintenant insolvable. On ne conteste ni l'existence d'un contrat d'aconage ni le montant dû. Les parties ne sont en désaccord que sur la question de savoir si, pour que Chartwell soit dégagée de toute responsabilité en qualité de mandataire, il lui suffisait d'indiquer qu'elle agissait en cette

dator at the time the contract was formed and if so, whether such identity was disclosed on the facts of this case.

## II—The Judgments

### A. *Quebec Superior Court*

At trial, both parties centred their arguments on the interpretation of arts. 1715 and 1716 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provide:

**1715.** The mandatary acting in the name of the mandator and within the bounds of the mandate is not personally liable to third persons with whom he contracts, except in the case of factors hereinafter specified in article 1738, and in the cases of contracts made by the master of a ship for her use.

**1716.** A mandatary who acts in his own name is liable to the third party with whom he contracts, without prejudice to the rights of the latter against the mandator also.

Chartwell submitted that it had acted in the name of the mandator and thus that art. 1715 applied to the circumstances of the case. Q.N.S. submitted that Chartwell had failed to name the mandator in the letters establishing the contract and thus that art. 1716 applied to the circumstances of the case.

Desaulniers J. concluded that there was unquestionably a contract of mandate between Trafficaid and Chartwell: [1979] C.S. 453. He also concluded that because the letters from Chartwell to Q.N.S. clearly identified Chartwell as a mandatary, Chartwell fulfilled the requirements of art. 1715 of the *Civil Code* and could not be held liable for the debt of its mandator. He noted, as well, that by indicating the names of the relevant vessels, Chartwell had made it possible for Q.N.S. to find the names of the owners or charterers by consulting registers of shipping. Q.N.S. was thus in a position to find the name of the mandator. Desaulniers J. reviewed American, British and Quebec cases all to the effect that in order to avoid contractual liability, the mandatary must disclose that it is acting as mandatary but need not disclose the identity of the mandator. He cited American case law for the proposition that disclosure of the

qualité, ou si elle devait, au moment de la passation du contrat, révéler l'identité de son mandant et, dans l'affirmative, si telle divulgation a été faite en l'espèce.

## <sup>a</sup> II—Les jugements

### A. *Cour supérieure du Québec*

<sup>b</sup> En première instance, les arguments de l'une et l'autre partie ont porté principalement sur l'interprétation des art. 1715 et 1716 du *Code civil du Bas-Canada*, qui sont ainsi rédigés:

<sup>c</sup> **1715.** Le mandataire agissant au nom du mandant et dans les limites de son mandat n'est pas responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte, excepté dans le cas du facteur ci-après spécifié en l'article 1738, et dans le cas de contrats faits par le maître pour l'usage de son bâtiment.

<sup>d</sup> **1716.** Le mandataire qui agit en son propre nom est responsable envers les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits de ces derniers contre le mandant.

<sup>e</sup> Chartwell soutient qu'elle avait agi au nom de son mandant et que, par conséquent, l'art. 1715 trouvait application en l'espèce. Q.N.S. pour sa part fit valoir que Chartwell n'avait pas nommé son mandant dans les lettres constatant le contrat, de sorte que c'était l'art. 1716 qui devait trouver application dans les circonstances.

<sup>f</sup> Le juge Desaulniers conclut qu'il existait indubitablement un contrat de mandat entre Trafficaid et Chartwell: [1979] C.S. 453. Il conclut en outre que, comme les lettres adressées par Chartwell à Q.N.S. identifiaient clairement Chartwell comme mandataire, celle-ci avait rempli les exigences de l'art. 1715 du *Code civil* et ne pouvait être jugée responsable de la dette de son mandant. Il fit remarquer également qu'en indiquant les noms des navires en question, Chartwell avait donné à Q.N.S. la possibilité de découvrir le nom des propriétaires ou des affréteurs en consultant les registres des navires. Q.N.S. était donc en mesure de découvrir le nom du mandant. Le juge Desaulniers passa en revue des décisions américaines, britanniques et québécoises qui établissent toutes que, pour éviter que sa responsabilité contractuelle ne soit engagée, le mandataire doit indiquer qu'il agit à titre de mandataire, mais n'est pas tenu de révéler

name of the ship is adequate disclosure of the identity of the mandator.

### B. *Quebec Court of Appeal*

Desaulniers J.'s decision was reversed on appeal, [1985] C.A. 413. In a long and learned judgment, Nolan J.A. reviewed the authorities interpreting arts. 1715 and 1716 of the *Civil Code* and concluded that to benefit from the exclusion of liability under art. 1715, it was not enough for a mandatory to disclose that it was acting as mandatory. The mandatory was also required to disclose adequately the identity of its mandator. Nolan J.A. disagreed with Desaulniers J.'s conclusion that by disclosing the names of the ships, Chartwell had adequately disclosed the name of the mandator, noting that unlike the owner of a ship, the charterer is not of public record. He concluded that Chartwell had failed to disclose adequately to Q.N.S. the name or identity of its mandator and was therefore liable to Q.N.S. under art. 1716 of the *Civil Code*.

Bisson J.A. (as he then was) joined in the reasons of Nolan J.A. but did not express an opinion as to whether the mandatory is obliged to name the mandator in order to avoid personal liability. He simply agreed with Nolan J.A.'s conclusion that Chartwell had not adequately disclosed the identity of its mandator.

In a dissent as long and learned as the judgment of Nolan J.A., Owen J.A. concluded that in order to escape personal liability, a mandatory is only obliged to reveal that it is acting in its quality as mandatory and not in its personal quality. He also held that even if a mandatory were obliged to adequately identify its mandator so as to avoid personal liability, Chartwell had done so. In reviewing the cases, Owen J.A. noted that those in which dicta could be found to the effect that a mandatory was obliged to disclose adequately the identity of its mandator all concerned one of two

l'identité de son mandant. Il cita des précédents américains à l'appui de la proposition selon laquelle l'indication du nom du navire constitue une divulgation suffisante de l'identité du mandant.

### B. *Cour d'appel du Québec*

La décision du juge Desaulniers fut infirmée en appel, [1985] C.A. 413. Dans un long jugement bien étayé, le juge Nolan examine la jurisprudence interprétant les art. 1715 et 1716 du *Code civil* et arrive à la conclusion que, pour bénéficier de la non-responsabilité prévue à l'art. 1715, il ne suffisait pas qu'un mandataire précise qu'il agit en cette qualité. Il fallait en outre qu'il divulgue suffisamment l'identité de son mandant. Le juge Nolan ne souscrit pas à la conclusion du juge Desaulniers que l'indication par Chartwell des noms des navires constituait une divulgation suffisante du nom de son mandant, soulignant que l'affréteur, à la différence du propriétaire d'un navire, n'est pas mentionné dans les registres publics. Le juge Nolan conclut donc que Chartwell n'avait pas suffisamment divulgué à Q.N.S. le nom ou l'identité de son mandant et qu'elle était en conséquence responsable envers Q.N.S., conformément à l'art. 1716 du *Code civil*.

Le juge Bisson (maintenant Juge en chef du Québec) souscrit aux motifs du juge Nolan, mais n'exprime pas d'avis sur la question de savoir si un mandataire doit nommer son mandant s'il veut éviter d'être tenu personnellement responsable. Il est simplement d'accord avec le juge Nolan pour dire que Chartwell n'a pas suffisamment divulgué l'identité de son mandant.

Dans des motifs aussi longs et fouillés que ceux du juge Nolan, le juge Owen, dissident, conclut que, pour éviter d'être tenu personnellement responsable, un mandataire n'a qu'à révéler qu'il agit en sa qualité de mandataire et non pas en sa qualité personnelle. Le juge Owen ajoute que, même à supposer qu'un mandataire soit obligé de faire une divulgation suffisante de l'identité de son mandant s'il veut éviter que soit engagée sa responsabilité personnelle, Chartwell l'avait fait. Dans son étude de la jurisprudence, le juge Owen signale que toutes les décisions portant qu'il

situations: (a) the purported mandatary acted in its own name rather than in the name of the mandator; or (b) the purported disclosure of the mandator's identity was misleading. He thus focussed on a textual interpretation of arts. 1715 and 1716, concluding (at p. 438):

Article 1715 C.C. does not lay down any specific technical formal provisions as to whether the mandatary must declare or reveal, in addition to the fact of his mandate, other facts, such as the name or identity of his mandator, in order that he may enjoy the protection of the article and not be personally liable to the third person with whom he contracts.

The Court of Appeal did not consider whether the matter at issue fell within the purview of Canadian maritime law and whether, as a consequence, the Superior Court should have rendered its decision pursuant to the same body of law applied by the Federal Court.

### III—The Issues

Before this Court, both parties made submissions respecting the applicability of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752 (the "*Buenos Aires Maru*"), a judgment rendered after the decision of the Court of Appeal in the instant case. The issues therefore become as follows:

(1) Whether the *Buenos Aires Maru* should be considered at all given that the courts below did not discuss it.

(2) If the *Buenos Aires Maru* is to be considered, whether the same body of "Canadian maritime law" there discussed is administered both by the Federal Court and by the provincial superior courts.

(3) If the provincial superior courts apply the same body of "Canadian maritime law" as the Federal Court, whether under Canadian maritime law an agent or mandatary is required to name its principal or mandator in order to escape personal liability.

Because there is no statutory or case law source proper to Canadian maritime law in respect of the

incombe au mandataire de divulguer suffisamment l'identité de son mandant, visaient l'une ou l'autre de deux situations: a) celle où le soi-disant mandataire agit en son propre nom plutôt qu'au nom du mandant, ou b) celle où la prétendue divulgation de l'identité du mandant est trompeuse. S'en tenant donc à une interprétation textuelle des art. 1715 et 1716, il conclut (à la p. 438):

[TRADUCTION] L'article 1715 C.c. ne contient aucune disposition portant expressément que le mandataire doit déclarer ou révéler, outre l'existence de son mandat, d'autres faits, tels que le nom ou l'identité de son mandant, afin de bénéficier de la protection de cet article et de ne pas être personnellement responsable envers la tierce personne avec qui il contracte.

La Cour d'appel ne s'est pas posé la question de savoir si le litige relevait du droit maritime canadien et si, en conséquence, la Cour supérieure devait rendre sa décision en appliquant le même ensemble de règles de droit que celles appliquées par la Cour fédérale.

### III—Les questions en litige

Devant notre Cour, les deux parties ont soumis des arguments sur l'applicabilité de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 (le "*Buenos Aires Maru*"), rendu après l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire. Les questions en litige sont donc devenues les suivantes:

(1) L'arrêt *Buenos Aires Maru* doit-il être pris en considération étant donné que les tribunaux d'instance inférieure n'en ont pas traité?

(2) Dans l'hypothèse où l'arrêt *Buenos Aires Maru* devrait être pris en considération, le «droit maritime canadien» dont il y est question est-il applicable à la fois par la Cour fédérale et par les cours supérieures provinciales?

(3) Dans l'hypothèse où les cours supérieures provinciales appliqueraient le même ensemble de règles de «droit maritime canadien» que la Cour fédérale, en droit maritime canadien le mandataire doit-il nommer son mandant pour éviter que ne soit engagée sa responsabilité personnelle?

Comme il n'existe pas de texte législatif ni de jurisprudence propres au droit maritime canadien

agency problem raised here, the last issue leads to the question whether English common law is the unique source supplementing Canadian maritime law in such cases, or whether both civil law and common law sources can be used to arrive at the single rule under Canadian maritime law.

#### IV—Arguments

Chartwell submitted that the matter in issue, a contract for stevedoring services, fell within the purview of s. 22(2)(m) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and that following this Court's decision in *Buenos Aires Maru*, the principles of English common law should apply. At common law, on Chartwell's submission, an agent is relieved from liability for the defaults of its principal if it disclosed that it was acting as agent. It need not name or otherwise identify its principal. In the alternative, Chartwell continued to submit that art. 1715 did not require it to name or otherwise identify Trafficaid as its mandator so as to avoid personal liability under the contract with Q.N.S. Chartwell no longer contended, however, that by identifying the two relevant vessels, it had adequately identified its mandator.

Q.N.S. submitted that despite the decision in *Buenos Aires Maru*, the proper law to apply to the circumstances of the case was the civil law of Quebec. Q.N.S. noted that because *Buenos Aires Maru* was rendered after leave in this case had already been granted, the courts below had not discussed the applicability of common law principles. Relying on dicta of Lamer J. in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1060, and Wilson J. in *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at pp. 1159-60, Q.N.S. submitted that the Court should wait for a future case to decide whether *Buenos Aires Maru* applies not only to the Federal Court but also to Quebec courts. In the event this Court deemed it appropriate to resolve that matter, Q.N.S. submitted that *Buenos Aires Maru* did not oust the jurisdiction of Quebec courts to apply the

concernant le problème du mandat qui se pose en l'espèce, la dernière question en litige nous amène à nous demander s'il n'y a que la *common law* anglaise qui vient compléter le droit maritime canadien dans de tels cas, ou si l'on peut avoir recours aussi bien au droit civil qu'à la *common law* pour arriver à la règle applicable en droit maritime canadien.

#### b IV—Les arguments

Chartwell a soutenu que l'objet du litige, soit un contrat pour des services d'acconage, est visé par l'al. 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, et que, suivant l'arrêt *Buenos Aires Maru*, les principes de la *common law* anglaise doivent s'appliquer. En *common law*, prétend Chartwell, un mandataire est dégagé de toute responsabilité pour les fautes de son mandant, pourvu qu'il ait indiqué qu'il agissait en qualité de mandataire. Il n'est pas tenu de nommer son mandant ni de l'identifier de quelque autre manière. Subsidiairement, Chartwell a continué à prétendre que l'art. 1715 n'exigeait pas qu'elle nomme ou qu'elle identifie de quelque autre manière Trafficaid comme son mandant, afin d'échapper à toute responsabilité personnelle résultant du contrat conclu avec Q.N.S. Chartwell a toutefois abandonné l'argument selon lequel, en nommant les deux navires en question, elle avait suffisamment identifié son mandant.

Q.N.S. a soutenu que, nonobstant l'arrêt *Buenos Aires Maru*, c'est le droit civil québécois qu'il convient d'appliquer en l'espèce. D'après Q.N.S., parce que l'arrêt *Buenos Aires Maru* a été rendu après que l'autorisation de pourvoi eut été accordée en l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure n'avaient pas étudié l'applicabilité des principes de *common law*. S'appuyant sur des *obiter dicta* exprimés par le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1060, et par le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, aux pp. 1159 et 1160, Q.N.S. a fait valoir que la Cour devrait attendre un litige futur pour décider si l'arrêt *Buenos Aires Maru* s'applique non seulement à la Cour fédérale mais aussi aux tribunaux du Québec. Envisageant toutefois l'hypothèse où la Cour jugerait à propos

*Civil Code* in this case, arguing that the broad definition of “Canadian maritime law” identified in *Buenos Aires Maru* applied only to the Federal Court. Q.N.S. continued to submit that where a mandatarly has revealed that it is acting as mandatarly but does not sufficiently identify or name its mandator, it is personally liable to third parties pursuant to art. 1716. In the alternative, Q.N.S. submitted that the same rule applied at common law.

#### V—Analysis

##### A. *The Applicability of Buenos Aires Maru in this Case*

As a general matter, this Court is reluctant to entertain arguments that were not made in the lower courts: see *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 819; *R. v. Smith*, *supra*, at p. 1060; and *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, *supra*, at pp. 1159-60. Where a court of appeal—and preferably a number of courts of appeal—has addressed an issue, this Court can better assess the range of possible solutions in order to settle the law effectively. Without the benefit of prior judicial appreciation, often as illuminated by accompanying academic commentary, this Court risks, to borrow Baron Parke’s famous phrase (*Joel v. Morison* (1834), 6 Car. & P. 501, 172 E.R. 1338, at p. 1339), “going on a frolic of his own.”

In this case, however, unlike in the three just cited, the new issue not argued before the lower courts was the applicability of a decision rendered by this Court. Where the Court has elucidated a legal framework which can be applied to the case on appeal, the Court will not ignore that framework simply because it was not discussed in the lower courts. The reasons of McIntyre J. in

de trancher cette question, Q.N.S. a soutenu que l’arrêt *Buenos Aires Maru* n’empêchait pas les tribunaux québécois d’appliquer le *Code civil* en l’espèce; elle a fait valoir à ce propos que la définition générale donnée à l’expression «droit maritime canadien» dans l’arrêt *Buenos Aires Maru* ne s’appliquait qu’à la Cour fédérale. Q.N.S. a continué à soutenir que, dans un cas où un mandataire indique qu’il agit en cette qualité sans toutefois divulguer suffisamment l’identité ou le nom de son mandant, il est personnellement responsable envers les tiers conformément à l’art. 1716. Q.N.S. a fait valoir subsidiairement que la même règle s’applique en *common law*.

#### V—Analyse

##### A. *L’applicabilité de l’arrêt Buenos Aires Maru à la présente affaire*

En règle générale, notre Cour est peu disposée à discuter d’arguments qui n’ont pas été avancés devant les tribunaux d’instance inférieure: voir *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 819, *R. c. Smith*, précité, à la p. 1060, et *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, précité, aux pp. 1159 et 1160. Lorsqu’une cour d’appel—et, préférablement, un certain nombre de cours d’appel—a statué sur une question, notre Cour est mieux en mesure d’apprécier la gamme de solutions possibles afin d’arrêter la règle de droit applicable. Sans le bénéfice d’opinions judiciaires accompagnées, comme c’est souvent le cas, de commentaires du monde académique, notre Cour risque, pour reprendre l’expression célèbre du baron Parke (*Joel v. Morison* (1834), 6 Car. & P. 501, 172 E.R. 1338, à la p. 1339), de [TRADUCTION] «se voir entraînée dans une gambade de son propre chef».

En l’espèce, toutefois, à la différence des trois arrêts que je viens de mentionner, le point en litige non débattu devant les tribunaux d’instance inférieure est celui de l’applicabilité d’un arrêt de notre Cour. Dans les cas où elle élabore un cadre juridique susceptible de s’appliquer à la cause portée en appel, la Cour ne refusera pas d’en tenir compte simplement parce qu’il n’en a pas été

*Buenos Aires Maru* have a direct bearing on the instant case and must therefore be considered.

**B. Canadian Maritime Law and Provincial Superior Courts**

Section 22(1) of the *Federal Court Act* creates the following concurrent jurisdiction in the Federal Court Trial Division and provincial superior courts:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

Section 2 of the Act defines "Canadian maritime law" as follows:

"Canadian maritime law" means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* . . . or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

McIntyre J., who delivered the majority judgment of the Court in *Buenos Aires Maru*, reviewed these provisions of the *Federal Court Act* as well as the case law applying those provisions, and concluded (at p. 769):

Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*, can be separated into two categories. It is the law that:

- (1) was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or
- (2) would have been so administered if that court had had on its Admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters.

To elucidate the first category, McIntyre J. analysed the provisions of the *Admiralty Act* as they evolved from 1890 to 1934 and concluded (at p. 771):

question devant les tribunaux d'instance inférieure. Les motifs du juge McIntyre dans l'affaire *Buenos Aires Maru* portent directement sur le présent litige et doivent donc être examinés.

**B. Le droit maritime canadien et les cours supérieures provinciales**

Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* investit la Section de première instance de la Cour fédérale et les cours supérieures provinciales d'une compétence concurrente:

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

L'article 2 de la Loi définit ainsi l'expression «droit maritime canadien»:

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté* . . . ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

Le juge McIntyre, qui a rédigé les motifs pour la majorité de la Cour dans l'affaire *Buenos Aires Maru*, a examiné ces dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* ainsi que la jurisprudence qui s'y applique, pour conclure (à la p. 769):

Le droit maritime canadien, tel qu'il est défini à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, peut être divisé en deux catégories. Il s'agit du droit:

- (1) dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi, ou
- (2) qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

Pour élucider la première catégorie, le juge McIntyre a analysé l'évolution qu'ont connue les dispositions de la *Loi sur l'Amirauté* de 1890 à 1934 pour en arriver à la conclusion suivante (à la p. 771):

I would be of the opinion then that the term 'Canadian maritime law' includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by the federal Parliament and as it has developed through judicial precedent to date.

As concerns the second category, McIntyre J. noted the following (at p. 774):

In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*.

In the present case, unlike in *Buenos Aires Maru*, there is a specific provision in the *Federal Court Act* identifying the matter in issue, a claim for stevedoring services, as part of Canadian maritime law:

22. ...

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

It is useful to note that s. 22(2)(m), which was enacted in 1970, represents an enlargement of jurisdiction over Canadian maritime law: see *Westcan Stevedoring Ltd. v. The ship Armar*, [1973] F.C. 1232. The *Admiralty Act*, R.S.C. 1952, c. 1 (which was repealed by s. 64(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10), granted the Exchequer Court jurisdiction to hear and determine "any claim for necessities

Je serais donc d'avis que l'expression «droit maritime canadien» comprend tout cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été, à l'occasion, modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires.

En ce qui concerne la seconde catégorie, le juge McIntyre affirme (à la p. 774):

À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Contrairement à l'affaire *Buenos Aires Maru*, il y a ici une disposition spécifique de la *Loi sur la Cour fédérale* qui identifie l'objet du litige, soit une demande de services d'acconage, comme faisant partie du droit maritime canadien:

22. ...

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l'acconage et le gabarage;

Il est utile de signaler que l'al. 22(2)m), adopté en 1970, représente un élargissement de la compétence en matière de droit maritime canadien: voir *Westcan Stevedoring Ltd. c. Le navire Armar*, [1973] C.F. 1232. La *Loi sur l'Amirauté*, S.R.C. 1952, chap. 1 (que le par. 64(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, est venu abroger), conférait à la Cour de l'Échiquier compétence pour entendre et décider «les



supplied to a ship": s. 18(3)(b). The term "necessaries" encompassed repairs done or items purchased for a ship that a prudent owner would have ordered: see *Argosy Marine Co. v. SS "Jeannot D"*, [1970] Ex. C.R. 351. It certainly did not include the stevedoring services of loading and unloading of cargo from a vessel. Thus, prior to 1970, a claim covering stevedoring services such as those in issue here would have been brought before the provincial superior courts: see, for example, *Robin Line Steamship Co. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1928] S.C.R. 423, a case which began in the Supreme Court of British Columbia and in which ordinary common law rules were applied.

In England, a claim of this kind is not subject to admiralty jurisdiction. Section 1(1)(m) of the *Administration of Justice Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 46, extends admiralty jurisdiction to "any claim in respect of goods or materials supplied to a ship for her operation or maintenance". There is no reference to claims for stevedoring services as in s. 22(2)(m) of the *Federal Court Act*. In England, such claims come within general common law jurisdiction.

Not only is admiralty jurisdiction broader in Canada than in England, but the federal organization of courts in Canada means that the interrelation between admiralty law and the general private law works differently in this country. In 1875, pursuant to the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, the English Admiralty Court became a division of the High Court. The *Administration of Justice Act, 1928* (U.K.), 18 & 19 Geo. 5, c. 26, made clear that admiralty jurisdiction and general private law jurisdiction was shared by all divisions of the High Court. This finally put to an end the centuries of jurisdictional conflict between the common law and admiralty courts. Thus, in England, a unified private law and admiralty law are applied side by

réclamations relatives aux approvisionnements nécessaires d'un navire»: al. 18(3)b). L'expression «approvisionnements nécessaires» comprenait toutes réparations et tous achats qu'aurait fait faire le propriétaire prudent d'un navire: voir *Argosy Marine Co. v. Le V/M «Jeannot D»*, [1970] R.C. de l'É. 351. Elle n'englobait certainement pas les services d'aconage consistant à charger et à décharger la cargaison d'un navire. Donc, avant 1970, ce sont les cours supérieures provinciales qui auraient été saisies d'une demande relative à des services d'aconage comme ceux présentement en cause: voir, par exemple, l'affaire *Robin Line Steamship Co. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1928] R.C.S. 423, introduite devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et dans laquelle ont été appliquées les règles ordinaires de la *common law*.

En Angleterre, une réclamation de ce genre ne relève pas de la juridiction d'amirauté. En effet, suivant l'al. 1(1)m) de l'*Administration of Justice Act, 1956* (R.-U.), 4 & 5 Eliz. 2, chap. 46, est assujettie à cette compétence [TRADUCTION] «toute réclamation relative aux marchandises ou aux matériels fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien». À la différence de l'al. 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, aucune mention n'y est faite de demandes relatives aux services d'aconage. De telles demandes relèvent en Angleterre de la compétence générale de la *common law*.

Non seulement la compétence en matière d'amirauté est-elle plus large au Canada qu'en Angleterre, mais l'organisation fédérale des tribunaux au Canada a pour conséquence que les rapports entre le droit d'amirauté et le droit privé général sont différents chez nous. En 1875, conformément à la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., chap. 66, la Cour d'amirauté d'Angleterre est devenue une division de la Haute Cour. L'*Administration of Justice Act, 1928* (R.-U.), 18 & 19 Geo. 5, chap. 26, a établi clairement que la compétence en matière d'amirauté et celle relative au droit privé général étaient partagées par toutes les divisions de la Haute Cour. Cela a donc mis fin à un conflit de compétence qui durait depuis des siècles entre les tribu-

side in the same courts: see *Tojo Maru (Owners) v. N.V. Bureau Wijsmuller (The Tojo Maru)*, [1972] A.C. 242 (H.L.) For example, the English case principally relied upon by Chartwell, *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The "Santa Carina")*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478 (C.A.), though it involves facts similar to those in the instant case, is a case which originated before the Queen's Bench Division exercising its general common law jurisdiction and is not a case which was brought before the Admiralty Court or in which admiralty jurisdiction was invoked. English admiralty law jurisdiction remains relatively narrow, extending mainly to claims arising in relation to vessels. In matters Canadian law would recognize as falling within maritime law, such as the stevedoring contracts at issue in the instant case, English admiralty law is supplemented by the common law. I would note that in Scotland, it is Scots law, with its civilian origins, not common law, which would apply to claims involving shipping that do not fall within admiralty jurisdiction: see, for example, *Trans Barwil Agencies (UK) Ltd. v. John S. Braid & Co.*, [1989] S.L.T. 73 (O.H.), and *Micosta S.A. v. Shetland Islands Council*, [1986] S.L.T. 193 (O.H.); see also the comparisons of Scots law and common law in *Bridges & Salmon, Ltd. v. The "Swan"*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5, at p. 13, and in *The "Santa Carina"*, *supra*, at p. 483.

By contrast with England, although Canadian maritime law is uniform, private law is not. If Canadian admiralty law jurisdiction had remained as narrow as admiralty law jurisdiction in England, the federal system of private law would dictate that the stevedoring contract here in issue would be governed by the civil law of Quebec, whereas parallel contracts in other provinces would be governed by the common law. However, the federal government has seen fit to expand admiralty jurisdiction pursuant to its power under

naux de *common law* et les tribunaux d'amirauté. Ainsi, en Angleterre, le droit privé et le droit d'amirauté, maintenant unifiés, sont appliqués parallèlement par les mêmes tribunaux: voir *Tojo Maru (Owners) v. N.V. Bureau Wijsmuller (The Tojo Maru)*, [1972] A.C. 242 (H.L.) Prenons, par exemple, l'affaire anglaise *N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The «Santa Carina»)*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 478 (C.A.), sur laquelle Chartwell s'appuie principalement en l'espèce. Quoique ses faits ressemblent à ceux de la présente cause, il s'agit d'une affaire introduite devant la Division du Banc de la Reine dans l'exercice de sa compétence générale de *common law* et non pas d'une affaire portée devant la Cour d'amirauté ou dans laquelle on a invoqué la compétence en matière d'amirauté. En Angleterre, la compétence en matière d'amirauté demeure relativement étroite, se limitant surtout aux demandes relatives à des navires. Dans des domaines, comme celui des contrats d'aconage ici en cause, qui seraient considérés en droit canadien comme relevant du droit maritime, le droit d'amirauté anglais est complété par la *common law*. Je fais remarquer qu'en Écosse c'est le droit écossais, avec ses origines civilistes, et non pas la *common law*, qui s'appliquerait aux réclamations relatives au transport maritime qui échappent à la compétence en matière d'amirauté: voir, par exemple, *Trans Barwil Agencies (UK) Ltd. v. John S. Braid & Co.*, [1989] S.L.T. 73 (O.H.), et *Micosta S.A. v. Shetland Islands Council*, [1986] S.L.T. 193 (O.H.); voir en outre les comparaisons faites entre le droit écossais et la *common law* dans l'affaire *Bridges & Salmon, Ltd. v. The «Swan»*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 5, à la p. 13, et dans l'affaire *The «Santa Carina»*, précitée, à la p. 483.

À la différence de la situation qui prévaut en Angleterre, au Canada, quoique le droit maritime soit uniforme, le droit privé ne l'est pas. Si la compétence en matière d'amirauté au Canada était restée aussi étroite que la compétence en matière d'amirauté en Angleterre, le régime fédéral de droit privé aurait commandé que le contrat d'aconage présentement en cause soit régi par le droit civil du Québec, tandis que des contrats analogues passés dans d'autres provinces seraient régis par la *common law*. Le gouvernement fédéral

s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. By enlarging admiralty jurisdiction, it has enlarged, relative to England, the sphere within which maritime law principles, rather than provincial private law principles, apply. For this reason, the majority of the Court in *Buenos Aires Maru* proceeded from the premise (at p. 779) that "Canadian maritime law is uniform throughout Canada" and rejected the view (at p. 782) that "[s]ince the common law . . . may be incidentally applied in Admiralty cases, so also may the *Civil Code* be incidentally applied in cases arising in the Province of Quebec."

The *Federal Court Act* not only establishes the jurisdiction of the Federal Court in admiralty matters but also defines the content of Canadian maritime law. In *Buenos Aires Maru*, McIntyre J. concluded that the definition of "Canadian maritime law" in s. 2 of the Act went beyond granting jurisdiction and created "operative law" (p. 772). This definition creates operative law governing the exercise of admiralty jurisdiction both in the Federal Court and in provincial superior courts and other courts: see *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206. It therefore ousts the application of provincial private law by provincial superior courts exercising their concurrent jurisdiction over Canadian maritime law. The effect of the *Federal Court Act* as concerns maritime law is analogous to its effect as concerns industrial property, over which provincial superior courts also exercise concurrent jurisdiction: see s. 20 of the *Federal Court Act*.

Therefore, in exercising its concurrent jurisdiction over Canadian maritime law, it was not open to the court below simply to apply the *Civil Code* of Quebec. Canadian maritime law, not provincial private law, governs this case. Consequently, the

a toutefois jugé bon d'étendre la compétence en matière d'amirauté en vertu du pouvoir que lui confère le par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En élargissant la compétence en matière d'amirauté, il a élargi, par rapport à l'Angleterre, le champ d'application des principes de droit maritime plutôt que celui des principes du droit privé provincial. Pour cette raison, notre Cour à la majorité, dans l'affaire *Buenos Aires Maru*, est partie de la prémisse (à la p. 779) que «le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada» et a rejeté le point de vue (à la p. 782) suivant lequel, «[c]omme les principes de *common law* [. . .] peuvent être appliqués accessoirement dans les affaires d'amirauté, de même le *Code civil* peut être appliqué accessoirement dans les litiges qui ont pris naissance dans la province de Québec».

d La *Loi sur la Cour fédérale* fixe non seulement la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté, mais encore elle définit le contenu du droit maritime canadien. Dans l'arrêt *Buenos Aires Maru*, le juge McIntyre a conclu que la définition du «droit maritime canadien» à l'art. 2 de la Loi n'est pas qu'attributive de compétence, mais elle crée une «règle de droit applicable» (p. 772). Il s'agit d'une définition qui crée une règle de droit applicable régissant l'exercice de la compétence en matière d'amirauté par la Cour fédérale ainsi que par les cours supérieures provinciales et les autres tribunaux: voir *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206. Elle vient donc empêcher les cours supérieures provinciales d'appliquer le droit privé provincial dans l'exercice de leur compétence concurrente en matière de droit maritime canadien. En ce qui concerne le droit maritime, l'effet de la *Loi sur la Cour fédérale* est semblable à son effet en matière de propriété industrielle, à l'égard de laquelle les cours supérieures provinciales exercent également une compétence concurrente: voir l'art. 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il s'ensuit donc qu'en exerçant en l'espèce sa compétence concurrente en matière de droit maritime canadien, le tribunal d'instance inférieure ne pouvait se contenter d'appliquer le *Code civil* du Québec. C'est le droit maritime canadien et non le

question becomes, what is the applicable Canadian maritime law rule?

*C. The Sources of Canadian Maritime Law in the Absence of a Specific Rule*

Neither party raised any specific maritime law rule having its origin in statute or admiralty case law applicable to the instant case. Instead, Chartwell submitted that English common law should be looked to as a supplementary source of Canadian maritime law. Chartwell drew particularly on the following passage from McIntyre J.'s reasons in *Buenos Aires Maru* (at p. 779):

It is my view, as set out above, that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment. I am also of the opinion that Canadian maritime law is uniform throughout Canada, a view also expressed by Le Dain J. in the Court of Appeal who applied the common law principles of bailment to resolve Miida's claim against ITO. Canadian maritime law is that body of law defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. That law was the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law and it is not the law of any province of Canada.

If this passage suggests that common law principles are the unique source of Canadian maritime law in cases, such as this one, where no specific admiralty rule exists, the passage requires clarification. Canadian maritime law encompasses principles of tort, contract and bailment, but it also encompasses civil law principles which were always a part of maritime law as applied by the English High Court of Admiralty. The reasons of Le Dain J. then of the Federal Court of Appeal (*Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 F.C. 406), which were approved by McIntyre J., are helpful in this regard (at pp. 416-17):

If the liability of the terminal operator to the cargo owner should be regarded as a maritime matter within the definition of "Canadian maritime law" in section 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c.

droit privé provincial qui régit la présente instance. Cela étant, il faut se demander quelle est la règle applicable en droit maritime canadien.

*C. Les sources du droit maritime canadien en l'absence d'une règle spécifique*

Ni l'une ni l'autre partie n'a invoqué de règle précise de droit maritime découlant d'un texte législatif ou de la jurisprudence en matière d'amirauté qui soit applicable en l'espèce. Au contraire, Chartwell a soutenu qu'il fallait avoir recours à la *common law* d'Angleterre comme source supplétive de droit maritime canadien. Chartwell s'est appuyée particulièrement sur l'extrait suivant des motifs du juge McIntyre dans l'affaire *Buenos Aires Maru* (à la p. 779):

Je suis d'avis, comme je viens de l'expliquer, que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, un point de vue partagé par le juge Le Dain de la Cour d'appel qui a appliqué les principes de *common law* en matière de dépôt pour résoudre la demande de Miida contre ITO. Le droit maritime canadien est l'ensemble de règles de droit que définit l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c'est le droit maritime d'Angleterre qui a été incorporé au droit canadien; ce n'est pas le droit d'une province canadienne.

Si ce passage laisse entendre que les principes de *common law* constituent l'unique source de droit maritime canadien dans des affaires comme la présente où il n'existe aucune règle précise en matière d'amirauté, il mérite clarification. Le droit maritime canadien englobe des principes de responsabilité délictuelle, des contrats et du dépôt, mais il comprend aussi les principes de droit civil qui ont toujours fait partie du droit maritime appliqué par la Haute Cour d'amirauté d'Angleterre. Les motifs du juge Le Dain, alors de la Cour d'appel fédérale (*Miida Electronics, Inc. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 C.F. 406), qui ont été approuvés par le juge McIntyre, nous éclairent sur ce point (à la p. 417):

Si la responsabilité du transitaire vis-à-vis du propriétaire de la cargaison devait être regardée comme une question maritime, au sens de la définition que donne l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970

10, because of the close practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage, the law which governs it should be uniform throughout Canada. Cf. *National Gypsum Company Inc. v. Northern Sales Limited* [1964] S.C.R. 144 at pages 153 and 163; *Associated Metals & Minerals Corporation v. The "Evie W"* [1978] 2 F.C. 710 at page 717. I am reinforced in this view by the fact that the common law of bailment provides a more coherent and certain basis for the duties and liability of the terminal operator than does the civil law of delictual responsibility. Such a result is in the interests of maritime commerce and it is certainly not against the general spirit of the Quebec civil law as indicated by article 2388 of the *Civil Code*, which appears to have been treated as of general import in the judgment of Girouard J. in *Inverness Railway and Coal Company v. Jones* (1908) 40 S.C.R. 45 at p. 55.

Neither Le Dain J. nor McIntyre J. concluded that Canadian maritime law, as uniformly applied, is composed uniquely of common law principles. They simply concluded that the common law principles of bailment, which themselves developed from civil law principles (see *Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909, 92 E.R. 107, *per* Holt C.J.), provided the most useful framework for reaching a uniform Canadian result as concerns the matter in issue in that case, *viz.* the interpretation of Himalaya clauses. Common law principles are part of Canadian maritime law because in 1934, which is the date of reception of Canadian maritime law, the Admiralty Division of the High Court of Justice would sometimes look to common law principles in helping to resolve maritime matters: see *Buenos Aires Maru*, *supra*, at p. 776. However, Le Dain J.'s reasons, in particular, make it clear that a comparative analysis of civil law principles is far from foreign to a determination of what constitutes the Canadian maritime law on any given issue.

To repeat, "Canadian maritime law" includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time have been amended by the federal Parliament and as it

(2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, du «droit maritime canadien», en raison du rapport étroit existant en pratique entre le transit et l'exécution du contrat de transport, le droit applicable devrait être uniforme partout au Canada. Voir *National Gypsum Company Inc. c. Northern Sales Limited* [1964] R.C.S. 144, aux pages 153 et 163; *Associated Metals & Minerals Corporation c. L'«Evie W»* [1978] 2 C.F. 710, à la page 717. Mon opinion se trouve confirmée par le fait que les règles de la *common law* en matière de dépôt constituent, pour déterminer les obligations et la responsabilité du transitaire, un fondement plus cohérent et plus solide que les principes de la responsabilité délictuelle du droit civil. Cela est dans l'intérêt du commerce maritime et ne va certainement pas à l'encontre de l'esprit du droit civil québécois, comme le montre l'article 2388 du *Code civil*, qui semble avoir été considéré comme ayant une portée générale dans l'arrêt rendu par le juge Girouard dans l'affaire *Inverness Railway and Coal Company c. Jones* (1908) 40 R.C.S. 45, à la page 55.

Ni le juge Le Dain ni le juge McIntyre n'ont conclu que le droit maritime canadien, qui est appliqué uniformément, se compose uniquement de principes de *common law*. Ils ont simplement décidé que c'étaient les principes de *common law* en matière de dépôt, eux-mêmes découlant des principes du droit civil (voir *Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909, 92 E.R. 107, le juge en chef Holt), qui fournissaient le cadre le plus propice pour atteindre un résultat canadien uniforme relativement à la question en litige dans cette affaire, à savoir l'interprétation de clauses Himalaya. Les principes de *common law* font partie du droit maritime canadien parce qu'en 1934, année de l'adoption du droit maritime canadien, la Division d'amirauté de la Haute Cour de justice s'inspirait parfois des principes de *common law* pour résoudre des questions de droit maritime: voir *Buenos Aires Maru*, précité, à la p. 776. Toutefois, il ressort nettement des motifs du juge Le Dain en particulier qu'une analyse comparative des principes de droit civil est loin d'être étrangère à la détermination de ce qui constitue le droit maritime canadien sur une question donnée.

Le «droit maritime canadien», répétons-le, englobe l'ensemble des règles de droit dont l'application en Angleterre en 1934 relevait de la Division d'amirauté de la Haute Cour, telles que ces règles peuvent avoir été modifiées à l'occasion par

has developed through judicial precedent to date. It is important to emphasize the special character of the law that was administered by the High Court on its Admiralty side and the extent to which that law was distinct from the general common law of England. Indeed, a review of doctrinal writings as well as of the records and judgments of the High Court of Admiralty confirms that civil law sources and comparative law methodology have always played a significant role in the development of maritime law, and this even when admiralty jurisdiction expanded into new domains.

#### (a) Doctrinal Writings

In addressing the role of comparative law in the development and continued functioning of Canadian maritime law, I have found a most useful point of departure in an article by Professor H. Patrick Glenn which comments on the *Buenos Aires Maru* case ((1987), 66 *Can. Bar Rev.* 360). Professor Glenn notes quite correctly that in *Buenos Aires Maru*, this Court adopted a broad concept of maritime jurisdiction with English admiralty law as its origin—a jurisdiction which was not nourished by the application of provincial law, be it common law or civil law. He goes on to make the following observation, which I quote at some length (at pp. 363-65):

There remains however, the large question of the nature of English admiralty law and the extent to which common law principles have been adopted and applied in English admiralty practice. In this regard it is difficult to escape contemporary concepts of the dominance of the common law and of the particular and fragmented character of law in fields such as admiralty. Contemporary concepts cannot, however, alter historical evidence, and the historical evidence is to the effect that the English law of admiralty existed not as a fragmentary body of law which necessarily borrowed from the common law, but as an autonomous body of law the concepts of which did much to shape the common law as we know it today. Administered by the English civilians, who in their monopoly of admiralty practice made exclusive use of maritime custom, the law merchant and the civil law (the persuasive *ius commune* of the continent), the law of admiralty thus presented the advantages of *in rem* proceedings, hypothecation of vessels

le législateur fédéral et telles qu'elles ont évolué dans la jurisprudence jusqu'à ce jour. Il importe de souligner le caractère spécial du droit appliqué par la Division d'amirauté de la Haute Cour et la mesure dans laquelle ce droit était distinct de la *common law* générale d'Angleterre. De fait, un examen de la doctrine ainsi que des registres et décisions de la Haute Cour d'amirauté confirme que le droit civil et la méthodologie du droit comparé ont toujours joué un rôle important dans le développement du droit maritime, et ce, même lorsque la juridiction d'amirauté s'est étendue à de nouveaux domaines.

#### a) La doctrine

En abordant le rôle du droit comparé dans le développement et l'application du droit maritime canadien, j'ai trouvé un point de départ fort utile dans un article du professeur H. Patrick Glenn commentant l'arrêt *Buenos Aires Maru* ((1987), 66 *R. du B. can.* 360). Le professeur Glenn souligne, avec raison d'ailleurs, que dans l'arrêt *Buenos Aires Maru* notre Cour a adopté une définition générale de la compétence en matière maritime, selon laquelle cette compétence tire son origine du droit anglais en matière d'amirauté—une compétence qui ne s'est pas alimentée de l'application du droit provincial, qu'il s'agisse de la *common law* ou du droit civil. Le professeur Glenn fait ensuite l'observation suivante dont voici un long extrait (aux pp. 363 à 365):

[TRADUCTION] Reste toutefois la vaste question de la nature du droit d'amirauté anglais et de la mesure dans laquelle les principes de *common law* ont été adoptés et mis en application dans la pratique anglaise en matière d'amirauté. Dans cette optique, il est difficile de se détacher des notions contemporaines de la prédominance de la *common law* et du caractère particulier et fragmentaire du droit dans des domaines comme celui de l'amirauté. Les notions contemporaines ne peuvent cependant rien changer à la preuve historique, d'où il ressort que le droit anglais en matière d'amirauté existait non pas sous la forme d'un ensemble fragmentaire de règles de droit qui faisait nécessairement des emprunts à la *common law*, mais en tant qu'ensemble indépendant de règles de droit dont les concepts ont contribué grandement à la formation de la *common law* que nous connaissons aujourd'hui. Appliqué par les civilistes anglais qui, dans l'exercice de leur monopole de la pratique en matière d'amirauté, avaient exclusivement

and negotiable bills of exchange, to say nothing of broad civil law principles of contractual and delictual liability . . . . The 1873 Court of Judicature Act explicitly preserved existing rules in force in Admiralty, and the principal conclusion of the most extensive study of the matter is that “only in relatively few respects has the procedure and substance of the common law intruded into Admiralty”, and that this occurred because “the common lawyers, once the Court of Admiralty had passed into their hands, [have] shown an unexpected concern for the preservation and extension of the legal system bequeathed by the civilians”.

Incorporation by reference of English admiralty law and common law principles adopted and applied in English admiralty cases therefore accomplishes two useful purposes in Canadian maritime practice. It provides a corpus of learning readily available in common law provinces for use in the extended maritime practice now possible in the Federal Court. It also ensures the reception of those civilian principles administered by English civilians as part of the European *ius commune*, and thus ensures the continuing relevance of Quebec civil law and the Quebec Civil Code, not as provincial law, but as evidence of received civil law principle. Quebec civilians may thus continue the civilian tradition in maritime matters. This will provoke no more uncertainty than exists in English law and is a useful reminder, as Gilmore and Black have stated in the United States, that maritime law may be regarded “as a system not depending for its validation on any inferred national legislation”. [Emphasis added and footnotes omitted.]

A study quoted by Professor Glenn in this article, F. L. Wiswall's *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800* (1970), is a detailed analysis of the central place of civil law principles in the development of the English law of admiralty: see also W. Tetley, *Maritime Liens and Claims* (1985), at pp. 1-29. These civil law principles emerged from the tradition of Roman law and were embodied in a series of doctrinal sources widely available in Europe: see C. Abbott (later

recours à la coutume maritime, au droit commercial et au droit civil (le persuasif *ius commune* du continent), le droit d'amirauté offrait donc les avantages de procédures *in rem*, d'hypothèques maritimes et de lettres de change négociables, sans parler des principes civilistes généraux de la responsabilité contractuelle et délictuelle [. . .] La Court of Judicature Act de 1873 a maintenu explicitement les règles alors en vigueur en matière d'amirauté et la conclusion principale qui se dégage de l'étude la plus exhaustive réalisée dans ce domaine est qu'il y a relativement peu d'aspects de la procédure et du fond de la *common law* qui se sont introduits dans le domaine de l'amirauté et que cela s'explique par le fait que «les juristes de *common law*, du moment que la Cour d'amirauté fut passée entre leurs mains, ont fait preuve d'un souci inattendu de préserver le système de droit que leur ont légué les civilistes et d'en favoriser l'extension».

L'incorporation par renvoi du droit d'amirauté anglais et des principes de *common law* adoptés et appliqués dans les causes anglaises relevant de l'amirauté a donc deux conséquences utiles pour la pratique canadienne en matière maritime. Elle fournit un corpus de connaissances qui, dans les provinces de *common law*, peut être facilement utilisé dans la pratique maritime élargie maintenant possible devant la Cour fédérale. Elle assure en outre l'adoption des principes civilistes qu'appliquaient les civilistes anglais comme partie intégrante du *ius commune* européen et, par le fait même, crée la certitude que le droit civil québécois et le Code civil du Québec continueront d'être pertinents, non pas en tant que système de droit provincial, mais en tant que preuve de l'incorporation de principes de droit civil. Les civilistes québécois peuvent donc maintenir la tradition civiliste en matière maritime. Cela n'occasionnera guère plus d'incertitude que celle qui existe en droit anglais et sert à nous rappeler, comme l'ont dit Gilmore et Black aux États-Unis, que le droit maritime peut être considéré «comme un système dont la validité ne tient aucunement à quelque législation nationale inférée». [Je souligne; renvois omis.]

Une étude de F. L. Wiswall citée par le professeur Glenn dans cet article et intitulée *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800* (1970) est une analyse détaillée de l'importance capitale des principes de droit civil dans le développement du droit anglais en matière d'amirauté: voir aussi W. Tetley, *Maritime Liens and Claims* (1985), aux pp. 1 à 29. Ces principes de droit civil procédaient de la tradition du droit romain et se trouvaient énoncés dans plusieurs

Lord Tenterden, Chief Justice of England), *A Treatise of the Law Relative to Merchant Ships and Seamen* (14th ed. 1901), at pp. ix-xi. Maritime law continues to blend a rich variety of sources, as Professor André Braën has emphasized in his study of “Le droit maritime du Québec à l’aube de la codification” (1985), 16 *R.G.D.* 429, at p. 430.

(b) The High Court of Admiralty

The composite character of maritime law is readily illustrated by reference to the records and dicta of the High Court of Admiralty itself. The interpretive method of the Court, far from reposing in a straightforward application of common law principles, from earliest times relied greatly on continental civilian sources. I propose to trace briefly the comparative methodology of the High Court of Admiralty up to 1934, the date at which, as McIntyre J. concluded in *Buenos Aires Maru* (at p. 771), the “body of law . . . administered in England by the High Court on its Admiralty side” was adopted as part of Canadian law.

The first records of the Court of Admiralty were collected in the *Black Book of the Admiralty*, the origins of which “probably date from the period between 1332 and 1357” (W. Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 545). Holdsworth notes (at p. 546) that “[t]he part of the Black Book dealing with the procedure and practice of the court (which dates from the fifteenth century) shows that it was being settled on the model of the civil law.” The Black Book was occasionally cited even as the modern scope of admiralty jurisdiction was being settled: see *The Sylph* (1867), L.R. 2 A. & E. 24, at p. 26; and *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42 (C.A.), at p. 51. An early explicit record of the intimate relationship between admiralty jurisdiction and the civil law is to be found in a letter of 1584 from Queen Elizabeth I to the Chief Justice of England, reproduced in Burrell 231-32, 167 E.R. 550, which required of the Chief Justice that “in all other like matters concerning the Admiral-

écrits doctrinaux largement diffusés en Europe: voir C. Abbott (plus tard lord Tenterden, Juge en chef d’Angleterre), *A Treatise of the Law Relative to Merchant Ships and Seamen* (14<sup>e</sup> éd. 1901), aux pp. ix à xi. Le droit maritime est encore constitué d’une riche variété de sources, ainsi que le souligne le professeur André Braën dans son étude intitulée «Le droit maritime du Québec à l’aube de la codification» (1985), 16 *R.G.D.* 429, à la p. 430.

b) La Haute Cour d’amirauté

On voit aisément le caractère hétérogène du droit maritime lorsqu’on se reporte aux dossiers et aux opinions de la Haute Cour d’amirauté elle-même. Depuis ses débuts, la cour a suivi une méthode d’interprétation qui, loin de reposer sur la simple application de principes de *common law*, puisait abondamment aux sources civilistes continentales. Je me propose donc d’étudier brièvement la méthode comparative de la Haute Cour d’amirauté jusqu’en 1934, année où, ainsi que l’a conclu le juge McIntyre dans l’arrêt *Buenos Aires Maru* (à la p. 771), «cet ensemble de règles de droit, appliquées [. . .] en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d’amirauté», a été intégré dans le droit canadien.

Les premières décisions de la Cour d’amirauté ont été rassemblées dans le *Black Book of the Admiralty*, dont les origines [TRADUCTION] «remontent probablement à la période comprise entre 1332 et 1357» (W. Holdsworth, *A History of English Law* (7<sup>e</sup> éd. 1956), vol. I, à la p. 545). Holdsworth souligne (à la p. 546) que [TRADUCTION] «[i]l se dégage de la partie du Black Book qui en traite que la procédure et la pratique de la cour (qui date du quinzième siècle) s’inspiraient du droit civil.» Le Black Book a parfois été cité alors même qu’on déterminait l’étendue de la compétence en matière d’amirauté à l’époque moderne: voir *The Sylph* (1867), L.R. 2 A. & E. 24, à la p. 26, et *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42 (C.A.), à la p. 51. Le lien étroit entre la compétence en matière d’amirauté et le droit civil ressort nettement d’une lettre de 1584 adressée par la reine Élisabeth 1<sup>re</sup> au Juge en chef d’Angleterre et reproduite dans Burrell 231 et 232, 167 E.R. 550. Dans cette lettre, on demandait au Juge en chef



tie, that the same being triable by mere civil law be not admitted to trial before you at the common law". Until 1892 only civilians sat as judges in Admiralty.

Indeed, as late as 1733, consistent with its civilian tradition, the proceedings and records of the Admiralty Court were in Latin: see Burrell 231, 167 E.R. 549-50). After 1733, the civilian tradition continued in the English language. A few examples taken from the end of the 18th century through to the 1930s suffice to make the point.

In *The "Renard"* (1778), Hay & M. 222, 165 E.R. 51, a case concerning the law of prize and salvage, the Court assembled statutes, civil law doctrine, common law doctrine, and the law of nations to find the admiralty law rule. This amalgam of legal principles continued to play a central role during the thirty-year period from 1798 to 1827 during which Lord Stowell was the Admiralty Judge. For example, in *The "Aquila"* (1798), 1 C. Rob. 37, 165 E.R. 87, one of his first decisions, Lord Stowell examined Selden, Loccenius, Valin, the *Consolato del Mare*, the laws of Rhodes, the Code of Antoninus, the commentaries of Vinnius upon the *Institutes*, Bodin, and "the excellent marine ordinances of Louis the XIVth" to find the English rule respecting cargo found derelict at sea.

Despite the accumulation of admiralty case law and the intervention of statutory reform, the civilian tradition (which was called "the ancient law of the Admiralty") of the Court of Admiralty, with its emphasis on comparative law (or what were called "the general principles of law"), was preserved and developed by Lord Stowell's successors as judge of the Admiralty Court, Sir Christopher Robinson (1828 to 1833), Sir John Nicholl (1833 to 1838), Dr. Stephen Lushington (1838 to 1867) and Sir Robert Phillimore (1867 to 1875; subsequently Judge of the Admiralty Division, High Court of Justice). Indeed, it was precisely because

que [TRADUCTION] «toutes les autres affaires semblables en matière d'amirauté qui sont du ressort du droit civil simplement, ne soient pas admises devant vous pour être jugées selon la *common law*». Jusqu'en 1892, seuls des civilistes siégeaient comme juges en matière d'amirauté.

De fait, conformément à sa tradition civiliste, le latin était, encore en 1733, la langue des audiences et des actes de la Cour d'amirauté: voir Burrell 231, 167 E.R. 549 et 550). Après 1733, la tradition civiliste s'est maintenue en langue anglaise. Quelques exemples tirés de la période comprise entre la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et les années trente du présent siècle suffisent pour illustrer ce point.

Dans l'affaire *The "Renard"* (1778), Hay & M. 222, 165 E.R. 51, portant sur le droit en matière de prises et de sauvetage, la cour a réuni textes législatifs, principes de droit civil, principes de *common law* et droit international afin de dégager la règle du droit d'amirauté qui s'appliquait. Cet amalgame de principes de droit a continué à jouer un rôle capital pendant la période de trente ans comprise entre 1798 et 1827, au cours de laquelle lord Stowell occupait le poste de juge d'amirauté. Par exemple, dans l'affaire *The "Aquila"* (1798), 1 C. Rob. 37, 165 E.R. 87, qui est l'une de ses premières décisions, lord Stowell a examiné Selden, Loccenius, Valin, le *Consolato del Mare*, les lois de Rhodes, le Code d'Antonin, les commentaires de Vinnius sur les *Institutes*, Bodin et les [TRADUCTION] «excellentes ordonnances maritimes de Louis XIV» afin de déterminer la règle anglaise applicable aux cargaisons trouvées abandonnées en mer.

Malgré l'accumulation de jurisprudence en matière d'amirauté et en dépit des réformes effectuées par voie législative, la tradition civiliste (dite [TRADUCTION] «le droit ancien de l'amirauté») de la Cour d'amirauté, qui mettait l'accent sur le droit comparé (ou sur ce qu'on appelait [TRADUCTION] «les principes généraux du droit»), a été maintenue et développée par ceux qui ont succédé à lord Stowell au poste de juge de la Cour d'amirauté: sir Christopher Robinson (1828 à 1833), sir John Nicholl (1833 à 1838), Stephen Lushington (1838 à 1867) et sir Robert Phillimore (1867 à 1875, par la suite juge de la Division d'amirauté de

the Court of Admiralty did not simply apply the common law that there was a history of jurisdictional dispute between it and the common law courts.

The line of cases at the origin of the jurisdiction over claims respecting "necessaries" found in s. 22(2)(m) of the *Federal Court Act*, intertwined with statutory responses to those cases, provides a good illustration of this jurisdictional battle and shows the extent to which the Court of Admiralty struggled to preserve its comparative approach. Especially noteworthy is that whenever the Court of Admiralty received an enlarged statutory grant of jurisdiction, it would apply the same comparative law methodology, including reference to civilian principles, to its new jurisdiction. This suggests that comparative law methodology should be employed with regard to the expanded jurisdiction under s. 22(2)(m).

In *The "Neptune"* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354, Sir John Nicholl dealt with the question whether "material men", who furnished ropes, sails and other necessaries for a ship, had a lien on the proceeds of a ship sold under decree of the Court of Admiralty. Traditionally, the jurisdiction of the Court did not extend to contracts "arising within the body of any country", and the Court of King's Bench had already determined that material men did not have a lien on the ship itself. But the learned Judge made reference to the civil law and the law of nations in an effort to bring at least a lien against proceeds within admiralty jurisdiction, arguing that the civil law applied unless the law of England had specifically derogated from it (Hagg., at pp. 135-36, 139 and 145-46; E.R. at pp. 356, 357 and 360).

An appeal from this decision was instituted to the Privy Council under the style of cause *Hodges v. Sims (The Neptune)* (1835), 3 Knapp. 94, 12

la Haute Cour de Justice). C'est d'ailleurs précisément parce que la Cour d'amirauté ne se bornait pas à appliquer la *common law* qu'est né le long conflit entre elle et les tribunaux de *common law* sur la question de compétence.

La série de décisions à l'origine de la juridiction en matière de réclamations relatives aux «approvisionnements nécessaires» attribuée par l'al. 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ainsi que les réactions du législateur devant ces décisions nous fournissent une bonne illustration de cette bataille livrée relativement à la question de la compétence et fait ressortir jusqu'à quel point la Cour d'amirauté a lutté pour préserver sa méthode comparative. Il convient particulièrement de noter que chaque fois qu'un texte législatif est venu élargir sa juridiction, la Cour d'amirauté a continué à utiliser la même méthode comparative, notamment en se référant aux principes civilistes. On peut inférer d'une telle approche que l'on devrait employer à l'égard de la compétence élargie conférée par l'al. 22(2)m) la méthodologie du droit comparé.

Dans l'affaire *The "Neptune"* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354, sir John Nicholl s'est penché sur la question de savoir si des [TRADUCTION] «fournisseurs de matériaux» qui fournissaient des câbles, des voiles et d'autres approvisionnements nécessaires d'un navire, avaient un privilège sur le produit de la vente d'un navire effectuée en exécution d'une ordonnance de la Cour d'amirauté. Traditionnellement, la compétence de la cour ne s'étendait pas aux contrats [TRADUCTION] «prenant naissance à l'intérieur d'un pays» et la Cour du Banc du Roi avait déjà statué que les fournisseurs de matériaux ne bénéficiaient pas d'un privilège sur le navire lui-même. Toutefois, affirmant que le droit civil s'appliquait à moins que le droit de l'Angleterre n'y ait expressément dérogé, le juge s'est référé au droit civil et au droit international dans un effort pour importer dans la juridiction d'amirauté au moins un privilège sur le produit de la vente (Hagg., aux pp. 135 et 136, 139, 145 et 146; E.R., aux pp. 356, 357 et 360).

Cette décision fut portée en appel devant le Conseil privé sous l'intitulé *Hodges v. Sims (The Neptune)* (1835), 3 Knapp. 94, 12 E.R. 584. En

E.R. 584. In reversing the decision of the Court of Admiralty, Erskine J., for a unanimous Court, recognized that “the law of the Court of Admiralty is the civil and maritime law, except in those points in which it has been expressly controlled by the municipal law of England”, and also recognized that the common law courts had no power to alter civilian doctrine (Knapp., at p. 116; E.R., at pp. 592-93). Nevertheless, Erskine J. concluded that Sir John Nicholl had misconstrued the limit upon maritime jurisdiction. It did not apply to contracts made in England. However, his decision makes clear that had the jurisdiction of the Court of Admiralty extended to contracts made on land, that Court would have applied the civil law without interference from common law courts. Wiswall, *op. cit.*, at p. 58, notes that in the thirty-year period after the decision, Parliament passed first the *Admiralty Court Act, 1840* and then the *Admiralty Court Act, 1861*, by which the Admiralty Court, now constituted as a court of record, was given expanded jurisdiction, including “[j]urisdiction . . . in partial vindication of Nicholl’s judgment in *The Neptune*, over all claims for necessities supplied by materialmen to foreign ships, unless supplied in their home ports.” Once the new Acts were in place, the Court ultimately nourished its expanded jurisdiction with renewed reference to the civil law doctrine that originally had been applied by Sir John Nicholl. As Holdsworth notes (*op. cit.*, vol. XVI, at p. 141), commenting on the career of Dr. Lushington: “He so interpreted these statutes that he brought the new law to which these new pieces of jurisdiction gave rise into harmony with the old law of his court. It was a task which required a thorough knowledge of the old principles, a capacity to adapt them to new uses”: see, for example, *The “Milford”* (1858), Swab. 362, 166 E.R. 1167; see also *The Riga* (1872), L.R. 3 A. & E. 516, a

infirmant la décision de la Cour d’amirauté, le juge Erskine, s’exprimant au nom de la cour à l’unanimité, a reconnu que [TRADUCTION] «le droit qu’applique la Cour d’amirauté est le droit civil et le droit maritime, sous réserve des restrictions y ayant été expressément apportées par le droit de l’Angleterre», et il a convenu en outre que les tribunaux de *common law* n’avaient pas compétence pour modifier les principes civilistes (Knapp., à la p. 116; E.R., aux pp. 592 et 593). Néanmoins, le juge Erskine a conclu que sir John Nicholl avait mal interprété la restriction imposée à la compétence en matière maritime. Cette restriction ne s’appliquait pas aux contrats conclus en Angleterre. Cependant, il ressort nettement de sa décision que, si la compétence de la Cour d’amirauté s’était étendue aux contrats conclus à terre, cette cour aurait appliqué le droit civil sans aucune intervention de la part des tribunaux de *common law*. Wiswall, *op. cit.*, à la p. 58, fait remarquer qu’au cours des trente ans qui ont suivi la décision en question, le Parlement a adopté d’abord l’*Admiralty Court Act, 1840*, puis l’*Admiralty Court Act, 1861*, qui conféraient à la Cour d’amirauté, maintenant constituée en cour d’archives, une compétence plus étendue, qui comprenait [TRADUCTION] «une compétence [. . .] justifiant en partie la décision rendue par Nicholl dans l’affaire *The Neptune*, à l’égard de toutes les réclamations relatives aux approvisionnements nécessaires fournis par des fournisseurs de matériaux à des navires étrangers, à moins qu’ils n’aient été fournis dans leurs ports d’attache». Une fois les nouvelles lois adoptées, la cour a fini par soutenir sa compétence élargie par le recours accru aux principes de droit civil initialement appliqués par sir John Nicholl. Comme le souligne Holdsworth (*op. cit.*, vol. XVI, à la p. 141) en commentant la carrière de Lushington: [TRADUCTION] «Par sa façon d’interpréter ces lois, il a harmonisé avec le droit ancien de sa cour le droit nouveau auquel ces nouveaux chefs de compétence ont donné naissance. C’était là une tâche qui nécessitait une connaissance approfondie des vieux principes, une capacité de les adapter à de nouveaux usages»: voir, par exemple, l’affaire *The “Milford”* (1858), Swab. 362, 166 E.R. 1167; voir aussi l’affaire *The Riga* (1872), L.R. 3 A. & E. 516, une décision de sir Robert Phillimore. b c d e f g h i j

decision of Sir Robert Phillimore. When the Court benefitted from an expanded jurisdiction, it did not simply absorb and apply common law doctrine.

Even after 1875, when the Judicature Acts had transformed the Court into the Admiralty Division of the High Court of Justice subject to a superintending power in the Court of Appeal, the role of civil law in interpreting expanded admiralty jurisdiction remained in evidence. It was Fry L.J. of the Court of Appeal, rendering judgment in *The Heinrich Bjorn* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.) (upheld, (1886), 11 App. Cas. 270 (H.L.)), who brought together the strands of civil law doctrine applicable to the claims of material men in admiralty. Although he did not overturn the line of authority refusing to grant material men a lien against the ship, he did recognize that the new jurisdiction codified a civil law right *in rem* (at pp. 50-51 and 53-54). The role of the civil law in this domain was again emphasized in *The Ripon City*, [1897] P. 226, a judgment of the first common lawyer to sit in Admiralty, Sir Gorell Barnes.

Up until and even after 1934, when the *Admiralty Act, 1934* adopted English admiralty jurisdiction and law as part of Canadian law, the Court of Appeal was still looking to civil law principles: see, for example, *The Beldis*, [1936] P. 51. Indeed, English courts continue to look to civil law principles today: see, for example, *The "Goring"*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 15 (C.A.), aff'd [1988] 1 Lloyd's Rep. 397 (H.L.); *The "Sennar" (No. 2)*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 142 (C.A.); *Soya G.m.b.H. Kommanditgesellschaft v. White*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 136 (C.A.); *Tehno-Impex v. Gebr van Weelde Scheepvaartkantoor BV*, [1981] 2 All E.R. 669 (C.A.), and *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corp. (The Halcyon Isle)*, [1981] A.C. 221 (P.C.)

By virtue of s. 22(2)(m) of the *Federal Court Act*, Canadian maritime law jurisdiction "in respect of goods, materials or services . . . supplied

Quand sa compétence eut été élargie, la cour ne s'est pas contentée simplement d'absorber et d'appliquer les principes de *common law*.

Même après 1875, à l'époque où les lois relatives à la magistrature étaient venues transformer la Cour d'amirauté en Division d'amirauté de la Haute Cour de justice, soumise au pouvoir de surveillance de la Cour d'appel, le droit civil n'en continuait pas moins à jouer un rôle dans l'interprétation de la compétence élargie en matière d'amirauté. C'est le lord juge Fry de la Cour d'appel qui, en statuant dans l'affaire *The Heinrich Bjorn* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.) (arrêt confirmé par (1886), 11 App. Cas. 270 (H.L.)), a imbriqué les éléments des principes de droit civil applicables aux réclamations présentées en amirauté par des fournisseurs de matériaux. Bien que ne renversant pas le courant de jurisprudence qui consistait à refuser d'accorder aux fournisseurs de matériaux un privilège sur le navire, il a reconnu que la nouvelle compétence consacrait dans la loi un droit réel propre au droit civil (aux pp. 50 et 51, 53 et 54). Le rôle du droit civil dans ce domaine a été souligné encore une fois dans la décision *The Ripon City*, [1897] P. 226, rendue par sir Gorell Barnes, le premier juriste de *common law* à siéger en amirauté.

Jusqu'en 1934 et même après cette année où la *Loi d'amirauté, 1934* a incorporé dans le droit canadien la compétence et le droit anglais en matière d'amirauté, la Cour d'appel se tournait encore vers les principes de droit civil: voir, par exemple, *The Beldis*, [1936] P. 51. En fait, les tribunaux anglais continuent aujourd'hui à s'appuyer sur le droit civil: voir, par exemple, *The "Goring"*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 15 (C.A.), conf. [1988] 1 Lloyd's Rep. 397 (H.L.), *The "Sennar" (No. 2)*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 142 (C.A.), *Soya G.m.b.H. Kommanditgesellschaft v. White*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 136 (C.A.), *Tehno-Impex v. Gebr van Weelde Scheepvaartkantoor BV*, [1981] 2 All E.R. 669 (C.A.), et *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corp. (The Halcyon Isle)*, [1981] A.C. 221 (C.P.)

Suivant l'al. 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la compétence en matière de droit maritime canadien «relative à des marchandises, maté-

to a ship” extends not only to claims respecting necessities supplied to foreign ships, but includes all such claims. Furthermore, the definition of “necessaries” has been extended to include all “claims in respect of stevedoring and lighterage”. In keeping with the tradition of Canadian maritime law, absent a specific maritime law rule, a comparative law method should be used to arrive at the position under Canadian maritime law. This comparative law method suggests looking to both civil law and common law sources in order to find the maritime law rule.

To summarize, as at 1934, which marks the last statutory reception into Canada of English admiralty law, English courts were still drawing upon, and indeed developing, the civilian tradition in maritime law. Of course, Canadian maritime law did not freeze in 1934, and nor did the civilian tradition. As McIntyre J. noted in *Buenos Aires Maru* (at p. 774), “[a]n historical approach may serve to enlighten but it must not be permitted to confine . . . [T]he words “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping.” Part of that modern context is contemporary civil law.

(c) Comparative Law in the Maritime Law of the United States and Australia

The comparative focus of maritime law is not limited to the English common law courts. Perhaps the most famous statement of the role of civil law in the development and interpretation of admiralty law is that of the eminent American jurist, Story J., in *De Lovio v. Boit*, 7 F. Cas. 418 (C.C. Mass. 1815). In identifying the scope of admiralty jurisdiction in the United States, Story J. undertook an exhaustive historical inquiry into the jurisdiction of the English High Court of Admiralty and its civilian forms of proceeding. His judgment remains a remarkable and seminal study of the matter. But in the United States, the civil law has

riels ou services fournis à un navire» vise non seulement les réclamations relatives aux approvisionnements nécessaires fournis aux navires étrangers, mais encore elle s’étend à la totalité des demandes de ce genre. De plus, la définition de l’expression «approvisionnement nécessaires» a été élargie de manière à viser toutes les demandes «en ce qui concerne l’acconage et le gabarage». Conformément à la tradition du droit maritime canadien, on devrait, en l’absence d’une règle précise de droit maritime, avoir recours à une méthode de droit comparé pour déterminer la position du droit maritime canadien. Cette méthode comparative nous incite à tenir compte de sources aussi bien de droit civil que de *common law* afin de dégager la règle de droit maritime qui s’applique en l’occurrence.

Pour résumer, en 1934, année de la dernière adoption par voie législative au Canada du droit anglais en matière d’amirauté, les tribunaux anglais avaient encore recours à la tradition civiliste en droit maritime et contribuaient même à son développement. Bien entendu, le droit maritime canadien, pas plus que la tradition civiliste, ne s’est pas figé en 1934. Comme l’affirme le juge McIntyre dans l’arrêt *Buenos Aires Maru* (à la p. 774): «Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter . . . [L]es termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.» Or, le droit civil contemporain fait partie de ce contexte moderne.

c) Le droit comparé dans le droit maritime des États-Unis et de l’Australie

Ce ne sont pas uniquement les tribunaux de *common law* d’Angleterre qui adoptent une méthode comparative à l’égard du droit maritime. L’énoncé le plus célèbre du rôle du droit civil dans le développement et l’interprétation du droit d’amirauté est peut-être celui que fait l’éminent juriste américain, le juge Story, dans la décision *De Lovio v. Boit*, 7 F. Cas. 418 (C.C. Mass. 1815). En précisant l’étendue de la juridiction d’amirauté aux États-Unis, le juge Story a entrepris un examen historique exhaustif portant sur la juridiction de la Haute Cour d’amirauté d’Angleterre et sur le caractère civiliste de sa procédure. Son

not just been a subject of antiquarian interest. As recently as 1985, in *Schiffahrtsgesellschaft Leonhardt & Co. v. A. Bottacchi S.A. De Navegacion*, 773 F.2d 1528 (1985), the Eleventh Circuit invoked civil law to declare that the admiralty right of attachment (*saisie conservatoire*) of the colonial United States continues to exist today and can be employed in addition to current statutory rules of attachment (see also *Grand Bahama Petroleum Co. v. Canadian Transportation Agencies, Ltd.*, 450 F. Supp. 447 (W.D. Wash. 1978)). The Court looked back to *An Act to regulate Processes in the Courts of the United States* (Act of Sept. 29. 1789, ch. 21, § 2, 1 Stat. 93), which in its second section directs admiralty and maritime jurisdiction shall be exercised "according to the course of the civil law", and emphasized the composite origins of maritime law (at p. 1532, n. 13).

Australia, like Canada, derived its maritime law from that of England. In *The Ship "Terukawa Maru" v. Co-operated Dried Fruit Sales Pty. Ltd.* (1972), 126 C.L.R. 170, Menzies J. of the High Court commented (at p. 174) that Australian admiralty jurisdiction "harks back to the centuries old conflict between the civilians who were judges of the High Court of Admiralty and the common law judges". The civil law tradition remains a living part of admiralty law in common law jurisdictions. It is just as surely a living part of Canadian maritime law.

#### (d) Admiralty Law in Canada

Not surprisingly, the Canadian courts, including this Court, have continued the tradition of looking to civil law in admiralty matters. In *Bow, McLachlan and Co. v. The Ship "Camosun"* (1908), 40 S.C.R. 418 (reversed on other grounds, [1909] A.C. 597 (P.C.)), the Supreme Court of Canada noted the civil law origins of the nature of the maritime lien (p. 428). Similarly, in *The Ship Pacifico v. Winslow Marine Railway and Ship-*

gement constitue encore une étude remarquable qui fait autorité dans le domaine. Mais, aux États-Unis, le droit civil ne présente pas qu'un intérêt historique. En 1985 encore, dans l'affaire *Schiffahrtsgesellschaft Leonhardt & Co. v. A. Bottacchi S.A. De Navegacion*, 773 F.2d 1528 (1985), le Onzième circuit s'est fondé sur le droit civil pour déclarer que le droit de saisie conservatoire que possédaient en matière d'amirauté les colonies américaines subsiste aujourd'hui et qu'il peut être utilisé en plus des règles actuelles de saisie conservatoire énoncées dans la loi (voir aussi *Grand Bahama Petroleum Co. v. Canadian Transportation Agencies, Ltd.*, 450 F. Supp. 447 (W.D. Wash. 1978)). La cour s'est reportée à *An Act to regulate Processes in the Courts of the United States* (Loi du 29 sept. 1789, chap. 21, art. 2, 1 Stat. 93), dont le second article édicte que la compétence maritime et la compétence en matière d'amirauté doivent s'exercer [TRADUCTION] «en conformité avec le droit civil», puis elle a souligné l'hétérogénéité des sources du droit maritime (à la p. 1532, n. 13).

L'Australie, tout comme le Canada, a tiré son droit maritime de celui d'Angleterre. Dans la décision *The Ship «Terukawa Maru» v. Co-operated Dried Fruit Sales Pty. Ltd.* (1972), 126 C.L.R. 170, le juge Menzies de la Haute Cour affirme (à la p. 174) qu'en Australie la compétence en matière d'amirauté [TRADUCTION] «s'inscrit dans la tradition du conflit qui a duré des siècles entre les civilistes qui étaient juges de la Haute Cour d'amirauté et les juges de *common law*». La tradition du droit civil continue de faire partie du droit d'amirauté dans les juridictions de *common law*. Elle constitue tout aussi certainement une part vivante du droit maritime canadien.

#### d) Le droit d'amirauté au Canada

Il n'est guère surprenant de constater que les tribunaux canadiens, y compris notre Cour, ont poursuivi la tradition consistant à se référer au droit civil pour les questions relevant de l'amirauté. Dans l'arrêt *Bow, McLachlan and Co. v. The Ship «Camosun»* (1908), 40 R.C.S. 418 (infirmé pour d'autres motifs, [1909] A.C. 597 (C.P.)), la Cour suprême du Canada a souligné l'origine civiliste du privilège maritime (p. 428).

*building Co.*, [1925] Ex. C.R. 32, Maclean J., sitting as President of the Exchequer Court, canvassed the civil law principles respecting damages applicable in admiralty cases (pp. 37-38). His reasons in this regard were cited by Ritchie J., who delivered the judgment of this Court in *Canadian General Electric Co. v. Pickford & Black Ltd.*, [1972] S.C.R. 52, and concluded (at p. 57) that the maritime law rule differed from that at common law. *Canadian General Electric* was applied in *Drew Brown Ltd. v. The Ship "Orient Trader"*, [1974] S.C.R. 1286, and both discussions of civil law just cited were reproduced in the judgment of Spence J. (at p. 1309), who dissented on unrelated grounds.

In *Buenos Aires Maru*, *supra*, McIntyre J. canvassed thoroughly those instances in which Canadian and British courts have also drawn upon common law principles to resolve maritime law problems. There is no need here to review those cases. But in describing the body of law administered by the Admiralty Court of England and the incorporation of that law as part of Canadian maritime law, McIntyre J. relied largely on *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675 (T.D.) In that case, Thurlow A.C.J. drew a great deal upon Story J.'s decision in *De Lovio v. Boit*, *supra*, and cited a famous passage describing the variety of sources, including civil law, invoked by the High Court of Admiralty (*Canadian Vickers*, at p. 685; *De Lovio*, at p. 419). In this regard, it is worth underlining McIntyre J.'s description of the composite character of Canadian maritime law (at p. 776):

Thus, the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both the specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and

De même, dans la décision *The Ship Pacifico v. Winslow Marine Railway and Shipbuilding Co.*, [1925] R.C. de l'É. 32, le juge Maclean, siégeant à titre de président de la Cour de l'Échiquier, a fait une étude des principes de droit civil relatifs aux dommages-intérêts qui s'appliquent en matière maritime (pp. 37 et 38). Ses motifs sur ce point ont été cités par le juge Ritchie qui a prononcé le jugement de la Cour dans l'affaire *Canadian General Electric Co. c. Pickford & Black Ltd.*, [1972] R.C.S. 52. Il y conclut (à la p. 57) que la règle applicable en droit maritime diffère de celle de la *common law*. L'arrêt *Canadian General Electric* a été appliqué dans l'affaire *Drew Brown Ltd. c. Le navire «Orient Trader»*, [1974] R.C.S. 1286, et les deux discussions susmentionnées portant sur le droit civil se trouvent reproduites dans les motifs du juge Spence (à la p. 1309), dissident sur d'autres points.

Dans l'arrêt *Buenos Aires Maru*, précité, le juge McIntyre fait une étude approfondie des causes dans lesquelles des tribunaux canadiens et britanniques ont également eu recours à des principes de *common law* pour résoudre des problèmes de droit maritime. Il n'est pas nécessaire ici de passer en revue ces décisions. Toutefois, en discutant de l'ensemble des règles de droit appliquées par la Cour d'amirauté d'Angleterre et de leur incorporation dans le droit maritime canadien, le juge McIntyre s'est appuyé en grande partie sur la décision *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675 (D.P.I.) Dans cette décision, le juge en chef adjoint Thurlow s'était fondé dans une large mesure sur la décision rendue par le juge Story dans l'affaire *De Lovio v. Boit*, précitée, et en a cité un passage célèbre décrivant les diverses sources, y compris le droit civil, invoquées par la Haute Cour d'amirauté (*Canadian Vickers*, à la p. 685; *De Lovio*, à la p. 419). À ce propos, il convient de souligner la description que donne le juge McIntyre du caractère hétérogène du droit maritime canadien (à la p. 776):

Ainsi, l'ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l'Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobait à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires

principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence.

It bears repeating that “the specialized rules and principles of admiralty” derive largely from civil law, and that civil law principles, like common law principles, have been and continue to be modified and expanded in Canadian jurisprudence. Nor is there anything about its composite character which precludes the uniform application of Canadian maritime law. What is required is a broad comparative approach worthy of the English civilians who sat in the High Court of Admiralty. Courts should seek to illuminate those problems lacking specific statutory resolution by canvassing the wide range of common law and civil law sources. As in *Buenos Aires Maru*, if either the common law or the civil law offers a “more coherent and certain basis” for resolving the matter at issue, the best solution should be chosen.

Indeed, the increasing importance for maritime law of the Hague Rules and other international instruments should breathe new life into the old comparative approach of the High Court of Admiralty. This Court has already favoured looking to continental sources to help interpret such instruments as applied in Canadian law: see, for example, *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1974] S.C.R. 933, at p. 952. While the new comparative approach most often entails inquiring into how the courts and commentators of different countries have dealt with the same international rules and does not therefore draw directly on civil law principles, it nevertheless continues a venerable tradition in maritime law: the search for a *ius commune*. Rather than asking, “what is the civilian doctrine on a particular matter as compared with that of the common law?”, the question often has become, “how do civilians, as compared with common lawyers, approach the interpretation of a particular internationally adopted rule?”: see *Gatewhite Ltd. v. Iberia Lineas Aereas de Espana SA*, [1989] 1 All E.R. 944 (Q.B. Com. Ct.) There are, however,

d’amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d’être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne.

<sup>a</sup> Il vaut la peine de rappeler que «les règles et principes spéciaux en matière d’amirauté» dérivent pour une grande part du droit civil et que les principes de droit civil, comme ceux de *common law*, ont été et continuent d’être modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. Par ailleurs, il n’y a rien dans le caractère hétérogène du droit maritime canadien qui s’oppose à son application uniforme. Ce qui s’impose est une méthode comparative générale qui soit digne des civilistes anglais qui siégeaient à la Haute Cour d’amirauté. Les tribunaux devraient s’attacher à élucider les problèmes non expressément réglés par les textes législatifs, en tenant compte de toute la gamme des sources de *common law* et de droit civil. Comme dans l’affaire *Buenos Aires Maru*, si l’un ou l’autre de la *common law* ou du droit civil offre un «fondement plus cohérent et plus solide» pour la résolution de la question en litige, c’est la meilleure solution qu’on doit retenir.

En fait, l’importance de plus en plus grande que revêtent en droit maritime les Règles de la Haye et d’autres documents internationaux devrait donner un regain de vie à l’ancienne méthode comparative de la Haute Cour d’amirauté. Notre Cour s’est déjà prononcée en faveur d’un recours aux sources continentales comme aide dans l’interprétation de tels documents lorsqu’ils sont appliqués en droit canadien: voir, par exemple, *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1974] R.C.S. 933, à la p. 952. Quoique la nouvelle méthode comparative nécessite le plus souvent qu’on se demande comment les tribunaux et les commentateurs de différents pays ont traité les mêmes règles internationales et bien qu’elle ne fasse donc pas directement appel aux principes de droit civil, celle-ci représente néanmoins la continuation d’une longue tradition en droit maritime: la recherche d’un *ius commune*. Plutôt que de se demander en quoi le droit civil diffère de la *common law* sur un point donné, la question a souvent consisté à déterminer comment les civilistes, par opposition aux juristes de *common law*, abordent l’interprétation de telle ou telle règle internationale: voir *Gate-*



some aspects of Canadian maritime law, such as the problem posed by the instant case, that are not contemplated by specific statutory provisions and therefore require a comparison of civil law and common law doctrine.

As its application through the history of maritime law reveals, the comparative method aims at a harmony short of homogeneity. It aims to shed light on legal problems common to both traditions by exploiting differences in doctrine and approach. Above all, it seeks to multiply the range of sources for legal inquiry on the faith that clarity of judicial reasoning is served, not hindered, by viewing the same problems from many vantage points. If the comparative method renders the lawyer's task somewhat more difficult, it repays those efforts with greater breadth of analysis.

(e) The Civil Code as a Useful Source of Civil Law for Canadian Maritime Law

A review of the admiralty tradition, as developed both in England and in Canada, reveals that civil law has always played a central role in the interpretation of maritime law. In Canada, of course, it is the *Civil Code*, in particular the *Civil Code of Lower Canada* which is our principal repository of the civilian tradition (on the *Civil Code* and maritime law, see J. Pineau, "La Législation maritime canadienne et le Code civil québécois" (1968), 14 *McGill L. J.* 26). In *Fairway Life & Marine Insurance Ltd. v. Susan Darlene (The)*, [1987] 2 F.C. 547, a recent decision of the Federal Court Trial Division concerning maritime insurance, Giles A.S.P. provided a most useful explanation as to how the *Civil Code* can be employed in maritime cases (at pp. 552-53):

The maritime law of Lower Canada was codified at the time that the other laws of Lower Canada were codified. The *Civil Code* of 1866 contains an article which makes

*white Ltd. v. Iberia Lineas Aereas de Espana SA*, [1989] 1 All E.R. 944 (Q.B. Com. Ct.) Il y a cependant des aspects du droit maritime canadien, tels que le problème qui se pose en l'espèce, qui ne font pas l'objet de dispositions législatives particulières et qui requièrent en conséquence une comparaison des principes du droit civil et de ceux de la *common law*.

Comme le révèle son utilisation tout au long de l'histoire du droit maritime, la méthode comparative vise à établir une harmonie qui n'atteint toutefois pas l'homogénéité. Elle a pour but de clarifier des problèmes juridiques communs aux deux traditions en exploitant les différences doctrinales et méthodologiques. Partant de l'idée que, loin d'en être compromise, la clarté du raisonnement juridique est favorisée lorsque les mêmes problèmes sont envisagés de plusieurs points de vue différents, elle vise par-dessus tout à multiplier le nombre de sources auxquelles on peut puiser aux fins d'une analyse juridique. Si la méthode comparative complique quelque peu la tâche de l'avocat, les efforts de celui-ci sont compensés par l'analyse plus poussée qu'elle permet.

e) Le Code civil en tant que source de droit civil en droit maritime canadien

Il se dégage d'une étude de la tradition d'amirauté, telle qu'elle a évolué tant en Angleterre qu'au Canada, que le droit civil a toujours joué un rôle primordial dans l'interprétation du droit maritime. Au Canada, bien entendu, c'est surtout dans le *Code civil* et, en particulier, dans le *Code civil du Bas-Canada*, qu'est conservée la tradition civiliste (au sujet du *Code civil* et du droit maritime, voir J. Pineau, «La Législation maritime canadienne et le Code civil québécois» (1968), 14 *McGill L. J.* 26). Dans *Fairway Life & Marine Insurance Ltd. c. Susan Darlene (Le)*, [1987] 2 C.F. 547, une décision récente de la Section de première instance de la Cour fédérale portant sur l'assurance maritime, le protonotaire-chef adjoint Giles donne une explication fort utile de la manière dont le *Code civil* peut être utilisé dans les affaires maritimes (aux pp. 552 et 553):

Le droit maritime du Bas-Canada a été codifié en même temps que les autres lois du Bas-Canada. Un article du *Code civil* de 1866 porte sur l'assurance maritime.

provisions respecting marine insurance. While the Code enacted as law its various provisions, it is not for that reason that it should be referred to. The Code should be referred to because it in fact is a statement of the pre-existing maritime law and possibly the most authoritative statement as to the maritime law at the time of the writing of the *Civil Code*. The Judicial Committee of the Privy Council appears to have considered the *Civil Code* of Quebec or Lower Canada to have been definitive of the maritime law of marine insurance with regard to the matter of abandonment in 1874 when, it decided the case, *Provincial Insurance Company v. Joel Léduc* (1874), L.R. 6 P.C. 224.

When interpreting Canadian maritime law, the *Civil Code* is not to be applied as governing private law. Rather, it is to be used as a helpful comparative law source of those civilian principles which make up the composite body of Canadian maritime law. Thus, in the *Susan Darlene*, Giles A.S.P. went on to refer to art. 2383 of the *Civil Code of Lower Canada*, which sets out circumstances under which there is a privilege upon vessels for the payment of debts—this in a case arising in Nova Scotia. Unlike in *Buenos Aires Maru*, where this Court was urged to apply the *Civil Code* to maritime cases arising in Quebec and the common law to maritime cases arising outside Quebec, the interpretive method employed by Giles A.S.P. respects both the uniformity of maritime law in Canada and the place of civil law in Canadian maritime law. As McIntyre J. noted in *Buenos Aires Maru* (at p. 778):

ITO advanced the argument that the Quebec *Civil Code* has been federally incorporated as part of the law of Canada and in admiralty cases in Quebec is applicable as Canadian maritime law.

This argument for the application of principles drawn from the *Civil Code*, and this argument alone, was rejected by McIntyre J. His judgment aimed to exclude the possibility that maritime law in Quebec would differ from maritime law in the rest of Canada. By contrast, there is nothing in McIntyre J.'s reasons which excludes drawing on the *Civil Code* to find those civil law principles

Même si les diverses dispositions de ce Code constitueraient le droit alors en vigueur, ce n'est pas pour cette raison qu'il faut s'en remettre audit Code. S'il faut en tenir compte, c'est parce qu'il établit l'existence d'un droit maritime préexistant et qu'il s'agit peut-être du document le plus concluant quant à l'existence du droit maritime au moment où le *Code civil* a été rédigé. Il semble que, lorsqu'il a tranché l'affaire *Provincial Insurance Company v. Joel Léduc* (1874), L.R. 6 P.C. 224 en 1874, le Comité judiciaire du Conseil privé ait considéré le *Code civil* du Québec ou du Bas-Canada comme la source du droit maritime en ce qui concerne le délaissement.

Dans l'interprétation du droit maritime canadien, le *Code civil* ne doit pas être appliqué comme régissant le droit privé. Il doit plutôt servir, pour les fins du droit comparé, de source utile des principes civilistes qui forment l'ensemble hétérogène du droit maritime canadien. Ainsi, dans la décision *Susan Darlene*, le protonotaire-chef adjoint Giles s'est référé ensuite, et ce, dans une cause ayant pris naissance en Nouvelle-Écosse, à l'art. 2383 du *Code civil du Bas-Canada*, qui énonce les circonstances dans lesquelles il existe un privilège sur des navires pour le paiement de créances. À la différence de l'affaire *Buenos Aires Maru* où l'on avait demandé à la Cour d'appliquer le *Code civil* à des causes maritimes ayant pris naissance au Québec et la *common law* à celles ayant pris naissance hors du Québec, le protonotaire-chef adjoint Giles a employé une méthode d'interprétation qui respectait à la fois l'uniformité du droit maritime au Canada et le rôle que joue le droit civil dans le droit maritime canadien. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Buenos Aires Maru* (à la p. 778):

ITO fait valoir que le *Code civil* du Québec a été incorporé aux lois du Canada par le fédéral et que, dans les affaires maritimes au Québec, il s'applique à titre de droit maritime canadien.

C'est cet argument en faveur de l'application de principes tirés du *Code civil* et cet argument seulement qu'a rejeté le juge McIntyre. Son jugement visait à écarter la possibilité que le droit maritime au Québec soit différent de celui du reste du Canada. Par contre, il n'y a rien dans les motifs du juge McIntyre qui exclue le recours au *Code civil*

which form part of unified Canadian maritime law.

Indeed, this Court has in the past made such use of the *Civil Code* in maritime matters. In the case of *Inverness Railway and Coal Co. v. Jones* (1908), 40 S.C.R. 45, the Court drew upon the same provision relied on by Giles A.S.P., art. 2383, to resolve the old question whether material men could claim a privilege upon a vessel. This is the judgment *Le Dain J.* referred to in the passage I have already cited from *Miida Electronics, Inc.*, saying that "the *Civil Code* ... appears to have been treated as of general import." And in *St. Lawrence Metal and Marine Works Inc. v. Canadian Fairbanks-Morse Co.*, [1956] S.C.R. 717, this Court applied art. 2383 again. Abbott J., for the majority, described that article as embodying civil law principles relevant to maritime law (p. 719). An earlier decision, *Glengoil Steamship Co. v. Pilkington* (1897), 28 S.C.R. 146, illustrates that the Court was prepared to make reference to general provisions of the Code governing carriers (in that case, art. 1676) in a maritime case involving negligent damage to cargo. Far from seeking a particular and separate jurisprudence for Quebec, the Court made use of the Code to confirm the uniformity of Canadian maritime law. More recently, in *N. M. Paterson & Sons Ltd. v. Mannix Ltd.*, [1966] S.C.R. 180, Ritchie J. had recourse both to art. 2424 of the *Civil Code* and to common law doctrine in determining liability for the loss of cargo.

In fact, the Commissioners who drafted the *Civil Code* explicitly employed a comparative law methodology, especially when codifying those articles pertaining to maritime law, and that comparative methodology has characterized interpretation of the Code in maritime matters. In the introduction to his treatise, *Le Droit civil de la Province de Québec: Modèle vivant de Droit comparé* (1953), Professor Louis Baudouin wrote (at p. xv) that [TRANSLATION] "[t]he *Civil Code* of

afin d'en dégager les principes de droit civil qui font partie du droit maritime canadien unifié.

D'ailleurs, notre Cour a déjà ainsi utilisé le *Code civil* dans des causes maritimes. Dans l'affaire *Inverness Railway and Coal Co. v. Jones* (1908), 40 R.C.S. 45, la Cour a eu recours à l'art. 2383, la disposition invoquée par le protonotaire-chef adjoint Giles, pour répondre à la question classique de savoir si des fournisseurs de matériaux pouvaient réclamer un privilège sur un navire. C'est à cet arrêt que le juge *Le Dain* fait allusion quand il affirme, dans l'extrait précité de l'arrêt *Miida Electronics, Inc.*, que le «*Code civil* [...] semble avoir été considéré comme ayant une portée générale». Et dans l'arrêt *St. Lawrence Metal and Marine Works Inc. v. Canadian Fairbanks-Morse Co.*, [1956] R.C.S. 717, notre Cour a de nouveau appliqué l'art. 2383. Le juge *Abbott*, s'exprimant au nom de la majorité, affirma que l'article en question renferme des principes de droit civil qui sont pertinents relativement au droit maritime (p. 719). Il ressort d'un arrêt antérieur, *Glengoil Steamship Co. v. Pilkington* (1897), 28 R.C.S. 146, que la Cour était prête à se référer aux dispositions générales du Code régissant les voituriers (dans ce cas, l'art. 1676) dans une affaire maritime où il était question de dommages causés par négligence à une cargaison. Loin de chercher une théorie juridique particulière et distincte pour le Québec, la Cour s'est servie du Code pour confirmer l'uniformité du droit maritime canadien. Plus récemment, dans l'arrêt *N. M. Paterson & Sons Ltd. v. Mannix Ltd.*, [1966] R.C.S. 180, le juge *Ritchie* eut recours à l'art. 2424 du *Code civil* et aux principes de *common law* pour déterminer la responsabilité pour la perte d'une cargaison.

De fait, les commissaires rédacteurs du *Code civil* ont manifestement eu recours au droit comparé, surtout pour la codification des articles concernant le droit maritime, et cette méthode comparative a caractérisé l'interprétation du Code dans les affaires maritimes. Dans l'introduction à son traité *Le Droit civil de la Province de Québec: Modèle vivant de Droit comparé* (1953), le professeur Louis Baudouin écrit (à la p. xv): «Le Code civil de la Province de Québec contient donc en

the province of Quebec thus contains in embryo, in other words, contains the seeds of a basic comparative method." In his seminal study, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1980), at pp. 124 and 126, Dean Walton describes in detail the maritime law sources which were relied upon by Quebec's civil law codifiers. Indeed, the Commissioners themselves said of their proposed codification of maritime law that "[t]he articles of this book will be found to be sustained, with very few exceptions, by citations from the ancient law of France, from English, Scotch and American writers, and from the modern French law" (Seventh Report of the Commissioners on the Laws of Lower Canada in Civil Matters (1865), at p. 226).

Inevitably, recourse to those provisions of the *Civil Code* which deal specifically with maritime law has been less frequent now that federal statutes occupy much of the field. But if plenary admiralty jurisdiction in Canada today extends, for example, to contracts respecting certain terminal operations (as in *Buenos Aires Maru*, *supra*, at pp. 775-76), such jurisdiction extends well beyond the domain that was within the purview of the High Court of Admiralty when that court was at the height of its powers. Consequently, in asking what law should be applied to extended admiralty jurisdiction, absent specific statutory rules, civil law doctrine as reflected in the *Civil Code* remains an important source for the comparative law method applied in maritime law. Commenting on "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 715, Professor Jean-Louis Baudouin expressed the hope that (at pp. 736-37):

[TRANSLATION] . . . in the future, intelligent comparative interpretation of the two systems and of the two reasoning processes will intensify. In the modern world, in fact, all countries are faced with common problems, and so the solutions arrived at by courts in various jurisdictions are not substantially different. This, indeed, is one of the great lessons to be learned from comparative law. However, the reasoning technique and

germe, je veux dire dans ses sources mêmes, les éléments d'une méthode comparative.» Dans son étude importante intitulée *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), aux pp. 125 et 126, 127 et 128, le doyen Walton fournit une description détaillée des sources de droit maritime dont les codificateurs du droit civil québécois se sont inspirés. Les commissaires eux-mêmes ont dit d'ailleurs de leur projet de codification du droit maritime qu'«[o]n verra que les articles de ce livre sont à quelques exceptions près, supportés par des citations de l'ancien droit français, des écrivains anglais, écossais et américains, comme aussi par le droit moderne de la France» (Septième rapport des Commissaires sur les lois du Bas Canada en matières civiles (1865), à la p. 227).

Inévitablement, on a moins souvent recours aux dispositions du *Code civil* qui traitent expressément du droit maritime maintenant que ce domaine est occupé en grande partie par des lois fédérales. Mais, si aujourd'hui au Canada la compétence absolue en matière d'amirauté s'étend, par exemple, aux contrats relatifs à certaines activités de manutention (comme dans l'affaire *Buenos Aires Maru*, précitée, aux pp. 775 et 776), cette compétence dépasse largement les limites de ce qui était du ressort de la Haute Cour d'amirauté alors que celle-ci était à l'apogée de ses pouvoirs. Par conséquent, quand on se demande quelles règles de droit devraient s'appliquer à la compétence élargie en matière d'amirauté, en l'absence de règles particulières prescrites par la loi, les principes de droit civil consacrés dans le *Code civil* demeurent une source importante pour les fins de la méthode comparative employée en droit maritime. Commentant «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 715, le professeur Jean-Louis Baudouin exprime l'espoir que (aux pp. 736 et 737):

. . . dans l'avenir il y ait davantage d'interprétation comparative intelligente des deux systèmes et des deux processus de raisonnement. Dans le monde moderne en effet tous les pays sont aux prises avec des problèmes communs et donc les solutions apportées à ceux-ci par les tribunaux des diverses juridictions ne varient pas substantiellement. C'est là d'ailleurs une des grandes leçons du droit comparé. Cependant la technique de

methodology differ. We do not think it is presumptuous to say that the civil law system in return can make a great contribution to the common law system on these points.

The comparative law method has served maritime law well in the past, and its renewal, in part through the instrumentality of the *Civil Code*, will continue to do so.

(f) Conclusion

An excursus into the origins and development of Canadian admiralty law makes clear that civil law has been an abiding feature of the amalgam that is maritime law. It also illustrates that where admiralty jurisdiction expanded to apply to certain contracts concluded on land, the civil law was re-introduced to help develop the new domain. Thus, (1) where Canadian maritime jurisdiction has expanded to include matters that would not have fallen within the jurisdiction of the High Court of Admiralty in 1934, as is true of the stevedoring contracts in the instant case, and (2) where the point in issue is not subject to a specific federal statutory regime, as is true of the agency problem in the instant case, the civil law remains an important aspect of the comparative analysis necessary to determine the state of Canadian maritime law on the question in issue.

The obvious point of departure for an inquiry into civilian doctrine is the *Civil Code*. The *Civil Code* is not just one example among many of civilian codification. It is a precise reflection of the state of civil law doctrine at the time of Confederation, a body of doctrine which lay at the heart of the tradition applied by the English High Court of Admiralty. However, the *Civil Code* did not simply freeze the evolution of civilian doctrine at a particular point in time. Rather, it renders the inquiry into the civilian tradition manageable and systematic, producing what has been called the [TRANSLATION] "conceptual scheme of the Code". Just as the common law tradition has drawn on its origins and evolved through the insights produced by an accumulation of instances,

raisonnement et la méthodologie diffèrent. Nous ne pensons pas qu'il est présomptueux d'affirmer que le système civiliste a, en retour, beaucoup à apporter sur ces points au système de la *common law*.

<sup>a</sup> Dans le passé, la méthode comparative a bien servi le droit maritime et son renouvellement, notamment par le truchement du *Code civil*, permettra de continuer à le faire.

<sup>b</sup> f) Conclusion

Il se dégage nettement de l'examen des origines et de l'évolution du droit canadien en matière d'amirauté que le droit civil représente un élément constant de l'amalgame qu'est le droit maritime. Il en ressort également que, lorsque la compétence en matière d'amirauté a été élargie de manière à englober certains contrats passés à terre, on a de nouveau eu recours au droit civil pour favoriser le développement de ce nouveau domaine du droit maritime. Ainsi, (1) lorsque la compétence en matière maritime au Canada a été élargie de manière à viser les affaires qui n'auraient pas été de la compétence de la Haute Cour d'amirauté en 1934, comme c'est le cas des contrats d'acconage dont il est question ici, et (2) lorsque le point en litige n'est pas soumis à un régime particulier établi par une loi fédérale, comme c'est le cas du problème du mandat qui se pose en l'espèce, le droit civil demeure un élément important de l'analyse comparative qui s'impose pour déterminer l'état du droit maritime canadien concernant la question en litige.

<sup>g</sup> Le point de départ évident d'un examen portant sur les principes civilistes est le *Code civil*. Le *Code civil* ne constitue pas seulement un exemple parmi tant d'autres d'une codification civiliste. Il constitue le reflet fidèle de l'état du droit civil en vigueur à l'époque de la Confédération, un ensemble de règles qui étaient au cœur de la tradition appliquée par la Haute Cour d'amirauté d'Angleterre. Toutefois, le *Code civil* n'a pas simplement figé l'évolution des principes civilistes à un certain moment donné. Il permet plutôt de rationaliser et de systématiser l'étude de la tradition civiliste, engendrant ainsi ce qu'on a appelé «l'économie du Code». De même que la tradition de *common law* a puisé dans ses origines et a évolué grâce aux éclaircissements apportés par l'accumulation de

so the interpretation of the *Civil Code* has evolved through the efforts of judges, publicists and reformers. The result of that evolution, not some arbitrarily fixed past state of the law, is Canada's contribution to the civilian tradition. This contemporary civil law, used comparatively with common law sources, is the most useful civilian source for Canadian maritime law. It is our link to the ancient law of the admiralty, a link which ensures that the goal of an international *ius commune* in maritime law can unite the civil law and common law traditions.

#### D. Mandate and Agency in Canadian Maritime Law

In asking what is the Canadian maritime law rule respecting the disclosure by an agent of its principal, both civil law and common law sources can be used comparatively. I propose to discuss, first, the civil law rule embodied in the *Civil Code* and, second, the rule at common law. I will discuss these sources not in order to apply the *Civil Code* or the common law, but rather to discover which rule ought to be applied in Canadian maritime law.

I note at the outset that the civil law doctrine of mandate has long co-existed with common law principles of agency in maritime law and indeed lies at the origins of much of the common law of agency. It is revealing that the full title of Joseph Story's classic common law text on agency, which had a strong influence on the Anglo-American tradition, is *Commentaries on the Law of Agency as a Branch of Commercial and Maritime Jurisprudence, with Occasional Illustrations from the Civil and Foreign Law* (1839). This text, in turn, became one of the sources upon which the Commissioners relied in their Sixth Report on the Laws of Lower Canada in Civil Matters (1865), at p. 85, when codifying what became arts. 1715 and 1716 of the *Civil Code*.

Two recent cases of the Federal Court have made use of arts. 1715 and 1716 in order to

précédents, de même le *Code civil* a évolué grâce aux efforts de juges, d'auteurs et de réformateurs. C'est de cette évolution, et non de quelque état du droit antérieur arbitrairement fixé, que provient la contribution canadienne à la tradition civiliste. Ce droit civil contemporain, employé comparativement avec des sources de *common law*, représente la source civiliste la plus utile pour les fins du droit maritime canadien. C'est notre lien avec le droit ancien en matière d'amirauté, un lien qui assure que, par la recherche d'un *ius commune* international en droit maritime, les traditions du droit civil et de la *common law* peuvent être unies.

#### D. Le mandat de droit civil et le mandat de common law en droit maritime canadien

Pour déterminer la règle de droit maritime canadien applicable à la divulgation par un mandataire de l'identité de son mandant, on peut faire une étude comparative des sources tant de droit civil que de *common law*. Je me propose d'examiner d'abord la règle de droit civil incorporée au *Code civil* et ensuite la règle de *common law*. Si je traite de ces sources, ce n'est pas pour appliquer le *Code civil* ou la *common law*, mais plutôt pour découvrir quelle règle devrait s'appliquer en droit maritime canadien.

Je souligne au départ qu'en droit maritime la théorie civiliste du mandat coexiste depuis longtemps avec les principes de *common law* en matière de mandat. D'ailleurs, une bonne partie de la *common law* en matière de mandat en tire son origine. Fait révélateur, le titre complet de l'ouvrage classique de Joseph Story sur le mandat de *common law*, ouvrage qui a fortement influencé la tradition anglo-américaine, est *Commentaries on the Law of Agency as a Branch of Commercial and Maritime Jurisprudence, with Occasional Illustrations from the Civil and Foreign Law* (1839). Ce texte, à son tour, est devenu l'une des sources sur lesquelles se sont fondés les commissaires dans leur Sixième rapport sur les lois du Bas Canada en matières civiles (1865), à la p. 84, en codifiant ce qui est devenu les art. 1715 et 1716 du *Code civil*.

Dans deux décisions récentes, la Cour fédérale s'est référée aux art. 1715 et 1716 pour interpréter

interpret maritime contracts of mandate. *Sabb Inc. v. Shipping Ltd.*, [1976] 2 F.C. 175 (T.D.) (aff'd [1979] 1 F.C. 461 (C.A.)), involved facts bearing some striking similarities to the facts in the instant case. A shipping agent and local stevedore entered into an oral arrangement to have certain stevedoring services performed for the agent's principal. The principal was not specifically identified, although it was clear, in the context, that the shipping agent was not acting as principal. After reviewing the common law of agency, Dubé J. also drew on arts. 1715 and 1716 of the *Civil Code* (pp. 190-91). In *Farr Inc. v. Tourloti Compania Naviera S.A.*, [1985] 1 F.C. D-43, Pinard J. drew upon the Hague Rules and art. 1716 of the *Civil Code* to find both the owner and charterer liable in damages.

An early and classic case illustrating the coexistence of mandate and agency principles in maritime law is *The Rebecca*, 20 F. Cas. 373 (D. Me. 1831). The case concerned the liability of the master of a ship for the negligent loss of cargo and turned on the proper characterization of the master's relationship to the shipowner on the one hand and the consignee of the cargo on the other. Ware J., traced the contract between shipowner and master back to the old "contract of commande", citing Frémery's *Études de droit commercial*, chap. 27. Having set out its origins and purpose, Ware J. went on to compare the contract of commande with the agency relationship (at p. 379), noting that the principles underlying civil law mandate and common law agency were universal principles applied in all jurisdictions. Nevertheless, those principles were not yet uniformly applied to the relationship between the master and the owner because of the particular history of the "contract of commande". Not surprisingly, therefore, a large number of the maritime law cases involving questions of agency revolve around the proper characterization of the relationship between master and shipowner: see, for example, *The "Lanarkshire"* (1855), 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, 164 E.R. 380 (a case which arose in Quebec); *The "Milan"* (1861),

des contrats de mandat en matière maritime. Au niveau des faits, la décision *Sabb Inc. c. Shipping Ltd.*, [1976] 2 C.F. 175 (D.P.I.) (conf. [1979] 1 C.F. 461 (C.A.)), présente des ressemblances frappantes avec la présente instance. Un agent maritime et un acconier local avaient conclu un accord verbal en vue de la prestation de certains services d'acconage pour le mandant de l'agent. Le mandant n'était pas nommément désigné, quoiqu'il fût évident dans les circonstances que l'agent maritime n'agissait pas en son propre nom. Ayant passé en revue la *common law* en matière de mandat, le juge Dubé a également pris en considération les art. 1715 et 1716 du *Code civil* (pp. 190 et 191). Dans la décision *Farr Inc. c. Tourloti Compania Naviera S.A.*, [1985] 1 C.F. F-52, le juge Pinard a eu recours aux Règles de la Haye ainsi qu'à l'art. 1716 du *Code civil* pour conclure à la responsabilité du propriétaire du navire et de l'affrètement pour les dommages subis.

Une ancienne décision classique, illustrant la coexistence des principes du mandat de droit civil et de ceux du mandat de *common law* en droit maritime est la décision *The Rebecca*, 20 F. Cas. 373 (D. Me. 1831). Il s'agissait d'une affaire qui mettait en cause la responsabilité du capitaine d'un navire pour la perte, par négligence, d'une cargaison et dont l'issue dépendait de la manière dont il fallait caractériser les rapports existant entre le capitaine et le propriétaire du navire, d'une part, et le consignataire de la cargaison, d'autre part. Le juge Ware, citant le chapitre 27 des *Études de droit commercial* de Frémery, fait remonter le contrat entre propriétaire de navire et capitaine à la vieille notion de [TRADUCTION] «contrat de commande». Ayant exposé les origines et l'objet de ce type de contrat, le juge Ware compare ensuite le contrat de commande avec le mandat (p. 379). Il fait remarquer à ce propos que les principes sous-tendant le mandat de droit civil et le mandat de *common law* sont des principes universels appliqués dans toutes les juridictions. Néanmoins, en raison de l'historique particulier du «contrat de commande», ces principes ne sont pas encore uniformément appliqués aux rapports entre le capitaine et le propriétaire. Il n'est donc guère surprenant de constater que l'issue de maintes

Lush. 388, 167 E.R. 167, and *The Onward* (1873), L.R. 4 A. & E. 38.

It is therefore striking that one of the exceptions to the general regime of mandate provided in art. 1715 of the *Civil Code* arises in "cases of contracts made by the master of a ship for her use." I will explore the nature of this exception with a view both to understanding the role played by principles of mandate and agency in Canadian maritime law, and to illuminating the scope of the general civil law rule by virtue of defining the exception to it.

(a) Disclosure by a Mandatary of its Mandator Under the *Civil Code*

For the sake of convenience, I reproduce arts. 1715, 1716 and 2395 of the Code:

**1715.** The mandatary acting in the name of the mandator and within the bounds of the mandate is not personally liable to third persons with whom he contracts, except in the case of factors hereinafter specified in article 1738, and in the cases of contracts made by the master of a ship for her use.

**1716.** A mandatary who acts in his own name is liable to the third party with whom he contracts, without prejudice to the rights of the latter against the mandator also.

**2395.** The master is personally liable to third persons for all obligations contracted by him respecting the ship, unless by express terms the credit is given to the owners only.

Subject to the exceptions in art. 1715, arts. 1715 and 1716 establish symmetrical and exhaustive rules of contractual liability. A mandatary acting "in his own name" is not a mandatary "acting in the name of the mandator" and vice versa. The source of the disagreement between the majority and the minority in the court below is that the Code does not specify whether a mandatary who has revealed its status as mandatary but not the

affaires de droit maritime qui soulèvent des questions de mandat dépend de la manière dont il faut caractériser les rapports existant entre le capitaine et le propriétaire du navire: voir, par exemple, *The «Lanarkshire»* (1855), 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, 164 E.R. 380 (une affaire qui avait pris naissance au Québec), *The «Milan»* (1861), Lush. 388, 167 E.R. 167, et *The Onward* (1873), L.R. 4 A. & E. 38.

Il est donc remarquable que l'une des exceptions au régime général du mandat prévu à l'art. 1715 du *Code civil* est le «cas de contrats faits par le maître pour l'usage de son bâtiment». Je me propose d'examiner la nature de cette exception dans le but de comprendre le rôle joué par les principes du mandat de droit civil et du mandat de *common law* dans le droit maritime canadien, et de clarifier la portée de la règle générale de droit civil en définissant l'exception.

a) Divulgence par un mandataire de l'identité de son mandant en vertu du *Code civil*

Par souci de commodité, je reproduis les art. 1715, 1716 et 2395 du Code:

**1715.** Le mandataire agissant au nom du mandant et dans les limites de son mandat n'est pas responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte, excepté dans le cas du facteur ci-après spécifié en l'article 1738, et dans le cas de contrats faits par le maître pour l'usage de son bâtiment.

**1716.** Le mandataire qui agit en son propre nom est responsable envers les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits de ces derniers contre le mandant.

**2395.** Le maître est personnellement responsable envers les tiers pour toutes les obligations qu'il contracte à l'égard du bâtiment, à moins que le crédit n'ait été donné en termes exprès au propriétaire seul.

Sauf les exceptions prévues à l'art. 1715, les art. 1715 et 1716 établissent des règles symétriques et exhaustives en matière de responsabilité contractuelle. Un mandataire agissant «en son propre nom» n'est pas un mandataire «agissant au nom du mandant», et vice versa. Le désaccord entre la majorité et la minorité en Cour d'appel dans la présente affaire vient de ce que le Code ne précise pas si un mandataire qui a révélé sa qualité de



name of the mandator acts "in its own name". As Owen J.A. rightly observed (at pp. 438-39):

A combination of Art. 1715 C.C. and Art. 1716 C.C. *might* have read:

The mandatary if he names or sufficiently identifies his mandator and acts within the bounds of his mandate is not personally liable toward the third person with whom he contracts but if he acts in his own name he is personally liable.

In fact, art. 1715 and Art. 1716 read otherwise.

To demonstrate that the Code did not mean what the majority claimed it did, the learned judge borrowed the interpretation of the phrase "acting in the name of the mandator" suggested by Nolan J.A. (e.g., at p. 420). Owen J.A.'s point was that the Code did not specifically provide that the mandatary should be liable for failure to name or sufficiently identify the mandator. He went on to suggest that the phrase "acting in the name of the mandator" was best interpreted to mean "acting in his quality as mandatary". Of course, that language could just as readily have been substituted into the Code but was not.

The difference between the majority and the minority therefore comes to this. The majority interprets the phrase "acting in the name of the mandator" as creating a series of contractual formalities protecting the third party and thus interprets the phrase "in his own name" restrictively. The minority interprets the phrase "in his own name" as creating the sole contractual formality through which the mandatary can be rendered liable and thus interprets the phrase "acting in the name of the mandator" restrictively. Simply put, arts. 1715 and 1716 are ambiguous. The task becomes to determine whether greater or lesser contractual formalism best serves the conceptual scheme of the Code.

In case of ambiguity, the Code itself must be the first point of inquiry. In his book setting out the principles for interpreting the Code, principles

mandataire mais non l'identité de son mandant agit «en son propre nom». Le juge Owen fait remarquer avec justesse (aux pp. 438 et 439):

[TRANSDUCTION] Une fusion de l'art. 1715 C.c. et l'art. 1716 C.c. *aurait pu* porter:

Le mandataire, s'il nomme ou identifie d'une manière suffisante son mandant et s'il agit dans les limites de son mandat, n'est pas personnellement responsable envers les tiers avec qui il contracte, mais, s'il agit en son propre nom, il engage sa responsabilité personnelle.

Mais, en réalité, ce n'est pas ce que disent les art. 1715 et 1716.

Afin de démontrer que le Code ne voulait pas dire ce que prétendait la majorité, le juge a emprunté l'interprétation de l'expression «agissant au nom du mandant» proposée par le juge Nolan (par ex., à la p. 420). D'après le juge Owen, le Code ne prévoit pas expressément que le mandataire doit être responsable s'il ne nomme pas son mandant ou s'il ne l'identifie pas d'une manière suffisante. Il est préférable, a-t-il ajouté, de donner à l'expression «agissant au nom du mandant» le sens de [TRANSDUCTION] «agissant en sa qualité de mandataire». Évidemment, ces termes auraient tout aussi facilement pu être inclus dans le Code, mais ils ne l'ont pas été.

La différence entre la majorité et la minorité revient donc à ceci: la majorité interprète l'expression «agissant au nom du mandant» comme créant un ensemble de formalités contractuelles destinées à protéger les tiers et donne en conséquence une interprétation restrictive à l'expression «en son propre nom». La minorité, par contre, interprète l'expression «en son propre nom» comme créant l'unique formalité contractuelle par laquelle la responsabilité du mandataire puisse être engagée et donne en conséquence une interprétation restrictive à l'expression «agissant au nom du mandant». Les articles 1715 et 1716 sont tout simplement ambigus. Cela étant, notre tâche consiste à déterminer si l'économie du Code est mieux servie par un formalisme contractuel plus grand ou moins grand.

En cas d'ambiguïté, il faut commencer par examiner le Code lui-même. Dans son livre énonçant les principes d'interprétation du Code, lesquels,

which remain, in the words of Professor Tancelin (Foreword to the 1980 edition, at p. iii) "every bit as valid today as they were in 1907", Dean Frederick Walton discusses the proper approach to take in such a case (op. cit., at p. 100):

**Rule Six.**

*When the Code is ambiguous or uncertain it must be interpreted.*

**Rule Seven.**

*For such interpretation the best guide will be the Code itself.*

By comparing other articles of the Code with the one of which the meaning is disputed the true sense of the doubtful article may be demonstrated.

These rules require one to seek a principled resolution of the ambiguity based on a coherent interpretation of the Code as a whole. In the *Traité de Droit civil du Québec* (1952), t. 13, Roch and Paré make a useful observation comparing arts. 1715 and 2395 (at p. 66):

[TRANSLATION] However, in this article the Code provides for two exceptions. We ascribe the first to art. 1738 C.C. The other is part of maritime law and the question it raises is answered by art. 2395 C.C.: a ship's master is a mandatary of the owner; his powers are by custom very wide and they are governed by the rules of mandate. It is precisely because of his great freedom of action and the fact that he can easily trifle with third parties that the law is more strict with a ship's master and denies him the benefit of art. 1715 C.C.

When one contrasts the rules in arts. 1715 and 2395, one sees that the two rules establish opposite presumptive liability rules, rules around which the parties must bargain. But they do not establish public order formalities (such as, for example, the requirement that all hypothecs must be in notarial form: see art. 2040 C.C.L.C.) which limit the parties' freedom of contract (see art. 13 C.C.L.C.) Articles 1715 and 2395 are designed to serve freedom of contract, not restrict it. Thus, where a third party wishes to engage the personal responsibility of an ordinary mandatary acting "in the name of the mandator", that mandatary must agree to be bound by the contract. On the other hand, where a master wishes to avoid personal liability, the third party must agree to an exclusion

selon le professeur Tancelin (avant-propos de l'édition de 1980, à la p. iii), «ont gardé toute leur actualité», le doyen Frederick Walton parle de la méthode qu'il convient d'employer dans un tel cas

<sup>a</sup> (op. cit., à la p. 100):

**Sixième règle**

*Lorsque le code présente une ambiguïté ou une incertitude, il faut l'interpréter.*

<sup>b</sup> **Septième règle**

*Le meilleur guide pour faire cette interprétation est le code lui-même.*

<sup>c</sup> On peut trouver le sens d'un article dont la signification est douteuse en le confrontant avec d'autres articles du code.

Suivant ces règles, on doit chercher, par l'application de certains principes, à dissiper l'ambiguïté en donnant une interprétation cohérente à l'ensemble du Code. Roch et Paré, dans le *Traité de Droit civil du Québec* (1952), t. 13, font des observations utiles en comparant les art. 1715 et 2395 (à la p. 66):

<sup>e</sup> Le code sous le présent article prévoit cependant deux exceptions. Nous référons la première à l'article 1738 c.c. L'autre relève du droit maritime et la question qu'elle soulève est résolue par l'article 2395 c.c.: le maître d'un bâtiment est le mandataire du propriétaire; ses pouvoirs sont, suivant l'usage, très étendus et ils sont régis par les règles du mandat. C'est précisément à cause de sa vaste capacité d'agir et du fait qu'il pourrait facilement se jouer des tiers que la loi se montre plus sévère à l'endroit du maître de bâtiment et lui dénie le bénéfice de l'article 1715 c.c.

<sup>g</sup> Si on compare les règles énoncées aux art. 1715 et 2395, on se rend compte qu'elles créent des présomptions opposées en matière de responsabilité, présomptions dont les parties doivent tenir compte en négociant leur contrat. Ces règles n'établissent toutefois pas de formalités d'ordre public (telles que l'exigence que toutes les hypothèques soient en forme notariée: voir l'art. 2040 C.c.B.-C.) qui viennent restreindre la liberté contractuelle des parties (voir l'art. 13 C.c.B.-C.) Les articles 1715 et 2395 visent à favoriser la liberté contractuelle et non à la restreindre. Donc, lorsqu'une tierce personne désire que soit engagée la responsabilité personnelle d'un mandataire ordinaire «agissant au nom du mandant», ce mandataire doit consentir à être lié par le contrat. Par contre, lorsqu'un capi-

of responsibility. So in the case of contracts which come under the terms of art. 1715, once informed that the agent is acting "in the name of the mandator", the onus is on the third party to procure the mandatary's agreement to be held personally liable. The difference between these two presumptive rules does not turn on the identity of the mandator. Rather, it turns on the characterization of the powers of the mandatary and the relative degree of control by the mandator. In *The Rebecca*, *supra*, at p. 380, Ware J. described the old view of the ship's master as "the chief and the acting and responsible head of a maritime adventure"; that is, a mandatary with a great deal of power and subject to little control by the mandator. Roch and Paré correctly note that the rationale for art. 2395 was the perceived [TRANSLATION] "great freedom of action" of the master. While that may be less true of the modern-day ship's master, it nonetheless points to the crucial element underlying the difference between the liability regimes.

In shifting the presumptive rule, the Code adds to the contractual formalities the mandatary must bargain for if it is to escape liability. In a sense, the exception in art. 2395 is a precursor of the technique employed in consumer protection statutes. Where a contracting party is judged to require particular protection, usually because of unequal bargaining positions, the law often has recourse to greater contractual formalism. In the case of art. 2395, the third party dealing with the ship's master is judged to require additional protection because of the master's unusually large role in the success or failure of the contract.

The other exception to art. 1715, art. 1738, also imposes greater contractual formalism for the benefit of third parties judged to need additional protection. It provides:

taine ne veut pas que sa responsabilité personnelle soit engagée, la tierce personne doit consentir à l'exclusion de sa responsabilité. Il en résulte, dans le cas de contrats qui relèvent de l'art. 1715, qu'une fois qu'elle a été informée que le mandataire agit «au nom du mandant», la tierce personne doit obtenir le consentement du mandataire à ce qu'il soit tenu personnellement responsable. La différence entre ces deux présomptions n'a rien à voir avec l'identité du mandant. La différence tient plutôt à la caractérisation des pouvoirs du mandataire et du degré de contrôle relatif exercé par le mandant. Dans la décision *The Rebecca*, précitée, à la p. 380, le juge Ware a énoncé l'ancienne conception selon laquelle le capitaine d'un navire était le [TRADUCTION] «chef responsable d'une entreprise maritime», c'est-à-dire un mandataire investi d'un grand pouvoir qui n'est soumis qu'à un contrôle limité de la part de son mandant. Roch et Paré soulignent, avec justesse, que la raison d'être de l'art. 2395 a été ce qu'on percevait comme la «vaste capacité d'agir» du capitaine. Bien que cette affirmation puisse être moins exacte dans le cas du capitaine de navire à l'époque moderne, elle fait néanmoins ressortir l'élément crucial qui sous-tend la différence entre les deux régimes de responsabilité.

En déplaçant la présomption, le Code ajoute au nombre des formalités que le mandataire doit négocier s'il veut éviter que sa responsabilité ne soit engagée. Dans un sens, l'exception énoncée à l'art. 2395 est le précurseur de la technique employée dans les lois portant sur la protection du consommateur. Lorsqu'on juge qu'une partie contractante a besoin d'une protection particulière, généralement en raison de l'inégalité des pouvoirs de négociation des parties, la loi a souvent recours à un plus grand formalisme contractuel. Dans le cas de l'art. 2395, la tierce personne faisant affaire avec le capitaine d'un navire est considérée comme nécessitant une protection supplémentaire à cause du rôle exceptionnellement vaste que joue le capitaine dans le succès ou l'échec du contrat.

L'article 1738, qui est l'autre exception à l'art. 1715, impose lui aussi un plus grand formalisme contractuel en faveur des tierces personnes considérées comme ayant besoin d'une protection accrue. L'article 1738 est ainsi rédigé:

1738. A factor whose principal resides in another country is personally liable to third persons with whom he contracts, whether the name of the principal be known or not. The principal is not liable on such contracts to the third parties, unless it is proved that the credit was given to both principal and factor, or to the principal alone.

As in the case of art. 2395, the mandatary in question, one who buys or sells goods for a mandator residing in another country, is judged to have an unusually large role in the success or failure of the contract. Interestingly enough, the contractual formality added by the Code is not that the whereabouts of the mandator must be identified specifically. Rather, the Code forces the mandatary to bargain for exclusion of liability. As Roch and Paré comment (at p. 120):

[TRANSLATION] The provision is justified on the basis of the assumption that a third party, who has dealt with an agent he knows, has extended credit to the latter rather than to the foreign principal, whom he does not know and who is not subject to the laws nor compellable as a party in the courts where the contract was made. However it has been held that, although the agent is legally presumed to be liable when he acts for a foreign principal, he may escape such liability by the terms of the contract or the surrounding circumstances.

Mignault's comments are to the same effect (*Le droit civil canadien* (1909), t. 8, at p. 85).

The difference between the presumptive liability rules in art. 1715 and the exceptions to it helps to identify the proper interpretation of the phrase "in the name of the mandator". If the Code establishes exceptional rules adding contractual formalities where the third party is judged to need protection, the general rule should be interpreted to impose minimal formalism on the parties. Under the general regime, parties are deemed to have equivalent bargaining power and to be able to protect themselves by negotiating for contractual safeguards. Of course, the third party cannot negotiate for additional protection if it is unaware that it is dealing with a mandatary and not someone acting in their own name. The minimal formality imposed by art. 1715, then, is that the third party be informed of this fact. This is consonant

1738. Le facteur qui a son principal dans un autre pays est responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte, soit que le nom du principal soit connu ou ne le soit pas. Le principal n'est pas responsable envers les tiers sur semblables contrats, à moins qu'il ne soit établi que le crédit a été donné également au principal comme au facteur, ou au principal seul.

Comme dans le cas de l'art. 2395, le mandataire en question, celui qui achète ou qui vend des biens pour un mandant résidant dans un autre pays, est considéré comme ayant un rôle exceptionnellement vaste dans le succès ou l'échec du contrat. Fait intéressant, la formalité contractuelle ajoutée par le Code n'est pas une obligation de préciser où se trouve le mandant. Le Code oblige plutôt le mandataire à négocier en vue d'obtenir l'exclusion de sa responsabilité. Comme l'affirment Roch et Paré (à la p. 120):

On justifie la disposition en disant que l'on doit présumer que le tiers qui a traité avec l'agent qu'il connaît, a donné crédit à celui-ci plutôt qu'au commettant étranger qu'il ne connaît pas et qui n'est pas soumis aux lois ni justiciable des tribunaux de l'endroit où le contrat a été fait. On a décidé toutefois, que quoique la responsabilité du facteur soit présumée par la loi quand il agit pour un principal étranger, il peut s'en décharger par les termes du contrat ou par les circonstances qui l'ont accompagné.

Mignault fait des observations qui vont dans le même sens (*Le droit civil canadien* (1909), t. 8, à la p. 85).

La différence entre la présomption de responsabilité qu'établit l'art. 1715 et les exceptions à cette présomption nous aide à déterminer la façon dont l'expression «au nom du mandant» doit s'interpréter. Si le Code établit des règles exceptionnelles qui ajoutent des formalités contractuelles lorsqu'on juge que la tierce personne a besoin de protection, la règle générale doit être interprétée de manière à imposer aux parties le moins de formalisme possible. Sous ce régime général, les parties sont réputées disposer d'un pouvoir de négociation équivalent et capables de se protéger en faisant inclure dans le contrat des clauses protectrices. Bien entendu, la tierce personne ne peut négocier en vue d'obtenir une protection supplémentaire si elle ignore qu'elle fait affaire avec un mandataire plutôt qu'avec quelqu'un qui agit en son propre

with art. 1030 on the effect of contracts with regard to third parties, which provides:

**1030.** A person is deemed to have stipulated for himself, his heirs and legal representatives, unless the contrary is expressed, or result from the nature of the contract.

Under the *Civil Code*, parties are generally free to stipulate that a contract is undertaken on behalf of another, but the presumption to the contrary must be rebutted. The Code prescribes no formality as to the method by which the presumption is to be rebutted. That is to be determined according to the will of the parties.

If the rules created by arts. 1715 and 1716 are designed to facilitate the will of the mandatary and third party, two parties deemed to have equivalent bargaining power, and not so much designed to protect third parties deemed to be in a weaker bargaining position, Owen J.A.'s interpretation of the rules is the better one (at p. 438):

There should not be read into the words «acting in the name of the mandator» a formal requirement that the mandatary must, without being asked, disclose the name or the identity of his mandator to the third person with whom he contracts in order to avoid personal liability toward such third person.

If the mandatary is asked by the third party to name or identify his mandator and the mandatary is evasive or conceals the name or identity of his mandator the situation might be different. Similarly if the mandatary names as his mandator one who is not his mandator the situation might be different.

Once a mandatary has revealed, as in this case, that it is acting “on behalf of our principals” and “as managing operators only”, both parties are in a position to bargain for the contractual protection they desire. If both parties are prepared to contract on the basis that the existence of a mandator is disclosed but the specific mandator is left unidentified, they can do so. This may be useful to both parties for example, where the identity of the mandator changes from time to time because the mandatary is acting as intermediary on behalf of a

nom. L'article 1715 impose donc comme formalité minimale que la tierce personne soit informée de ce fait. Cela est conforme à l'art. 1030 portant sur l'effet relatif des contrats. En voici le texte:

**1030.** On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et représentants légaux, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature du contrat.

*a* Sous le régime du *Code civil*, les parties sont généralement libres de stipuler qu'elles contractent au nom d'autrui, mais la présomption contraire doit être réfutée. Le Code ne prescrit toutefois aucune formalité quant à la manière de la réfuter.

*c* C'est là un point qui doit se régler selon la volonté des parties.

Si les règles qu'établissent les art. 1715 et 1716 visent moins à protéger les tiers dont le pouvoir de négociation est jugé plus faible qu'à aider le mandataire et la tierce personne, deux parties qui sont réputées négocier à armes égales, à arriver à un accord des volontés, c'est l'interprétation donnée à ces règles par le juge Owen qu'il faut préférer (à la p. 438):

[TRADUCTION] On ne devrait pas prêter à l'expression «agissant au nom du mandant» une exigence formelle que le mandataire révèle, sans qu'on lui en fasse la demande, le nom ou l'identité de son mandant à la tierce personne avec qui il contracte s'il ne veut pas que sa responsabilité personnelle soit engagée envers cette tierce personne.

Si le tiers demandait au mandataire de nommer ou d'identifier son mandant et que le mandataire répondait d'une manière évasive ou ne révélait pas le nom ni l'identité du mandant, il pourrait en être autrement. De même, si le mandataire disait que son mandant est quelqu'un qui n'a pas cette qualité, la situation pourrait être différente.

Du moment qu'un mandataire divulgue, ainsi qu'on l'a fait en l'espèce, qu'il agit «au nom de [ses] mandants» et «en qualité d'exploitant-gérant uniquement», l'une et l'autre partie est en mesure de négocier en vue d'obtenir la protection contractuelle qu'elle souhaite. Si les deux parties sont prêtes à contracter sur la base de la divulgation de l'existence d'un mandant, sans que celui-ci ne soit nommé, libre à elles de le faire. Cela peut être utile pour les deux parties, par exemple lorsque l'identité du mandant change à l'occasion parce

number of mandators, or where the relations among the various intermediaries follow a well-defined custom of the trade: for a description of the function of "managing operators" like Chartwell, see L. Gorton, R. Ihre and A. Sandevärn, *Shipbroking and Chartering Practice* (2nd ed. 1984), at pp. 79-80 and 92-94; for a description of the function of local "ship's agents", such as Q.N.S., see D. J. Hill, *Freight Forwarders* (1972), at p. 49. The Code does not stand in the way of such bargains. To require that the mandatary be identified would make such bargains impossible or more cumbersome and thus thwart the will of the parties. On the other hand, where the mandatary fails to reveal the existence of a mandator, causes the third party to believe that it is acting in its own name, misleads the third party as to the existence of the mandator, or does not make it possible for the third party to identify the mandator, the third party was not in a position to bargain for its own protection and the mandatary will be held personally liable (see, for example, *Pearson v. Lighthall* (1895), 7 C.S. 201 and *Conroy v. Peden* (1921), 32 K.B. 476, as well as Owen J.A.'s discussion in the court below at pp. 441-49). In short, the agreement must be examined as a whole to determine whether it was the will of the parties that the mandatary be bound in its own name or, rather, contract only as mandatary.

Thus, the interpretation favoured by Owen J.A. in the court below accords best with the conceptual scheme of the Code. It is unnecessary to review the case law and doctrine so ably discussed by the Court of Appeal. Suffice it to say that a harmonious interpretation of the Code leads to the conclusion I have outlined, and I am not persuaded to take a contrary view by reasoning to the opposite effect found in certain doctrinal writings and judicial decisions. Where, as here, a comparison of codal provisions provides a principled resolution of an ambiguity, one's inquiry into the Code is at an end (see Mignault, "Le Code civil de la province

que le mandataire sert d'intermédiaire à un certain nombre de mandants ou lorsque les rapports entre les différents intermédiaires sont organisés selon une coutume bien établie dans le domaine en question: pour une description du rôle des «exploitants-gérants» comme Chartwell, voir L. Gorton, R. Ihre et A. Sandevärn, *Shipbroking and Chartering Practice* (2<sup>e</sup> éd. 1984), aux pp. 79 et 80, 92 à 94; pour une description du rôle des «agents maritimes» locaux comme Q.N.S., voir D. J. Hill, *Freight Forwarders* (1972), à la p. 49. Le Code ne vient pas faire obstacle à de tels accords. Exiger que le mandataire soit identifié rendrait la conclusion de tels accords impossible ou plus difficile, ce qui contrecarrerait la volonté des parties. Par ailleurs, si le mandataire omet de révéler l'existence d'un mandant, s'il fait croire à la tierce personne qu'il agit en son propre nom, s'il induit la tierce personne en erreur quant à l'existence du mandant ou s'il ne fait pas en sorte que la tierce personne puisse identifier le mandant, cette tierce personne n'est pas en mesure de négocier en vue d'assurer sa propre protection et la responsabilité personnelle du mandataire sera engagée (voir, par exemple, *Pearson v. Lighthall* (1895), 7 C.S. 201 et *Conroy v. Peden* (1921), 32 B.R. 476, ainsi que l'analyse du juge Owen de la Cour d'appel dans la présente affaire, aux pp. 441 à 449). Bref, on doit examiner l'ensemble de l'accord afin de déterminer si les parties ont voulu que le mandataire soit personnellement lié ou qu'il contracte uniquement en qualité de mandataire.

Ainsi, l'interprétation préférée par le juge Owen de la Cour d'appel s'accorde le mieux avec l'économie du Code. Il n'est pas nécessaire de passer en revue la jurisprudence et la doctrine qui ont été si bien analysées par la Cour d'appel. Qu'il suffise de dire qu'une interprétation harmonieuse du Code mène à la conclusion que je viens d'exposer et le raisonnement allant dans le sens contraire que l'on trouve dans certains écrits doctrinaux et dans des décisions judiciaires ne me convainc pas d'adopter un point de vue opposé. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la comparaison de dispositions du Code nous permet de lever une ambiguïté d'une manière conforme aux principes, cela met fin à l'examen du Code (voir Mignault, «Le Code civil de la province de Québec et son interprétation»

de Québec et son interprétation" (1935), 1 *U. of T.L.J.* 104, and Walton, *op. cit.*, at pp. 101 ff.)

I would only add that I am reinforced in my conclusion by the position taken in other civilian jurisdictions. Although the ambiguity with respect to acting "in one's own name" is reproduced in other civil codes (see K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (1977), t. 2, at pp. 106 ff., and W. Müller-Freienfels, "Comparative Aspects of Undisclosed Agency" (1955), 18 *Mod. L. Rev.* 33), the general rule is that there is no [TRANSLATION] "legal relationship" between a mandatary and third parties (see Mazeaud and Mazeaud, *Leçons de droit civil* (5th ed. 1980), t. 3, at p. 872, and Aubry and Rau, *Droit civil français* (7th ed. 1975), t. 6, at p. 269). Furthermore, [TRANSLATION] "fitting-out officers and merchant shipping assistants" are not treated as subject to any special formalities in contracting on behalf of their mandators (see R. Rodière, *Traité général de droit maritime: affrètements & transports* (1970), t. 3, at pp. 44 ff., and *Traité général de droit maritime: introduction & armement* (1976), at pp. 531 ff.) Nevertheless, there has been some controversy in the doctrine as to whether certain maritime contracts signed simply "as agent" exclude liability of the mandatary (see A. Moussa, *Le consignataire du navire en droit français et égyptien* (1983), at pp. 318 ff., and A. Chao, "Réflexions sur la "Identity of Carrier Clause"" (1967), 19 *D.M.F.* 12). This only serves to demonstrate that the problem remains a live one.

(b) The Disclosure by an Agent of its Principal Under the Common Law

In *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] S.C.R. 852, this Court was confronted with a situation analogous to that in the instant case. In the clause of a bill of lading reserved for the signature, the following appeared:

In witness whereof, the Master, or agent on behalf of the Master of the said vessel has affirmed to 2 Bills of

(1935), 1 *U. of T.L.J.* 104, et Walton, *op. cit.*, aux pp. 101 et suiv.)

J'ajoute simplement que je suis renforcée dans ma conclusion par la position adoptée dans d'autres juridictions civilistes. Quoique l'ambiguïté que comporte l'expression agissant «en son propre nom» se retrouve dans d'autres codes civils (voir K. Zweigert et H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (1977), t. 2, aux pp. 106 et suiv., et W. Müller-Freienfels, «Comparative Aspects of Undisclosed Agency» (1955), 18 *Mod. L. Rev.* 33), la règle générale veut qu'il n'y ait pas de «rapport juridique» entre un mandataire et des tiers (voir Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de droit civil* (5<sup>e</sup> éd. 1980), t. 3, à la p. 872, ainsi qu'Aubry et Rau, *Droit civil français* (7<sup>e</sup> éd. 1975), t. 6, à la p. 269). En outre, les «agents de l'armement et auxiliaires de l'exploitation commerciale du navire» ne sont pas considérés comme soumis à des formalités particulières lorsqu'ils contractent pour leurs mandants (voir R. Rodière, *Traité général de droit maritime: affrètements & transports* (1970), t. 3, aux pp. 44 et suiv., et *Traité général de droit maritime: introduction & armement* (1976), aux pp. 531 et suiv.) Néanmoins, la question de savoir si certains contrats maritimes signés simplement [TRADUCTION] «en qualité de mandataire» écartent la responsabilité du mandataire a suscité quelque controverse dans la doctrine (voir A. Moussa, *Le consignataire du navire en droit français et égyptien* (1983), aux pp. 318 et suiv., ainsi que A. Chao, «Réflexions sur la «Identity of Carrier Clause»» (1967), 19 *D.M.F.* 12). Ces exemples ne font que démontrer l'actualité du problème.

b) Divulgarion par un mandataire de l'identité de son mandant en vertu de la common law

Dans l'affaire *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] R.C.S. 852, notre Cour se trouvait devant une situation analogue à celle qui se présente en l'espèce. La partie d'un connaissement où devait être apposée la signature contenait la mention suivante:

[TRADUCTION] En foi de quoi, le capitaine dudit navire, ou le mandataire du capitaine, a signé deux

Lading, all of this tenor and date, one of which accomplished, the others stand void.

Sprostons Limited,  
Bruce Brebner,  
Master, or Agents. <sup>a</sup>

When the cargo upon which the bill was issued did not arrive, the respondent company, the consignee and holder of the bill, sued the appellant shipowner and operator. The appellant argued that it was not liable under the bill because there was no contractual link between it and the respondent. There was nothing on the face of the bill to say that it was signed for the appellant.

A unanimous Court rejected the appellant's submissions and dismissed the appeal. Writing for the plurality, Rand J. noted (at pp. 854-55):

It is, I think, too late in the day to call in question the relation of the time charterer or his or the ship's agent towards cargo. The charterer has purchased the benefit of the carrying space of the ship; he is the only person interested in furnishing cargo; and the captain is bound to sign the bills of lading as presented, assuming them not to be in conflict with the terms of the charter party. The practical necessities involved in that situation were long ago appreciated by the courts and the authority of the charterer to sign for the captain confirmed.

For the purpose of committing cargo to carriage, the captain, the charterer and the ship's agent are all agents of the owner, acting in the name of the captain; and where the charterer has the authority, as here, to sign for the captain, that he may appoint and act by agent would seem to me to be unquestionable. To hold him to personal performance would, under modern conditions of traffic, be an intolerable restriction.

That Sproston's Limited were authorized by the charterers to act as they did in signing the bills of lading is not seriously questioned. The argument against their authority is really that neither the owner nor the captain had anything to do with their appointment; but that contention overlooks the point that the owner has

connaissements, tous les deux ayant la même teneur et portant la même date, l'un ayant été exécuté, l'autre étant nul.

Sprostons Limited  
Bruce Brebner  
Capitaine, ou ses  
mandataires.

La cargaison visée par le connaissement n'ayant pas été livrée, la société intimée, qui était à la fois consignataire et titulaire du connaissement, a poursuivi l'appelante qui était la propriétaire et l'exploitante du navire. L'appelante a soutenu qu'elle n'était pas responsable en vertu du connaissement parce qu'il n'existait pas de lien contractuel entre elle et l'intimée. Il n'y avait rien dans le connaissement qui disait qu'il avait été signé au nom de l'appelante.

La Cour a écarté à l'unanimité les moyens de l'appelante et a rejeté le pourvoi. S'exprimant au nom de deux de ses collègues, le juge Rand fait remarquer (aux pp. 854 et 855):

[TRADUCTION] À mon avis, il est trop tard pour mettre en doute les obligations de l'affrètement à temps ou de son mandataire ou de celui du navire quant à la cargaison. L'affrètement a acheté le privilège de se servir de l'espace destiné au transport sur le navire; il est la seule personne intéressée à fournir une cargaison; et le capitaine est tenu de signer les connaissements qu'on lui présente, en tenant pour acquis qu'ils sont conformes aux termes de la charte-partie. Les nécessités pratiques issues de cette situation ont depuis longtemps été reconnues par les tribunaux et le pouvoir de l'affrètement de signer au nom du capitaine est depuis longtemps confirmé.

Aux fins du transport d'une cargaison, le capitaine, l'affrètement et l'agent maritime sont tous des mandataires du propriétaire qui agissent au nom du capitaine; et lorsque l'affrètement est autorisé, comme c'est le cas en l'espèce, à signer pour le capitaine, il me paraît ne faire aucun doute qu'il peut nommer un mandataire et agir par son intermédiaire. L'astreindre à l'exécution personnelle constituerait, dans les conditions qui règnent à l'heure actuelle dans le domaine du transport maritime, une restriction intolérable.

On ne conteste pas sérieusement que Sproston's Limited ait été autorisée par l'affrètement à agir comme elle l'a fait en signant les connaissements. L'argument invoqué contre son pouvoir d'agir est en réalité qu'elle n'avait été nommée ni par la propriétaire ni par le capitaine; mais cet argument ne tient pas compte du fait que la proprié-



authorized the charterers to sign and that they in turn can do so by agents.

Locke J., with whom Taschereau J. concurred, also found that the bill was signed for the shipowner, despite the fact that the shipowner was not specifically named as a party. The necessary corollary of the Court's decision was that the signatory was only an agent and not the principal. More recently, in *Aris Steamship Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 S.C.R. 322, Ritchie J. noted (at p. 329) that "[t]he charter party considered in the *Paterson* case was indeed virtually identical with that which is at issue here" and went on simply to apply *Paterson*.

In *Wolfe Stevedores (1968) Ltd. v. Joseph Salter's Sons Ltd.* (1970), 2 N.S.R. (2d) 269, by contrast, (a case cited extensively in *Sabb, supra*) the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court, found an agent personally liable on a contract undertaken for a principal who subsequently went bankrupt. That case, much like the instant case, involved a stevedore and a shipping agent. However, unlike in the instant case, the contract between the stevedore and the shipping agent was entirely oral and no mention was ever made by the shipping agent that it was acting in that capacity and not as principal. Indeed, the stevedore's accounts were paid directly out of freight, and freight was collected by the agent. The Court reviewed the applicable principles from the law of agency to arrive at the rule that the question whether the agent contracted personally or solely in the capacity of agent depends on the intention of the parties and is to be deduced from the nature and terms of the particular contract and the surrounding circumstances, including any binding custom (see *Bowstead on Agency* (15th ed. 1985), at pp. 426 and 451; and Fridman, *The Law of Agency* (5th ed. 1983), at p. 211). Cooper J.A., for a unanimous court, was unable to find that there was a custom of the port of Halifax according to which a ship's agent would enter into oral contracts on behalf of its principal without specifically informing the stevedore that it was acting as agent. Cooper J.A. therefore concluded that the

taire a autorisé l'affrètement à signer, ce qu'il peut faire par l'intermédiaire de mandataires.

Le juge Locke, à l'opinion duquel le juge Taschereau a souscrit, conclut en outre que le connaissance avait été signé pour la propriétaire du navire, en dépit du fait que celle-ci n'était pas expressément nommée comme partie. Il découlait nécessairement de la décision de la Cour que le signataire n'était qu'un mandataire et qu'il n'agissait pas en son propre nom. Plus récemment, dans l'arrêt *Aris Steamship Co. c. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 R.C.S. 322, le juge Ritchie souligne (à la p. 329) que «[l]a charte-partie examinée dans l'affaire *Paterson* était de fait virtuellement identique à celle en litige ici» et il a simplement appliqué l'arrêt *Paterson*.

Par contre, dans l'arrêt *Wolfe Stevedores (1968) Ltd. v. Joseph Salter's Sons Ltd.* (1970), 2 N.S.R. (2d) 269 (un arrêt abondamment cité dans la décision *Sabb*, précitée), la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé un mandataire personnellement responsable en vertu d'un contrat conclu pour un mandant qui a par la suite fait faillite. Cette affaire, tout comme la présente, mettait en cause un acconier et un agent maritime. À la différence du cas qui nous occupe cependant, le contrat intervenu entre l'acconier et l'agent maritime était entièrement oral et l'agent maritime n'a jamais mentionné qu'il agissait en qualité de mandataire plutôt qu'en son propre nom. De fait, les comptes de l'acconier ont été payés à même le fret et le fret a été perçu par le mandataire. La cour a passé en revue les principes applicables du droit en matière de mandat et en a dégagé la règle selon laquelle la question de savoir si le mandataire a contracté personnellement ou uniquement en qualité de mandataire doit être tranchée en fonction de l'intention des parties, intention qui doit être déduite de la nature et des termes du contrat en cause et des circonstances qui l'ont entouré, y compris l'existence d'une coutume liant les parties (voir *Bowstead on Agency* (15<sup>e</sup> éd. 1985), aux pp. 426 et 451, et Fridman, *The Law of Agency* (5<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 211). Le juge Cooper, exprimant l'opinion unanime de la cour, n'a pu conclure qu'il existait au port d'Halifax une coutume suivant laquelle un agent maritime passait

agent had acted in its own name and was personally liable.

In the course of his reasons, Cooper J.A. relied heavily on the decision of Brandon J. in *The "Swan"*, *supra*, at p. 12, a case that was also relied upon a great deal by Desaulniers J. when rendering the trial judgment in the instant case. The case was also applied by Moir J.A., for the majority, in *Holt Renfrew and Co. v. Henry Singer Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 481 (Alta. C.A.), at p. 511. The following remarks of Brandon J. are particularly pertinent for the purposes of the instant case. They rely in part on the distinction between a "named principal" and a "disclosed principal" (see Fridman, *op. cit.*, at p. 187)—the latter term embracing a principal whose existence has been revealed, but whose exact identity remains unknown (at pp. 12-13):

Where A contracts with B on behalf of a disclosed principal C, the question whether both A and C are liable on the contract or only C depends on the intention of the parties. That intention is to be gathered from (1) the nature of the contract, (2) its terms and (3) the surrounding circumstances . . . .

Where it is stated in the contract that a person makes it "as agent for", or "on account of", or "on behalf of", or simply "for", a principal, or where words of that kind are added after such person's signature, he is not personally liable: *Gadd v. Houghton and Another*, (1876) 1 Ex. D. 357; *Universal Steam Navigation Company, Ltd. v. James McKelvie & Co.*, [1923] A.C. 492; *Kimber Coal Company, Ltd. v. Stone and Rolfe, Ltd.*, [1926] A.C. 414; (1926) 24 Ll.L.Rep. 429

Where such words are not used but the person is merely stated to be an agent, or the word "agent" is just added after his signature, the result is uncertain, because it is not clear whether the word is used as a qualification or merely as a description . . . .

Although too much emphasis should not be placed on the use of particular formulations deemed to

des contrats oraux pour le compte de son mandant sans informer expressément l'acconier qu'il agissait en tant que mandataire. Le juge Cooper a donc conclu que le mandataire avait agi en son propre nom et qu'il était ainsi personnellement responsable.

Dans ses motifs, le juge Cooper s'est appuyé fortement sur la décision du juge Brandon dans l'affaire *The «Swan»*, précitée, à la p. 12, une décision sur laquelle le juge Desaulniers s'est lui aussi fondé dans une large mesure en statuant en première instance dans la présente affaire. Elle a été appliquée également par le juge Moir, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Holt Renfrew and Co. v. Henry Singer Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 481 (C.A. Alb.), à la p. 511. Les observations du juge Brandon, reproduites ci-après, sont particulièrement pertinentes en l'espèce. Elles reposent en partie sur la distinction entre un «mandant nommé» et un «mandant ayant fait l'objet d'une divulgation» (voir Fridman, *op. cit.*, à la p. 187), ce dernier terme comprenant un mandant dont l'existence a été révélée, mais dont l'identité exacte demeure inconnue (aux pp. 12 et 13):

[TRANSDUCTION] Lorsque A contracte avec B pour le compte du mandant C qui a fait l'objet d'une divulgation, la réponse à la question de savoir si le contrat engage la responsabilité de A et C ou seulement celle de C dépend de l'intention des parties. Cette intention doit être déduite (1) de la nature du contrat, (2) de ses termes et (3) des circonstances l'ayant entouré . . . .

Lorsque le contrat stipule qu'une personne le conclut «en qualité de mandataire de», ou «pour le compte de», ou «au nom de» ou simplement «pour» un mandant, ou lorsque des mots de ce genre sont ajoutés après la signature de ladite personne, celle-ci n'est pas personnellement responsable: *Gadd v. Houghton and Another*, (1876) 1 Ex. D. 357; *Universal Steam Navigation Company, Ltd. v. James McKelvie & Co.*, [1923] A.C. 492; *Kimber Coal Company, Ltd. v. Stone and Rolfe, Ltd.*, [1926] A.C. 414; (1926) 24 Ll.L.Rep. 429.

Quand on n'emploie pas ces mots et qu'on dit simplement que la personne est un mandataire ou qu'on se contente d'ajouter le mot «mandataire» après sa signature, le résultat est incertain parce qu'il n'est pas clair si le mot est employé comme restriction ou simplement à titre descriptif . . . .

Bien qu'on doive se garder d'attacher trop d'importance à l'emploi de certaines formulations qui

exclude liability, nevertheless the terms chosen, interpreted in light of the contractual relationship as a whole, help to identify the roles the parties envisaged for themselves. In the instant case, given the contractual context of a managing operator for the charterer contracting with a stevedore, the phrases "as Managing Operators only" and "on behalf of our principals" suggest that the parties intended to relieve Chartwell of personal liability on the contract.

This conclusion is buttressed by the reasons of the Court of Appeal in *The "Santa Carina"*, *supra*. That case involved facts quite similar to the ones at hand. In interpreting the intention of the parties, Lord Denning, M.R., distinguished between two kinds of situations (at p. 481):

It may be that the other contracting party knows that the man is only an agent, but, as he does not know who the principal is, it is to be inferred that he does not rely on the credit of the principal but looks to the agent. That, I think, is the thought underlying the dictum of Mr. Justice Salter in *Benton v. Campbell, Parker & Co. Ltd.*, [1925] 2 K.B. 410 at p. 414, and the American Restatement on Agency in the comment to par. 321. But in other cases that may not be the proper inference. There are cases where, although the man who supplied the goods knows that the other is an agent and does not know his principal, nevertheless he is content to look to the credit of that principal whoever he may be.

Lord Denning was prepared to conclude that the case before him fell into the second category because: (1) the agents in question were brokers who had filled that function before; (2) the accounts had always been paid by the principals either directly or through the brokers; and (3) in the circumstances, the suppliers would look to the charterers or the owners as the people to be relied upon.

Lord Roskill, in his concurring judgment, cited the same dictum of Salter J. referred to by Lord Denning, M.R., but only to criticize it (at p. 484):

sont réputées exclure la responsabilité, il reste que les termes choisis, interprétés à la lumière des relations contractuelles dans leur ensemble, nous aident à déterminer les rôles que les parties ont envisagés pour elles-mêmes. Dans la présente instance, étant donné le contexte contractuel d'une exploitante-gérante pour l'affrèteur qui a contracté avec un acconier, les expressions «en qualité d'exploitante-gérante uniquement» et «au nom de nos mandataires» laissent entendre que les parties ont voulu dégager Chartwell de toute responsabilité personnelle relativement au contrat.

Cette conclusion est étayée par les motifs de la Cour d'appel dans l'affaire *The «Santa Carina»*, précitée, dont les faits se rapprochent beaucoup de ceux de l'espèce. En interprétant l'intention des parties, le maître des rôles lord Denning fait une distinction entre deux types de situations (à la p. 481):

[TRADUCTION] Il se peut que l'autre partie contractante sache qu'il s'agit simplement d'un mandataire, mais, comme elle ignore l'identité du mandant, on doit en déduire qu'elle se fie non pas au crédit du mandant, mais à celui du mandataire. Voilà, selon moi, l'idée qui sous-tend l'opinion exprimée par le juge Salter dans l'affaire *Benton v. Campbell, Parker & Co. Ltd.*, [1925] 2 K.B. 410, à la p. 414, et qui sous-tend également le commentaire portant sur l'art. 321 du *Restatement on Agency* des États-Unis. Dans d'autres cas, toutefois, cette déduction pourrait ne pas être justifiée. Il existe en fait des cas où, bien qu'il sache qu'il a affaire à un mandataire et bien qu'il ne connaisse pas le mandant de celui-ci, le fournisseur des marchandises est néanmoins satisfait de se fier au crédit de ce mandant, qui qu'il soit.

Lord Denning était disposé à conclure que l'affaire dont il se trouvait saisi tombait dans la seconde catégorie parce que: (1) les mandataires en question étaient des courtiers qui avaient déjà rempli la fonction de mandataire, (2) les comptes avaient toujours été acquittés par les mandants, soit directement, soit par l'intermédiaire des courtiers, et (3) dans les circonstances, c'est sur les affrèteurs ou les propriétaires qu'auraient compté les fournisseurs.

Lord Roskill, dans ses motifs concordants, a cité l'opinion du juge Salter à laquelle s'était référé le maître des rôles lord Denning, mais seulement pour la critiquer (à la p. 484):

Where an agent purports to make a contract for a principal disclosing the fact that he is acting as an agent, but not naming his principal, the rule is that, unless a contrary intention appears, he makes himself personally liable on the authorized contract.

No other authorities have been cited in support of that wide proposition which that learned Judge there laid down . . . I think that it is out of line with the general tenor of the English authorities. It is much too wide if it were intended to be of general application and it ought not to be relied upon . . .

Lord Roskill's approach is the right one. To add a burden of proof on the mandatary would blur the focus of analysis: the goal is to identify the intention of the parties (see *Bowstead on Agency*, op. cit., at pp. 432-35; Fridman, op. cit., at pp. 206-11; *Carver's Carriage by Sea* (13th ed. 1982), vol. 1, at pp. 429-35; however, for some important possible qualifications, see W. Tetley, *Marine Cargo Claims* (2nd ed. 1978), at pp. 88 ff.; and F. M. B. Reynolds, "The Demise Clause (*The Jalamohan*)," [1988] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 285). If, for example, an examination of the contractual relationship reveals that the third party was relying on the credit of the agent, not its principal, this is as much as to say the third party intended to contract with the agent *qua* principal, not *qua* agent.

Paragraph 321 of the *Restatement of the Law (Second): Agency 2d* (1958), vol. 2, at p. 70, to which Lord Denning, M.R., refers, together with par. 4(2) (vol. 1, at p. 17), provide as follows:

**§4. Disclosed Principal; Partially Disclosed Principal; Undisclosed Principal**

(2) If the other party has notice that the agent is or may be acting for a principal but has no notice of the principal's identity, the principal for whom the agent is acting is a partially disclosed principal.

**§321. Principal Partially Disclosed**

Unless otherwise agreed, a person purporting to make a contract with another for a partially disclosed principal is a party to the contract.

[TRANSDUCTION] Lorsqu'un mandataire prétend conclure un contrat pour un mandant en signalant qu'il agit en qualité de mandataire, mais sans nommer son mandant, la règle veut que, sauf indication d'une intention contraire, il engage sa responsabilité personnelle relativement au contrat autorisé.

Aucune autre décision n'a été citée à l'appui de la proposition de portée générale qu'y énonce le juge [. . .] Je crois qu'elle ne s'accorde pas avec la teneur générale de la jurisprudence anglaise. Sa portée est bien trop large si l'on voulait qu'elle soit d'application générale et elle ne devrait pas être invoquée . . .

L'approche de lord Roskill est la bonne. Imposer au mandataire un fardeau supplémentaire en matière de preuve détournerait l'analyse de son objet, qui est de déterminer l'intention des parties (voir *Bowstead on Agency*, op. cit., aux pp. 432 à 435, Fridman, op. cit., aux pp. 206 à 211, *Carver's Carriage by Sea* (13<sup>e</sup> éd. 1982), vol. 1, aux pp. 429 à 435; toutefois, pour d'importantes restrictions possibles, voir W. Tetley, *Marine Cargo Claims* (2<sup>e</sup> éd. 1978), aux pp. 88 et suiv., et F. M. B. Reynolds, «The Demise Clause (*The Jalamohan*)», [1988] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 285). Si, par exemple, il se dégage d'un examen des relations contractuelles que la tierce personne se fiait au crédit du mandataire et non pas à celui du mandant, cela revient à dire que l'intention du tiers a été de contracter avec le mandataire personnellement et non pas avec le mandataire en sa qualité de mandataire.

L'article 321 du *Restatement of the Law (Second): Agency 2d* (1958), vol. 2, à la p. 70, auquel s'est référé le maître des rôles lord Denning, et le par. 4(2) (vol. 1, à la p. 17) sont ainsi rédigés:

[TRANSDUCTION] **Art. 4.** Mandant faisant l'objet d'une divulgation; mandant faisant l'objet d'une divulgation partielle; mandant ne faisant l'objet d'aucune divulgation

(2) Si l'autre partie est informée que le mandataire agit ou qu'il se peut qu'il agisse pour un mandant, sans que l'identité de celui-ci ne lui soit signalée, le mandant pour lequel le mandataire agit est un mandant qui fait l'objet d'une divulgation partielle.

**Art. 321.** Mandant faisant l'objet d'une divulgation partielle

Sauf accord contraire, une personne qui prétend contracter au nom d'un mandant faisant l'objet d'une divulgation partielle est une partie au contrat qu'elle conclut.

This rule is framed on the assumption that where the principal is partially disclosed, the third party is in a weaker bargaining position than the agent, as the commentary following § 321 makes clear (vol. 2, at p. 70):

The inference of an understanding that the agent is a party to the contract exists unless the agent gives such complete information concerning his principal's identity that he can be readily distinguished. If the other party has no reasonable means of ascertaining the principal, the inference is almost irresistible and prevails in the absence of an agreement to the contrary.

The commentary fails to make clear why the third party is not in a position to bargain for whatever additional information it requires once it knows it is dealing with a mandatary. Under this rule, a third party could even have an incentive not to seek additional information, because it potentially might hold both the agent and the principal liable, and could thus procure additional security. The better understanding is that the contract relationship itself should be analysed to determine what degree of information the parties sought and were prepared to disclose. It is true that fully informed parties can always bargain around the rule formulated in the *Restatement*. They can add clauses specifying that the agent of the partially disclosed principal has the status of an agent for the purposes of the contract. But uninformed parties risk having their intentions frustrated.

Nevertheless, the Fifth, Seventh and Tenth Circuits have all recently applied the rule as formulated by the *Restatement* § 321 (see *Lubbock Feed Lots, Inc. v. Iowa Beef Processors Inc.*, 630 F.2d 250 (5th Cir. 1980), at p. 257; *Powers v. Coffeyville Livestock Sales Co.*, 665 F.2d 311 (10th Cir. 1981), at p. 312; and *Evans Products Co. v. Interstate Commerce Commission*, 729 F.2d 1107 (7th Cir. 1984), at p. 1113). However, there is an exception to the *Restatement* precisely in the area of maritime law. Where the agent has identified the vessel and identified itself as the agent of the

Cette règle tient pour acquis que, dans le cas où le mandant fait l'objet d'une divulgation partielle, la tierce personne se trouve désavantagée par rapport au mandataire dans la négociation du contrat; c'est ce qui ressort nettement du commentaire qui suit l'art. 321 (vol. 2, à la p. 70):

[TRADUCTION] On peut déduire qu'il est entendu que le mandataire est partie au contrat, à moins que ce mandataire ne donne concernant l'identité de son mandant des renseignements assez complets pour que celui-ci puisse être reconnu aisément. Si l'autre partie ne dispose d'aucun moyen raisonnable de déterminer l'identité du mandant, cette déduction devient presque impérieuse et l'emporte en l'absence d'un accord contraire.

Ce commentaire ne précise pas pourquoi la tierce personne n'est pas en mesure de négocier en vue d'obtenir le complément d'information dont elle a besoin, du moment qu'elle sait qu'elle a affaire à un mandataire. Suivant cette règle, une tierce personne pourrait même être incitée à ne pas demander d'autres renseignements du fait qu'elle pourrait éventuellement faire engager la responsabilité et du mandataire et du mandant, s'assurant ainsi une garantie supplémentaire. Le point de vue préférable est celui selon lequel les relations contractuelles elles-mêmes doivent être analysées pour déterminer quels renseignements les parties ont demandés et ont été prêtes à fournir. Il est vrai que des parties disposant de renseignements complets peuvent toujours négocier de manière à écarter la règle formulée dans le *Restatement*. Elles peuvent ajouter des clauses précisant que le mandataire d'un mandant faisant l'objet d'une divulgation partielle a qualité de mandataire pour les fins du contrat. Toutefois, les parties non renseignées risquent de voir leurs intentions déjouées.

Néanmoins, les Cinquième, Septième et Dixième circuits ont tous, dans des décisions récentes, appliqué la règle énoncée à l'art. 321 du *Restatement* (voir *Lubbock Feed Lots, Inc. v. Iowa Beef Processors Inc.*, 630 F.2d 250 (5th Cir. 1980), à la p. 257, *Powers v. Coffeyville Livestock Sales Co.*, 665 F.2d 311 (10th Cir. 1981), à la p. 312, et *Evans Products Co. v. Interstate Commerce Commission*, 729 F.2d 1107 (7th Cir. 1984), à la p. 1113). Le *Restatement* souffre toutefois une exception précisément dans le domaine du droit maritime. En effet, lorsque le mandataire

owner, it will be taken to have identified the owners sufficiently. The third party will be able to find the name of the owner, if it so chooses, by those means used in the maritime industry, such as Lloyd's Shipping Index: see *Gotlen Marine Co. v. World Tide Shipping Corp.*, 1975 A.M.C. 160 (N.Y. Civ. Ct.); *Valkenburg, K.-G. v. The S.S. Henry Denny*, 295 F.2d 330 (7th Cir. 1961); and *Instituto Cubano de Estabilizacion del Azucar v. The SS Theotokos*, 155 F. Supp. 945 (S.D.N.Y. 1957). While it is perhaps odd that the third party is deemed able to gain information by consulting a register but not deemed able to request information from the agent, the effect of this exception is to render the Canadian and American rules not far different in practice at least as concerns maritime law.

(c) Disclosure by an Agent of its Principal Under Canadian Maritime Law

The foregoing analysis of the general principles governing disclosure under the law of mandate and agency was pursued in order to identify the rule applicable under Canadian maritime law. This analysis was necessary because, as I have already observed, the High Court on its Admiralty side would not, in 1934, have had admiralty jurisdiction encompassing the stevedoring contract, and hence the agency relationship, at issue here. The contract is in relation to services that were not necessities for the ship and thus in England falls to be interpreted within the jurisdiction of the common law courts. Furthermore, there is no Canadian admiralty statute governing the agency relationship in question. Nevertheless, in Canada this contract, and the agency relationship central to its interpretation, fall within Canadian maritime law. Under such circumstances, *Buenos Aires Maru* confirms that s. 2 of the *Federal Court Act* requires the following inquiry: what law would have been administered had the High Court on its Admiralty side had unlimited jurisdiction respecting this contract? A review of the history of the High Court of Admiralty, especially when it was granted expanded jurisdiction, reveals that when-

identifie le navire et s'identifie lui-même comme le mandataire du propriétaire, cela est considéré comme une identification suffisante du propriétaire. La tierce partie pourra alors, si elle le veut, découvrir le nom du propriétaire en ayant recours aux moyens propres à l'industrie du transport maritime, tels que le Lloyd's Shipping Index: voir les décisions *Gotlen Marine Co. v. World Tide Shipping Corp.*, 1975 A.M.C. 160 (N.Y. Civ. Ct.), *Valkenburg, K.-G. v. The S.S. Henry Denny*, 295 F.2d 330 (7th Cir. 1961), et *Instituto Cubano de Estabilizacion del Azucar v. The SS Theotokos*, 155 F. Supp. 945 (S.D.N.Y. 1957). Bien qu'il puisse sembler étrange que la tierce partie soit réputée pouvoir obtenir des renseignements par la consultation d'un registre mais ne soit pas réputée pouvoir en demander au mandataire, l'effet de cette exception est de rendre les règles canadiennes et américaines peu différentes en pratique, du moins en ce qui concerne le droit maritime.

c) Divulgarion par un mandataire de l'identité de son mandant en droit maritime canadien

L'analyse qui précède des principes généraux régissant la divulgation sous le régime du mandat en droit civil et en *common law* a été entreprise afin d'identifier la règle qui s'applique en droit maritime canadien. Cette analyse s'imposait parce qu'en 1934, comme je l'ai déjà fait observer, la division d'amirauté de la Haute Cour n'aurait pas eu compétence en matière d'amirauté relativement au contrat d'acconage ni, par conséquent, relativement au mandat ici en cause. Il s'agit d'un contrat pour des services qui ne constituaient pas des approvisionnements nécessaires du navire, et ainsi un contrat dont l'interprétation serait du ressort des tribunaux de *common law* en Angleterre. De plus, il n'existe pas de loi canadienne en matière d'amirauté qui régisse le mandat en question. Néanmoins, au Canada, ce contrat et le mandat qui est fondamental pour son interprétation relèvent du droit maritime canadien. Dans ces circonstances, l'arrêt *Buenos Aires Maru* vient confirmer que l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* exige qu'on se demande quelles règles de droit la Haute Cour en sa juridiction d'amirauté aurait appliquées si elle avait possédé une compétence illimitée relativement au contrat en litige. Si on examine

ever that Court sought to find general principles underlying maritime law, its method was to look to a variety of sources, including the civil law and the common law. That comparative method was in keeping with the nature of maritime law, which is, after all, international in character. It is a method which remains appropriate today in those cases where courts have no specific body of rules to apply to a matter falling within Canadian maritime law.

The general principle gleaned from the *Civil Code* is that, absent an exceptional regime to the contrary, there is no prescribed formality respecting contracts between a mandatary and a third party. Whether the mandatary is acting "in his own name" or "in the name of the mandator" depends on the will of the parties as reflected in their contractual relationship. Canadian common law cases confirm this general principle and allow for its more detailed application in the domain of maritime law. A comparative examination of the law in other jurisdictions reveals that there is as yet no unified approach to this set of issues. But the inquiry also makes clear that general principles of mandate and agency are increasingly subject to specific maritime rules, both international and domestic, which in some domains all but oust general civil law and common law principles (see W. Tetley, "Responsibility of Freight Forwarders," [1987] *Eur. Trans. L.* 79; P. F. M. Jones, "The Forwarder—Principal or Agent, a Carrier or Not?", in *Meredith Memorial Lectures 1986* (1987); and, for example, 46 C.F.R. § 510.23(a)(1985)).

Nevertheless, absent a specific derogation to the contrary, the general principles of mandate and agency are applicable in Canadian maritime law and are, appropriately enough, neutral as between

l'historique de la Haute Cour d'amirauté, surtout au moment où sa compétence a été élargie, on constate que, chaque fois qu'elle a tenté de dégager des principes généraux sous-tendant le droit maritime, sa méthode consistait à se reporter à diverses sources dont le droit civil et la *common law*. Cette méthode comparative était conforme à la nature du droit maritime qui, après tout, revêt un caractère international. Il s'agit d'une méthode à laquelle il convient d'avoir recours encore aujourd'hui dans les affaires où les tribunaux ne disposent pas d'un ensemble précis de règles pouvant être appliquées à une question relevant du droit maritime canadien.

Le principe général qui se dégage du *Code civil* est celui selon lequel, en l'absence d'un régime d'exception prévoyant le contraire, il n'y a aucune formalité particulière à respecter dans le cas de contrats entre un mandataire et une tierce personne. Quant à savoir si le mandataire agit «en son propre nom» ou «au nom du mandant», cela dépend de la volonté manifestée par les parties dans leurs relations contractuelles. La jurisprudence canadienne en matière de *common law* confirme ce principe général et permet qu'il reçoive une application plus détaillée en droit maritime. Un examen comparatif des règles de droit en vigueur dans d'autres juridictions révèle qu'il n'existe pas encore d'approche unifiée pouvant être appliquée à cet ensemble de questions. Mais il ressort également de cet examen que les principes généraux du mandat de droit civil et du mandat de *common law* sont de plus en plus soumis à des règles, tant internationales que nationales, propres au domaine maritime, lesquelles règles supplantent presque totalement à certains égards les principes généraux du droit civil et de la *common law* (voir W. Tetley, "Responsibility of Freight Forwarders", [1987] *Eur. Trans. L.* 79; P. F. M. Jones, "The Forwarder—Principal or Agent, a Carrier or Not?", dans *Conférences commémoratives Meredith 1986* (1987), et, par exemple, 46 C.F.R. § 510.23(a)(1985)).

Quoi qu'il en soit, à moins d'une dérogation expresse, les principes généraux du mandat de droit civil et du mandat de *common law* s'appliquent en droit maritime canadien et sont, comme il

the mandatary and third party. The Canadian maritime law rule is that there is no prescribed formality for disclosure and that the responsibility of an agent or mandator to those with whom it contracts depends on the will of the contracting parties. A comparative analysis thus reveals the common principle incorporated into Canadian maritime law.

*E. The Application of Canadian Maritime Law to the Instant Case*

Applying this rule to the instant case, and given the facts previously outlined, I conclude that Chartwell contracted with Q.N.S. as a mandatary and was not personally liable under the contract. The contract entered into by the parties made it clear that Chartwell was acting as “managing operators only” and “on behalf of our principals”. Q.N.S., through its course of conduct with Chartwell, always dealt with Chartwell on the basis that Chartwell was acting as agent. If it did not want to deal with Chartwell on that basis, it could have bargained to put the relationship on a different footing. There is no evidence here, for example, that Chartwell resisted requests by Q.N.S. to have the name of its principals revealed or was otherwise in bad faith. Q.N.S. cannot, therefore, succeed in its claim against Chartwell.

VI—Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, quash the judgment of the Court of Appeal and reinstate the judgment of the Superior Court, the whole with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Marler, Sproule & Pilote, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Clarkson, Tétrault, Montréal.*

se doit, neutres en ce qui concerne le mandataire et la tierce personne. La règle en droit maritime canadien porte qu’il n’y a pas de formalité particulière à respecter relativement à la divulgation et que la responsabilité d’un mandataire ou d’un mandant envers ceux avec qui il contracte dépend de la volonté des parties contractantes. Une analyse comparative permet donc de dégager le principe commun qui a été incorporé dans le droit maritime canadien.

*E. L'application du droit maritime canadien à l'espèce*

Appliquant cette règle à la présente affaire et tenant compte des faits précédemment exposés, je conclus que c’est en tant que mandataire que Chartwell a contracté avec Q.N.S. et que sa responsabilité personnelle n’a pas été engagée en vertu du contrat. Il ressort nettement du contrat intervenu entre les parties que Chartwell agissait «en qualité d’exploitante-gérante uniquement» et «au nom de [ses] mandants». Dans tous ses rapports avec Chartwell, Q.N.S. a toujours traité avec celle-ci en tenant pour acquis qu’elle agissait comme mandataire. Si elle n’avait pas voulu traiter avec Chartwell en tenant cela pour acquis, elle aurait pu négocier sur un pied différent. Il n’y a en l’espèce aucun élément de preuve établissant, par exemple, que Chartwell a refusé d’obtempérer à des demandes de Q.N.S. de révéler le nom de son mandant ou qu’elle a de quelque autre manière fait preuve de mauvaise foi. L’action intentée par Q.N.S. contre Chartwell doit donc être rejetée.

VI—Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’infirmier le jugement de la Cour d’appel et de rétablir la décision de la Cour supérieure, avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l’appelante: Marler, Sproule & Pilote, Montréal.*

*Procureurs de l’intimée: Clarkson, Tétrault, Montréal.*



**Donald Edwin Watkins** *Appellant*

v.

**Ian Frank Olafson**

and

**James Aitkenhead**

and

**The Government of Manitoba** *Respondents*

INDEXED AS: WATKINS v. OLAFSON

File No.: 20598.

1989: May 24; 1989: September 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Torts — Damages — Structured settlements — Lump sum payment or periodic payment — Grossing up to compensate for effect of taxation on award for future care — Whether Court of Appeal erred in substituting periodic payments for a lump sum judgment — Whether allowance should be made for the effect of taxation in calculating the cost of future care — Whether Court of Appeal erred in reducing the amount allowed by the trial judge for cost of future care — Whether the Court of Appeal erred in reducing the award for lost earning capacity, past and future.*

Appellant, who was a passenger in a van operated by Olafson and owned by Aitkenhead, brought an action in tort against them and the provincial government following an accident that occurred on a stretch of highway that had been under construction. The trial judge awarded a lump sum payment. This payment included damages for loss of earning capacity both to the date of trial and for the future, damages for future care as initial outlay and for ongoing care, and an amount for a financial management fee. The Court of Appeal reduced the damages for pre-trial and for post-trial loss of earning capacity. It set aside the lump sum award for future care and ordered in its stead that the provincial government pay the plaintiff a monthly payment adjusted annually for inflation, subject to deductions for on-

**Donald Edwin Watkins** *Appellant*

c.

**Ian Frank Olafson**

<sup>a</sup>

et

**James Aitkenhead**

et

<sup>b</sup>

**Le gouvernement du Manitoba** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: WATKINS c. OLAFSON

N° du greffe: 20598.

<sup>c</sup>

1989: 24 mai; 1989: 28 septembre.

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

<sup>d</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Règlements échelonnés — Paiement d'une somme forfaitaire ou d'une indemnité par versements périodiques — Majoration de l'indemnité pour compenser l'effet de l'impôt sur le montant accordé au titre des soins futurs — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant des versements périodiques à l'adjudication d'une somme forfaitaire? — Faut-il tenir compte de l'effet de l'impôt en calculant l'indemnité pour soins futurs? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé en première instance au titre des soins futurs? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé pour la perte de capacité de gagner un revenu pour le passé et l'avenir?*

L'appelant, qui voyageait comme passager dans une fourgonnette conduite par Olafson et appartenant à Aitkenhead, a intenté une action en responsabilité délictuelle contre eux et le gouvernement provincial, à la suite d'un accident survenu sur une portion de route en construction. Le juge de première instance a ordonné le paiement d'une somme forfaitaire à titre d'indemnité. Cette indemnité comportait des dommages-intérêts pour la perte de capacité de gagner un revenu avant le procès et à l'avenir, des dommages-intérêts pour soins futurs, comprenant les dépenses initiales et les soins prolongés, et une somme pour défrayer les honoraires pour services de gestion financière. La Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts accordés pour la perte de capacité de gagner un revenu avant le procès et après le procès. Elle

going care which the plaintiff might receive from the provincial government. The Court of Appeal disallowed the investment counselling fee and rejected appellant's submission that he was entitled to an "income tax gross-up", stating that this was unnecessary under the structured judgment. At issue here was (1) whether the Court of Appeal erred in substituting periodic payments for a lump sum judgment; (2) whether allowance should be made for the effect of taxation in calculating the cost of future care; (3) whether the Court of Appeal erred in reducing the amount allowed by the trial judge for cost of future care; and (4) whether the Court of Appeal erred in reducing the award for lost earning capacity, past and future.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

In the absence of enabling legislation or the consent of all parties, a court should not order that a plaintiff forego his traditional right to a lump sum judgment for a series of periodic payments. The principle that a plaintiff is entitled to receive his future care award as a lump sum award has been long established at common law. The courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them. Further, the courts are ill-equipped to consider fully the complexities associated with introducing the concept of periodic payments. For the same reasons, it would not be appropriate for the court to order the defendant to purchase an annuity for the plaintiff's care during his lifetime.

An allowance should be made for the impact of taxation on the award for cost of future care where the evidence supports it, as it does here. The theory of "grossing-up" is that an additional sum should be awarded to compensate for the tax that will accrue on the interest portion of the award. Acceptance of the right to an allowance for the impact of taxation on the award for future cost of care does not effect a major change in the established law or deprive either party of an established right, permitting the Court to rule on the matter. A strong case can be made for taking the impact

a annulé l'adjudication de la somme forfaitaire pour les soins futurs et a plutôt ordonné au gouvernement provincial de verser au demandeur une indemnité mensuelle indexée annuellement en fonction de l'inflation, sous réserve des déductions pour soins prolongés dont le demandeur pourrait bénéficier de la part du gouvernement provincial. La Cour d'appel a refusé les honoraires pour services de consultation en placements et a rejeté l'argument de l'appelant portant qu'il avait droit à une «majoration de l'indemnité pour fins d'impôt sur le revenu», affirmant que ce n'était pas nécessaire en raison du règlement échelonné qui avait été ordonné. Les questions en litige sont les suivantes: (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant des versements périodiques à l'adjudication d'une somme forfaitaire? (2) Faut-il tenir compte de l'effet de l'impôt en calculant l'indemnité pour soins futurs? (3) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé en première instance au titre des soins futurs? et (4) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé pour perte de capacité de gagner un revenu pour le passé et l'avenir?

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en partie.

En l'absence de loi habilitante ou du consentement de toutes les parties, un tribunal ne doit pas forcer un demandeur à renoncer à son droit traditionnel à un jugement lui accordant une somme forfaitaire et à accepter le paiement d'une indemnité sous forme de versements périodiques. Le principe selon lequel le demandeur a le droit de toucher l'indemnité pour ses soins futurs sous la forme d'une somme forfaitaire existe depuis longtemps en *common law*. Les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis. De plus, les tribunaux judiciaires ne sont guère en mesure de considérer pleinement les complexités liées à l'introduction de la notion d'indemnisation par versements périodiques. Pour les mêmes motifs, il ne conviendrait pas que la cour ordonne au défendeur de souscrire une rente destinée à pourvoir aux soins du demandeur sa vie durant.

Il faut tenir compte de l'effet de l'impôt sur l'indemnité accordée au titre des soins futurs quand la preuve le justifie, comme c'est le cas en l'espèce. La théorie de «la majoration de l'indemnité» veut qu'il faille accorder une somme additionnelle pour compenser l'impôt auquel seront assujettis les intérêts que rapportera l'indemnité. La reconnaissance du droit de tenir compte de l'incidence de l'impôt sur l'indemnité accordée au titre des soins futurs n'a pas pour effet d'apporter un changement majeur aux principes juridiques établis ni de dépouiller l'une ou l'autre partie d'un droit reconnu, afin de per-

of taxation into account for the award will otherwise prove insufficient to meet the plaintiff's projected needs. Calculating an allowance for taxation is not so inherently speculative or so excessively difficult as to warrant not taking taxation into account.

The Court of Appeal erred in reducing the amount awarded by the trial judge for initial expenditure. Evidence supported the trial judge's finding and, absent demonstrable error, it was not open to the Court of Appeal to disallow the items in question. The Court of Appeal, for similar reasons, should not have substituted its views for those of the trial judge as to what constituted appropriate care and as to what his future earnings would have been, but for the accident, on his return to full-time work.

The trial judge erred in including an amount for inflation to take into account the fact that the dollar value of the award for past earnings at the date of judgment, in terms of comparative purchasing power, was less than the dollar value for the period for which the award was made. At common law, only money lost could be recovered. Interest, which theoretically is comprised of an allowance for inflation, plus an additional percentage for the use of money, was not payable at common law upon money awards for damages in tort. The award for inflation was in effect a partial award of pre-judgment interest.

The fact that the province took care of the plaintiff between the time of the accident and the time of the trial was not a proper ground for reducing the award for pre-judgment lost income. In calculating loss of future earning capacity in cases where an award for future care is made, a deduction is made from the award for lost earning capacity for living expenses to avoid duplication between the two heads of damage. No award for pre-trial cost of care was made and, accordingly, the reason for making a deduction on this account did not exist because no duplication between two heads of damage could occur. The Government of Manitoba must abide by its decision not to counter-claim for the cost of the plaintiff's pre-trial care.

The rule of post-trial loss of earning capacity—that no deduction should be made for tax which the plaintiff would have had to pay on his earnings had he not been

mettre au tribunal de statuer sur l'affaire. Les arguments qui militent en faveur de la prise en compte de l'effet de l'impôt sur l'indemnité sont convaincants, car si on ne le fait pas, cette indemnité se révélera insuffisante pour satisfaire aux besoins prévus du demandeur. La prise en compte de l'impôt n'est pas de nature si spéculative en soi ni si difficile qu'il faille s'en abstenir.

La Cour d'appel a commis une erreur en réduisant le montant accordé par le juge de première instance au titre des dépenses initiales. La preuve justifie la conclusion du juge de première instance et, en l'absence d'erreur prouvable de sa part, il n'était pas loisible à la Cour d'appel de refuser ces indemnités. Pour des motifs semblables, la Cour d'appel n'aurait pas dû substituer son avis à celui du juge de première instance quant à savoir ce qui constituerait des soins adéquats et quant à ce que le demandeur aurait gagné à l'avenir après avoir repris un emploi à plein temps si l'accident n'avait pas eu lieu.

Le juge de première instance a commis une erreur en ajoutant une somme au titre de l'inflation afin de tenir compte du fait que la valeur du dollar au moment de l'adjudication de l'indemnité pour revenus antérieurs était moindre, en terme de pouvoir d'achat, que celle du dollar de la période pour laquelle l'indemnité serait versée. En *common law*, ce qui est recouvrable se limite à la somme d'argent perdue. Les intérêts qui, en théorie, comportent une indemnisation pour l'inflation, plus un autre pourcentage relatif à l'utilisation de l'argent ne sont pas, en *common law*, payables sur le montant d'une indemnité pour délit civil. L'indemnité au titre de l'inflation constituait une indemnisation pour une partie des intérêts avant jugement.

Le fait que l'État ait pris en charge le demandeur depuis le moment de l'accident jusqu'au procès ne justifie pas la réduction de l'indemnité pour la perte de revenus subie avant le procès. Dans le calcul de la perte de la capacité de gagner un revenu dans les cas où une indemnité pour soins futurs est accordée, il est déduit de l'indemnité pour perte de capacité de gagner un revenu un montant égal aux frais de subsistance afin d'éviter le double emploi entre les deux chefs d'indemnisation. Il n'y a pas eu d'indemnisation du coût des soins antérieurs au procès et une déduction à cet égard n'était donc pas justifiée puisqu'il était impossible qu'il y ait double emploi entre les chefs d'indemnisation. Le gouvernement du Manitoba doit assumer les conséquences de sa décision de ne pas présenter de demande reconventionnelle à l'égard du coût des soins prodigués au demandeur avant le procès.

La règle applicable à la perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir—savoir qu'il n'y a pas lieu d'effectuer une déduction fondée sur l'impôt que le demandeur

injured—should be applied to pre-trial loss of earnings where tax has never been deducted. The trial judge's award for post-trial loss of future earning capacity should be restored; it was supported by the evidence and no error was shown.

A management fee was appropriate given the conclusion that the Court of Appeal's award of periodic payments could not stand.

### Cases Cited

**Applied:** *Fournier v. Canadian National Railway Co.*, [1927] A.C. 167; *Lewis v. Todd*, [1980] 2 S.C.R. 694; **considered:** *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; **referred to:** *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396, leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Fenn v. City of Peterborough* (1979), 25 O.R. (2d) 399; *Nielsen v. Kaufmann* (1986), 54 O.R. (2d) 188; *Scarff v. Wilson*, [1989] 2 S.C.R. 776, rev'g British Columbia Court of Appeal, November 25, 1988, unreported; *Reekie v. Messervey*, British Columbia Court of Appeal, May 5, 1989, unreported; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *The Queen in right of Ontario v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1988] 2 S.C.R. 650.

### Statutes and Regulations Cited

Ala. Code § 6-5-486 (1975).  
 Alaska Stat. § 09.55.548 (1983).  
 Cal. Civ. Proc. Code § 667.7 (West 1980).  
*Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, s. 129.  
 Del. Code Ann. Title 18, § 6864 (Supp. 1984).  
 Fla. Stat. Ann. § 768.51 (West 1986).  
 Ill. Ann. Stat., c. 110, para. 2-1701 to 2-1719 (Smith-Hurd Supp. 1986).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended.  
 Kan. Stat. Ann. § 60-2609 (1983).  
 La. Rev. Stat. Ann. § 40:1299.39 and § 40:1299.43 (West Supp. 1986).  
 Md. Cts. & Jud. Proc. Code Ann. § 3-2A-08(b) (1974).  
*Motor Vehicle (Third Party Insurance) Act 1943-1972*, s. 16 E(5)(a) (W. Aust.).  
 N.H. Rev. Stat. Ann. § 507-C:7 (1983).  
 N.M. Stat. Ann. § 41-5-7 (1978).  
 N.Y. Civ. Prac. L. & R. § 5031 to § 5039 (McKinney Supp. 1986).  
 Or. Rev. Stat. § 752.070 (1985).

aurait dû payer sur ses revenus s'il n'avait pas été blessé—s'applique à la perte de capacité de gains antérieurs au procès pour lesquels l'impôt n'a jamais été déduit. Il y a lieu de rétablir l'indemnité accordée par le juge de première instance pour la perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir, puisqu'elle est justifiée par la preuve et qu'on n'a pas prouvé l'existence d'une erreur.

Il y a lieu d'accorder des honoraires pour services de gestion en raison de la conclusion que l'indemnité par versements périodiques accordée par la Cour d'appel ne saurait être maintenue.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Fournier v. Canadian National Railway Co.*, [1927] A.C. 167; *Lewis c. Todd*, [1980] 2 R.C.S. 694; **arrêt examiné:** *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; **arrêts mentionnés:** *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Fenn v. City of Peterborough* (1979), 25 O.R. (2d) 399; *Nielsen v. Kaufmann* (1986), 54 O.R. (2d) 188; *Scarff c. Wilson*, [1989] 2 R.C.S. 776, inf. Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 25 novembre 1988, inédit; *Reekie v. Messervey*, Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 5 mai 1989, inédit; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *The Queen in right of Ontario v. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Mandzuk c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1988] 2 R.C.S. 650.

### Lois et règlements cités

Ala. Code § 6-5-486 (1975).  
 Alaska Stat. § 09.55.548 (1983).  
 Cal. Civ. Proc. Code § 667.7 (West 1980).  
 Del. Code Ann. Title 18, § 6864 (Supp. 1984).  
 Fla. Stat. Ann. § 768.51 (West 1986).  
 Ill. Ann. Stat., chap. 110, par. 2-1701 à 2-1719 (Smith-Hurd Supp. 1986).  
 Kan. Stat. Ann. § 60-2609 (1983).  
 La. Rev. Stat. Ann. § 40:1299.39 et § 40:1299.43 (West Supp. 1986).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63 et ses modifications.  
*Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, art. 129.  
 Md. Cts. & Jud. Proc. Code Ann. § 3-2A-08(b) (1974).  
*Motor Vehicle (Third Party Insurance) Act 1943-1972*, art. 16 E(5)a) (Austr.-Occ.).  
 N.H. Rev. Stat. Ann. § 507-C:7 (1983).  
 N.M. Stat. Ann. § 41-5-7 (1978).  
 N.Y. Civ. Prac. L. & R. § 5031 à § 5039 (McKinney Supp. 1986).

S. D. Codified Laws Ann. § 21-3A-5 to § 21-3A-13 (Supp. 1986).  
 Utah Code Ann. § 78-14-9.5 (Supp. 1986).  
 Wash. Rev. Code Ann. § 4.56.240 (Supp. 1983).  
 Wis. Stat. Ann. § 655.015 (West. Supp. 1985).

#### Authors Cited

Feldthusen, Bruce and Keith McNair. "General Damages in Personal Injury Suits: The Supreme Court's Trilogy" (1978), 28 *U. of T. L.J.* 381.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 48 Man. R. (2d) 81, [1987] 5 W.W.R. 193, 40 C.C.L.T. 229, varying a judgment of Wright J. (1986), 40 Man. R. (2d) 286. Appeal allowed in part.

*Robert B. Doyle, Harvey I. Pollock, Q.C., and Martin J. Pollock*, for the appellant.

*J. D. F. Strange*, for the respondent Ian Frank Olafson.

*W. G. McFetridge and S. J. Pierce*, for the respondent the Government of Manitoba.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal raises a number of issues relating to the assessment of damages in personal injury actions. The two main issues are, first, whether the court has the power to order periodic payments on account of future losses instead of a lump sum payment; and second, whether the court should make an allowance for taxation in calculating the amount required for future care. Other issues relate to details of the assessment of cost of future care and lost earning capacity.

#### The Background

The appellant Watkins was rendered à quadriplegic as a result of an automobile accident in July, 1976. He was a passenger in a van owned by Aitkenhead and operated by Olafson. The accident occurred on a stretch of highway which was under construction under the authority of the provincial government. The issue of liability was tried sepa-

Or. Rev. Stat. § 752.070 (1985).

S. D. Codified Laws Ann. § 21-3A-5 à § 21-3A-13 (Supp. 1986).

Utah Code Ann. § 78-14-9.5 (Supp. 1986).

<sup>a</sup> Wash. Rev. Code Ann. § 4.56.240 (Supp. 1983).  
 Wis. Stat. Ann. § 655.015 (West. Supp. 1985).

#### Doctrine citée

<sup>b</sup> Feldthusen, Bruce and Keith McNair. «General Damages in Personal Injury Suits: The Supreme Court's Trilogy» (1978), 28 *U. of T. L.J.* 381.

<sup>c</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 48 Man. R. (2d) 81, [1987] 5 W.W.R. 193, 40 C.C.L.T. 229, qui a modifié un jugement du juge Wright (1986), 40 Man. R. (2d) 286. Pourvoi accueilli en partie.

<sup>d</sup> *Robert B. Doyle, Harvey I. Pollock, c.r., et Martin J. Pollock*, pour l'appellant.

*J. D. F. Strange*, pour l'intimé Ian Frank Olafson.

<sup>e</sup> *W. G. McFetridge et S. J. Pierce*, pour l'intimé le gouvernement du Manitoba.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>f</sup> LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi soulève un certain nombre de questions relatives à l'évaluation des dommages-intérêts à accorder dans les actions pour préjudice corporel. Les deux principales questions sont, d'abord de savoir si la cour peut ordonner le paiement d'une indemnité par versements périodiques au titre des pertes futures au lieu du paiement d'une somme forfaitaire, puis de savoir si la cour doit tenir compte de l'impôt en calculant le montant requis pour les <sup>g</sup> soins futurs. D'autres questions se posent au sujet de l'évaluation du coût des soins futurs et de la <sup>h</sup> perte de la capacité de gagner un revenu.

#### Historique

<sup>i</sup> L'appellant Watkins est devenu tétraplégique à la suite d'un accident d'automobile survenu en juillet 1976. Il voyageait comme passager dans une fourgonnette appartenant à Aitkenhead et conduite par Olafson. L'accident est survenu sur une <sup>j</sup> portion de route en construction relevant de la compétence du gouvernement provincial. La ques-

rately and determined in favour of the appellant. The Manitoba Court of Appeal divided liability as follows: Olafson, for whom Aitkenhead was vicariously liable, 75%; the provincial government, 25%. The sole question before this Court is the amount of damages to be awarded to the appellant.

At trial on the issue of damages, Watkins was awarded a total sum of \$2,123,386.56, calculated as follows:

1. Non-pecuniary general damages	\$180,000.00
2. Special damages to date of judgment	19,308.25
3. Damages for loss of earning capacity	
(a) to date of trial	263,000.00
(b) for the future	540,000.00
4. Damages for Future Care	
(a) Initial Outlay	46,078.31
(b) Ongoing Care	1,000,000.00
5. Financial Management Fee	<u>75,000.00</u>
Total	\$2,123,386.56

The Court of Appeal reduced the damages for pre-trial loss of earning capacity to \$125,000, and for post-trial loss of earnings to \$400,000. It set aside the lump sum award for future care and ordered in its stead that the provincial government pay the plaintiff \$3,000 per month, adjusted annually for inflation, subject to deductions for ongoing care which the plaintiff might receive from the provincial government. The Court of Appeal disallowed the investment counselling fee and rejected Watkins' submission that he was entitled to an "income tax gross-up", stating that this was unnecessary under the structured judgment.

tion de la responsabilité a été jugée séparément et tranchée en faveur de l'appellant. La Cour d'appel du Manitoba a attribué 75 pour 100 de la responsabilité à Olafson, à l'égard duquel Aitkenhead devait assumer une responsabilité pour la faute d'autrui, et 25 pour 100 au gouvernement provincial. La seule question débattue en cette Cour est celle du montant de l'indemnité à accorder à l'appellant.

En première instance, le tribunal a adjugé à Watkins la somme totale de 2 123 386,56 \$ calculée ainsi:

1. Dommages-intérêts généraux pour pertes non pécuniaires	180 000,00 \$
2. Dommages-intérêts spéciaux pour pertes avant jugement	19 308,25
3. Dommages-intérêts pour perte de capacité de gagner un revenu	
(a) jusqu'au procès	263 000,00
(b) à l'avenir	540 000,00
4. Dommages-intérêts pour soins futurs	
(a) Dépenses initiales	46 078,31
(b) Soins prolongés	1 000 000,00
5. Honoraires pour services de gestion financière	<u>75 000,00</u>
Total	2 123 386,56 \$

La Cour d'appel a ramené les dommages-intérêts pour perte de capacité de gagner un revenu avant le procès à 125 000 \$ et ceux relatifs à la perte de gains éventuels à 400 000 \$. Elle a annulé l'adjudication de la somme forfaitaire pour les soins futurs et a plutôt ordonné au gouvernement provincial de verser au demandeur une indemnité mensuelle de 3 000 \$, indexée annuellement en fonction de l'inflation, sous réserve des déductions pour soins prolongés dont le demandeur pourrait bénéficier de la part du gouvernement provincial. La Cour d'appel a refusé les honoraires pour services de consultation en placements et a rejeté l'argument de Watkins portant qu'il avait droit à une «majoration de l'indemnité pour fins d'impôt sur le revenu», affirmant que ce n'était pas nécessaire en raison du règlement échelonné qui avait été ordonné.

Issues

1. Did the Court of Appeal err in substituting periodic payments for a lump sum judgment?
2. Should allowance be made for the effect of taxation in calculating the cost of future care?
3. Did the Court of Appeal err in reducing the amount allowed by the trial judge for cost of future care?
4. Did the Court of Appeal err in reducing the award for lost earning capacity, past and future?

Discussion

1. *Did the Court of Appeal Err in Substituting Periodic Payments for a Lump Sum Judgment?*

The Court of Appeal ordered periodic payments of \$3,000 per month for Watkins' future care. The court's concern was that having received a large lump sum award, Watkins might then choose to avail himself of state facilities for all or part of his future care. The result would be a windfall to him, which, in the words of Huband J.A., would be "manifestly unjust". Accordingly, the court ordered that the award for future care should be paid out on a monthly basis, with deductions from the \$3,000 monthly payment to offset any benefits Watkins might receive from the government.

The imperfections of a lump sum, once-and-for-all award, as a means of providing for a plaintiff's cost of future care have often been noted. Where the injury is serious and the period of time for which care must be made lengthy, a large number of variables enter into the calculation. Should the plaintiff live longer than projected, or earn less on his capital than expected, he will run out of funds for his care. On the other hand, should chronic illness force him to live in an institution rather than his own home, or should he die earlier than forecast, the funds provided may turn out to be excessive, resulting in a windfall for him or his heirs at the defendant's expense.

Questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant des versements périodiques à l'adjudication d'une somme forfaitaire?
2. Faut-il tenir compte de l'effet de l'impôt en calculant l'indemnité pour soins futurs?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé en première instance au titre des soins futurs?
4. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé pour perte de capacité de gagner un revenu pour le passé et l'avenir?

Analyse

1. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant des versements périodiques à l'adjudication d'une somme forfaitaire?*

La Cour d'appel a ordonné le versement d'une indemnité mensuelle de 3 000 \$ à Watkins pour ses soins futurs. La cour s'est inquiété de ce que Watkins pourrait, après avoir reçu une somme forfaitaire considérable, avoir recours aux services de l'État pour une partie ou la totalité de ses soins futurs. Il en résulterait un bénéficiaire qui, selon l'expression du juge Huband, serait [TRADUCTION] «manifestement injuste». En conséquence, la cour a ordonné que l'indemnisation pour les soins futurs se fasse sur une base mensuelle, en déduisant de l'indemnité mensuelle de 3 000 \$ la valeur des prestations que Watkins pourra recevoir du gouvernement.

Les inconvénients d'une somme forfaitaire et définitive comme moyen de pourvoir aux soins futurs d'un demandeur sont connus. Lorsque le préjudice est grave et la durée des soins prolongée, il faut tenir compte d'un grand nombre d'aléas dans le calcul. Si le demandeur vit plus longtemps que prévu ou s'il retire moins de revenus que prévu de son capital, il manquera d'argent pour défrayer ses soins. D'autre part, si une maladie chronique l'oblige à vivre dans un établissement de santé plutôt que chez-lui ou s'il décède plus tôt que prévu, les sommes accordées pourront se révéler excessives et constituer une véritable manne pour le demandeur ou ses héritiers, et ce, aux dépens du défendeur.

Considerations such as these support the conclusion that in cases where care must be provided for a long period in the future, periodic payments are more consistent than the lump sum rule with the fundamental principles upon which the assessment of damages for personal injury are founded—the basic concepts of *restitutio in integrum* and full but fair compensation. The whole basis of the claim advanced by the appellant is that in order to provide adequately for his future care he requires a monthly stream of income indexed for inflation for the rest of his life. Periodically paid sums capable of adjustment in the event of changed circumstances best ensure that this need will be met, given the impossibility of predicting the future with any real accuracy. At the same time, it is urged, the result would be fair to defendants, ensuring they pay only what is actually required.

Thus it is not surprising that the periodic payment of damages for cost of future care has emerged as an attractive alternative to the lump sum award. Periodic payment schemes have been introduced in numerous American states. (The following U.S. states have legislation which permits court awarded periodic payment of damages awards in the context of medical malpractice: Alabama, Alaska, California, Delaware, Florida, Illinois, Kansas, Louisiana, Maryland, New Mexico, New York, Oregon, South Dakota, Utah, Washington and Wisconsin. South Dakota and Washington make periodic payment of damages available in all actions for personal injury and totally disabling personal injury, respectively. See Ala. Code § 6-5-486 (1975); Alaska Stat. § 09.55.548 (1983); Cal. Civ. Proc. Code § 667.7 (West 1980); Del. Code Ann. Title 18, § 6864 (Supp. 1984); Fla. Stat. Ann. § 768.51 (West 1986); Ill. Ann. Stat., c. 110, para. 2-1701 to 2-1719 (Smith-Hurd Supp. 1986); Kan. Stat. Ann. § 60-2609 (1983); La. Rev. Stat. Ann. § 40:1299.39 and § 40:1299.43 (West Supp. 1986); Md. Cts. & Jud. Proc. Code Ann. § 3-2A-08(b) (1974); N.H. Rev. Stat. Ann. § 507-C:7 (1983); N.M. Stat. Ann. § 41-5-7 (1978); N.Y. Civ. Prac. L. & R. § 5031 to § 5039 (McKinney Supp. 1986); Or. Rev. Stat. § 752.070 (1985); S. D. Codified Laws Ann. § 21-3A-5 to § 21-3A-13

De telles considérations permettent de conclure que, lorsqu'il faut prodiguer des soins prolongés, l'indemnisation par versements périodiques est plus conforme qu'une somme forfaitaire aux principes fondamentaux de l'évaluation des dommages-intérêts pour préjudice corporel, savoir les principes de la *restitutio in integrum* et de l'indemnisation intégrale mais juste du préjudice. L'appelant fonde sa demande sur le principe que pour pourvoir convenablement à ses soins futurs, il aura besoin d'un revenu mensuel et viager, indexé en fonction de l'inflation. Des versements périodiques rajustables selon les changements de circonstances permettent de mieux répondre à ces besoins, en raison de l'impossibilité de prévoir l'avenir de manière vraiment exacte. On soutient, par la même occasion, que ce résultat serait juste pour les défendeurs qui n'auraient qu'à défrayer le coût des soins effectivement requis.

Il n'est guère surprenant que le paiement d'une indemnité par versements périodiques au titre des soins futurs soit apparu comme une intéressante solution de rechange à l'adjudication d'une somme forfaitaire. De nombreux États américains ont adopté des régimes d'indemnisation par versements périodiques. (Les États américains suivants ont des lois qui autorisent les tribunaux à ordonner le paiement d'une indemnité par versements périodiques dans les affaires de négligence professionnelle médicale: l'Alabama, l'Alaska, la Californie, le Delaware, la Floride, l'Illinois, le Kansas, la Louisiane, le Maryland, le Nouveau-Mexique, New York, l'Orégon, le Dakota du Sud, l'Utah, Washington et le Wisconsin. Le Dakota du Sud et l'État de Washington autorisent le paiement d'indemnités par versements périodiques dans toutes les actions pour préjudice corporel dans le premier État et dans toutes les actions pour préjudice corporel causant l'invalidité totale dans le second. Voir Ala. Code § 6-5-486 (1975); Alaska Stat. § 09.55.548 (1983); Cal. Civ. Proc. Code § 667.7 (West 1980); Del. Code Ann. Title 18, § 6864 (Supp. 1984); Fla. Stat. Ann. § 768.51 (West 1986); Ill. Ann. Stat., chap. 110, par. 2-1701 à 2-1719 (Smith-Hurd Supp. 1986); Kan. Stat. Ann. § 60-2609 (1983); La. Rev. Stat. Ann. § 40:1299.39 et § 40:1299.43 (West Supp. 1986); Md. Cts. & Jud. Proc. Code Ann. § 3-2A-08b)



(Supp. 1986); Utah Code Ann. § 78-14-9.5 (Supp. 1986); Wash. Rev. Code Ann. § 4.56.240 (Supp. 1983); Wis. Stat. Ann. § 655.015 (West. Supp. 1985). Legislation authorizing courts to award damages on a periodic basis has also been enacted in Western Australia (see: *Motor Vehicle (Third Party Insurance) Act 1943-1972*, s. 16 E(5)(a) (W. Aust.), which pertains to cases of personal injury or death caused by or arising out of the use of a motor vehicle.) In Ontario, legislation permits periodic awards where the parties agree: *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, s. 129). In addition, structured settlements, where parties agree voluntarily to a scheme of periodic future payments, have become increasingly common throughout Canada.

This case, however, poses a different issue. The issue here is not whether the legislature can impose or authorize periodic damage awards, or whether parties can voluntarily agree to periodically-paid compensation; that is conceded. Nor is the issue whether the ability to award damages by installments would be desirable in some cases; clearly it would. Rather, the issue here is whether, in the absence of enabling legislation or the consent of all parties, a court can or should order that a plaintiff forego his traditional right to a lump-sum judgment for a series of periodic payments.

It is argued that the jurisprudence precludes a court from ordering periodic payments adjusted to future needs. The plaintiff, it is submitted, is entitled to receive his future care award as a lump sum; this fundamental principle of tort law cannot be changed by a court, but only by the legislature.

(1974); N.H. Rev. Stat. Ann. § 507-C:7 (1983); N.M. Stat. Ann. § 41-5-7 (1978); N.Y. Civ. Prac. L. & R. § 5031 à § 5039 (McKinney Supp. 1986); Or. Rev. Stat. § 752.070 (1985); S. D. Codified Laws Ann. § 21-3A-5 à § 21-3A-13 (Supp. 1986); Utah Code Ann. § 78-14-9.5 (Supp. 1986); Wash. Rev. Code Ann. § 4.56.240 (Supp. 1983); Wis. Stat. Ann. § 655.015 (West Supp. 1985). L'Australie-Occidentale a aussi adopté des dispositions législatives qui autorisent les tribunaux à ordonner le paiement d'une indemnité par versements périodiques (voir la *Motor Vehicle (Third Party Insurance) Act 1943-1972*, art. 16 E(5)a) (Austr.-Occ.), qui vise les affaires de préjudice corporel ou de décès résultant de l'utilisation d'un véhicule à moteur.) En Ontario, la loi permet l'adjudication d'indemnités par versements périodiques quand les parties y consentent: *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, art. 129). De plus, les règlements échelonnés, dans lesquels les parties souscrivent spontanément à un régime de versements périodiques futurs, sont de plus en plus fréquents partout au Canada.

La présente affaire soulève cependant une question différente. Il ne s'agit pas de savoir si le législateur peut imposer ou permettre le paiement de dommages-intérêts par versements périodiques, ou si les parties peuvent souscrire de leur propre gré à un régime d'indemnisation par versements périodiques; la chose est reconnue. Il ne s'agit pas non plus de savoir si le pouvoir d'ordonner le paiement de dommages-intérêts par versements échelonnés serait souhaitable dans certains cas; il ne fait pas de doute qu'il le serait. En l'espèce, il s'agit plutôt de savoir si, en l'absence de loi habilitante ou du consentement de toutes les parties, un tribunal peut ou doit forcer un demandeur à renoncer à son droit traditionnel à un jugement lui accordant une somme forfaitaire et à accepter le paiement d'une indemnité sous forme de versements périodiques.

On soutient que la jurisprudence empêche un tribunal d'ordonner le paiement d'une indemnité par versements périodiques rajustés en fonction des besoins éventuels. Le demandeur, fait-on valoir, a le droit de toucher l'indemnité pour ses soins futurs sous la forme d'une somme forfaitaire; le tribunal

The only case directly on point is that of *Fournier v. Canadian National Railway Co.*, [1927] A.C. 167. In that case the jury awarded damages in the form of an annuity. The Privy Council described this as “illegal”, stating at p. 169:

The jury . . . most unfortunately shaped the damages they awarded in a form quite improper and illegal. Instead of finding a verdict for a lump sum, they awarded an annuity of \$300.00 to be paid annually to each of the children . . . It is much to be regretted that the learned judge . . . did not refuse to accept a verdict so shaped, and did not explain to them the proper principle upon which damages should be awarded.

Subsequent cases have accepted the proposition that it is not open to the courts to order periodic damage awards. In *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, Dickson J. (as he then was) speaking for the Court stated at p. 236, “. . . our law of damages knows nothing of periodic payment”. Similarly, in *Lewis v. Todd*, [1980] 2 S.C.R. 694, this Court considered the form of relief available to dependents upon a fatal accident and stated, at p. 710:

As it is not open to a court, in the absence of enabling legislation, to order periodic payments adjusted to future needs, the dependents receive immediately a capital sum roughly approximating the present value of the income they would have received had the deceased survived.

More recently, in *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396 (leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi), a judgment delivered three and a half months following the judgment of the Court of Appeal in the case at bar, a five-member panel of the Ontario Court of Appeal considered the issue of entitlement to a lump sum award. The court unanimously concluded, at p. 433, that:

Whether or not a better system of compensation could be devised, and we are aware of various reform proposals in this regard, the respondent is legally entitled to

ne peut altérer ce principe du droit en matière de responsabilité délictuelle, seul le législateur peut le faire. La seule affaire qui porte précisément sur cette question est l'arrêt *Fournier v. Canadian National Railway Co.*, [1927] A.C. 167. Dans cet arrêt, le jury avait accordé les dommages-intérêts sous la forme d'une rente. Le Conseil privé a qualifié cela d'«illégal», affirmant à la p. 169:

[TRADUCTION] Le jury [. . .] a malheureusement accordé les dommages-intérêts sous une forme tout à fait inappropriée et illégale. Au lieu d'ordonner le versement d'une somme forfaitaire, il a accordé une pension annuelle de 300 \$ à chacun des enfants [. . .] Il est très regrettable que le juge de première instance [. . .] ait accepté un verdict ainsi conçu et n'ait pas expliqué aux jurés le principe sur lequel doit se fonder l'adjudication des dommages-intérêts.

Des arrêts subséquents ont reconnu le principe qu'il n'est pas loisible aux tribunaux d'ordonner le paiement de dommages-intérêts par versements périodiques. Dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a affirmé au nom de notre Cour, à la p. 236: «. . . nos règles d'indemnisation ne permettent pas de versements périodiques». De même, dans l'arrêt *Lewis c. Todd*, [1980] 2 R.C.S. 694, la Cour a analysé les formes de réparation offertes aux personnes à charge de la victime d'un accident mortel et a affirmé, à la p. 710:

Comme il n'est pas loisible à un tribunal, en l'absence d'une loi habilitante, d'ordonner des paiements périodiques rajustés selon les besoins futurs, les personnes à charge reçoivent immédiatement un capital qui se rapproche autant que possible de la valeur actuarielle du revenu qu'elles auraient reçues si ce décès n'était pas survenu.

Plus récemment, dans l'arrêt *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396 (autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi), rendu trois mois et demi après l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, un banc de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario a étudié la question du droit à une indemnité forfaitaire. La cour a conclu à l'unanimité, à la p. 433:

[TRADUCTION] Qu'il soit ou non possible d'établir un meilleur système d'indemnisation, et nous sommes au fait de diverses propositions de réforme formulées à cet

a lump-sum judgment and is not legally obliged to accept periodic payments.

The respondents do not deny that the jurisprudence suggests that the courts cannot award damages on a periodic basis. They argue, however, that the time has come to change the law. The common law, they assert, evolves to meet the realities of contemporary society. Those realities, they submit, cry out for a rule permitting judges to award periodic damages in appropriate cases.

This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a

égard, l'intimé a droit, en vertu de la loi, à un jugement lui accordant une somme forfaitaire et il n'est pas tenu d'accepter des versements périodiques.

a Les intimés ne nient pas que la jurisprudence donne à entendre que les cours de justice ne peuvent accorder d'indemnité payable par versements périodiques. Ils soutiennent cependant que le temps est venu de modifier le droit. Ils affirment b que la *common law* évolue de manière à répondre aux réalités de la société contemporaine. Ces réalités, font-ils valoir, commandent l'adoption d'une règle autorisant les juges à ordonner le paiement de dommages-intérêts par versements périodiques c lors que cela est indiqué.

Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En d général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et e dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement f et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences g du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les h modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De i plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications j substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait

constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

The change in the law which we are asked to endorse in this case would constitute a major revision of the long-standing principles governing the assessment of damages for personal injury—in particular, the principle that judgment is to be rendered once-and-for-all at the conclusion of a trial, and the correlative entitlement of the plaintiff to immediate execution on the entire award. Permitting courts to award periodic damages for personal injuries does not involve the extension of an existing rule, but the adoption of a new principle. We are not concerned with the right of a court to award the periodic payment of a judgment which has been finally delivered. Rules governing execution in several provinces permit this to be done. We are concerned rather with the proposal that the plaintiff lose his or her right to a final, once-and-for-all-award, to be replaced by a scheme under which the amount he or she receives may depend upon the ruling of the court on applications far in the future. The change is, moreover, fraught with complex ramifications extend-

plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

<sup>a</sup> Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

En l'espèce, la modification du droit qu'on nous demande d'entériner constituerait une réforme majeure des principes qui régissent depuis longtemps l'évaluation des dommages-intérêts pour préjudice corporel—en particulier, le principe qui porte qu'un jugement définitif doit être rendu à la fin du procès et celui selon lequel le demandeur a un droit corrélatif au paiement immédiat de la totalité de l'indemnité. Accorder aux tribunaux le droit d'ordonner le paiement de dommages-intérêts par versements périodiques dans des affaires de préjudices corporels ne comporte pas l'extension d'une règle existante, mais l'adoption d'un nouveau principe. Nous n'avons pas à nous prononcer sur le droit d'une cour de justice d'ordonner l'exécution par versements périodiques d'un jugement rendu de façon définitive. Les règles qui régissent l'exécution des jugements dans plusieurs provinces permettent de le faire. Nous devons plutôt nous prononcer sur une proposition que le demandeur perde son droit à un jugement définitif accordant une indemnité déterminée une fois pour toutes, qui serait remplacée par un régime en vertu duquel le montant que le demandeur recevrait pourrait dépendre de la décision du tribunal sur des demandes faites beaucoup plus tard. De plus, ce changement entraîne des conséquences complexes qui

ing beyond the rights and obligations of the parties at bar.

The arguments of the advocates of the award of damages on a periodic basis are powerful. But they leave unanswered the question of whether a court may abrogate the long-standing legal principle of the right to a once-and-for-all lump sum award, and cannot be considered in isolation from the difficulties which might ensue from empowering courts to grant periodic damages in tort. In attempting to remedy the shortcomings of the present system, care must be taken not to create new and greater difficulties.

One such difficulty is the review process presupposed by the Court of Appeal's award of periodic damages. The main purpose of the periodic award is to permit adjustment from time to time so that compensation may be more precisely tailored to need. But how is this tailoring to take place? Presumably further court hearings would be required, with the concomitant expense and worry entailed by documents, discovery, hearings and appeals. The result would be an increased burden on the parties and on the court system. Rules governing the review process would also be required, rules which might be better fashioned by non-judicial bodies.

Another difficulty involves security. In the case at bar security appears not to have been an issue, one of the respondents ordered to pay being a provincial government. Even so, concerns arise; could the plaintiff be certain that the government would not, at some future date, curtail his right to damages? Even with an apparently solvent defendant, it is unfair and unacceptable to place the plaintiff in the uncertain position of not being sure the money he needs to meet his or her needs will be forthcoming in the future. Most of those who have studied periodic payment schemes concur that they are unworkable unless sufficient security is posted. But, assuming security is necessary, how

vont au-delà des droits et des obligations des parties au présent litige.

Les arguments de ceux qui préconisent l'adjudication d'indemnités par versements périodiques sont convaincants. Ils ne répondent cependant pas à la question de savoir si la cour peut abroger le principe juridique établi depuis longtemps du droit à une indemnité forfaitaire déterminée une fois pour toutes, et il n'est pas possible de les dissocier des difficultés qui pourraient découler du fait d'habiliter les tribunaux à ordonner, en matière délictuelle, le paiement de dommages-intérêts par versements périodiques. En voulant corriger les lacunes du système actuel, il faut prendre garde de créer des difficultés nouvelles plus grandes.

Une de ces difficultés réside dans le processus de révision que suppose l'adjudication par la Cour d'appel d'une indemnité payable par versements périodiques. L'objet principal de l'adjudication d'une indemnité par versements périodiques est de permettre d'effectuer des rajustements occasionnels de manière à l'adapter plus exactement aux besoins. Comment cette adaptation se fera-t-elle? Il est probable que d'autres audiences devant les tribunaux seront nécessaires, ce qui entraînera les dépenses et les tracas que comportent les procédures écrites, les interrogatoires préalables, les auditions et les appels. Il en découlerait un fardeau supplémentaire pour les parties et pour le système judiciaire. Il faudrait aussi établir des règles applicables au processus de révision, que des organismes non judiciaires seraient peut-être mieux en mesure de concevoir.

Une autre difficulté a trait à la garantie de paiement. En l'espèce, la garantie de paiement ne semble pas avoir été en cause, l'un des intimés condamnés à payer étant le gouvernement provincial. Même à cela, il y a lieu de s'interroger; le demandeur est-il assuré que le gouvernement ne fera rien, plus tard, pour lui couper son droit à l'indemnité. Donc, même si l'on a affaire à un défendeur apparemment solvable, il est injuste et inacceptable de placer le demandeur dans une situation où il n'est pas certain de recevoir les sommes dont il aura besoin à l'avenir. La plupart de ceux qui ont examiné les régimes d'indemnisation par paiements périodiques reconnaissent que

can a judge ensure compliance with an order that a reluctant defendant post security? What adverse consequences could be brought to bear on a defendant who refused or professed to be unable to post the necessary security?

Further complexities arise when one attempts to define precisely when periodic damages should be available. Simply to leave the matter to the discretion of the judge is inadequate; some guidelines would need to be developed, if only to make the law reasonably predictable and promote settlements. Legislation in other jurisdictions suggests a variety of means to define when periodic payment of damages may be ordered. Some statutes limit such awards on the basis of the cause of action, for example, medical malpractice; other schemes predicate availability on the size of award; yet other statutes base the availability of periodic damages on the nature of the injury, limiting it to catastrophic, totally disabling injuries.

Yet another factor meriting examination is the lack of finality of periodic payments and the effect this might have on the lives of plaintiff and defendant. Unlike persons who join voluntarily in marriage or contract—areas where the law recognizes periodic payments—the tortfeasor and his or her victim are brought together by a momentary lapse of attention. A scheme of reviewable periodic payments would bind them in an uneasy and untermiated relationship for as long as the plaintiff lives.

I raise these issues not to suggest that schemes for periodic payment should not be attempted, but rather to indicate some of the many complex con-

ces régimes ne peuvent fonctionner en l'absence de garanties de paiement suffisantes. Mais, même en tenant pour acquis que le régime doit s'accompagner de garanties, comment le juge pourra-t-il <sup>a</sup> assurer le respect de l'ordonnance imposant à un défendeur récalcitrant de fournir des garanties? Quelles conséquences défavorables pourrait-on faire subir à un défendeur qui refuse de fournir les garanties nécessaires ou prétend ne pouvoir le faire? <sup>b</sup>

Il survient d'autres difficultés lorsqu'il s'agit de définir précisément dans quels cas il sera possible d'ordonner le paiement d'une indemnité par versements périodiques. Il ne suffit pas de laisser simplement la question à la discrétion du juge: il faut établir des lignes directrices ne serait-ce que pour rendre le droit raisonnablement prévisible et favoriser les règlements. Les dispositions législatives d'autres ressorts font entrevoir divers moyens de déterminer quand il est possible d'ordonner le paiement d'une indemnité par versements périodiques. Certaines lois restreignent l'adjudication de ce genre d'indemnité en fonction de la cause d'action comme la négligence professionnelle médicale; d'autres régimes conditionnent la possibilité de recourir à cette forme d'indemnisation au montant de l'indemnité; d'autres textes législatifs fondent la possibilité d'obtenir le paiement d'une indemnité par versements périodiques sur la nature du préjudice subi, la limitant aux préjudices catastrophiques qui entraînent l'invalidité totale. <sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup>

Une autre facteur à prendre en compte est l'absence de caractère définitif des versements périodiques, de même que l'effet que cette absence peut avoir sur les existences du demandeur et du défendeur. À la différence des personnes qui s'unissent spontanément par mariage ou par contrat—domaines où la loi autorise les versements périodiques—l'auteur d'un délit et sa victime sont mis en rapport l'un avec l'autre à cause d'un moment de distraction. Un régime de versements périodiques sujets à révision aurait pour effet de les lier dans une relation difficile et à durée indéterminée pendant toute la vie du demandeur. <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup>

Si je signale ces questions, ce n'est pas pour laisser entendre qu'il ne faut pas tenter d'établir des régimes d'indemnisation par versements pério-

siderations raised by the implementation of such schemes. A review of legislation in jurisdictions where periodic payments have been adopted reveals many different models premised on different answers to questions such as these. In my opinion, the legislatures are better equipped than the courts to deal with the complexities involved in implementation of the notion of periodic payments into our law of tort.

In summary, I conclude that the well-established limits on judicial law-making powers as well as the complexities associated with introduction of the concept of periodic payments into our law, preclude the court from ordering periodic reviewable payments for future cost of care in the stead of the lump sum judgment to which the plaintiff is entitled under existing legal principles. For the same reasons, it would be inappropriate for the court to order the defendant to purchase an annuity for the plaintiff's care during his lifetime.

2. *Should Allowance be Made for the Effect of Taxation in Calculating the Cost of Future Care?*

This issue did not arise before the Court of Appeal, given its order for the periodic payment of damages for future care. Under existing tax law, which provides that damages for personal injuries are not taxable income, periodic payments would be tax-free. By contrast, the impact of taxation on a lump sum award for cost of future care is highly significant. The sum is predicated on the assumption that the currently unused portion of the fund will be invested and earn income, for which a discount is made. That income will attract tax under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended. If no allowance is made for this tax, the judgment will prove insufficient to provide the care required for the predicted lifespan of the plaintiff. The theory of "grossing-up" is that there should be an additional sum awarded to compen-

diques, mais plutôt pour indiquer certains des problèmes nombreux et complexes que l'application de tels régimes fait naître. L'examen des lois dans les ressorts qui ont adopté ces régimes d'indemnisation par versements périodiques fait voir plusieurs modèles différents de régimes selon la diversité des réponses données à des questions comme celles-ci. À mon avis, les assemblées législatives sont plus en mesure que les tribunaux judiciaires de remédier aux complexités liées à l'application de la notion d'indemnisation par versements périodiques en matière délictuelle.

En résumé, je conclus que les limites bien établies du pouvoir des tribunaux de dire le droit et les complexités liées à l'introduction, dans notre droit, de la notion d'indemnisation par versements périodiques empêchent la cour d'adjudger, au titre des soins futurs, une indemnité par versements périodiques sujets à révision, au lieu d'adjudger l'indemnité forfaitaire à laquelle le demandeur a droit selon les principes juridiques existants. Pour les mêmes motifs, il ne conviendrait pas que la cour ordonne au défendeur de souscrire une rente destinée à pourvoir aux soins du demandeur sa vie durant.

2. *Faut-il tenir compte de l'effet de l'impôt en calculant l'indemnité pour soins futurs?*

Cette question ne s'est pas posée en cour d'appel, puisque celle-ci a ordonné le paiement d'une indemnité par versements périodiques au titre du coût des soins futurs. Selon la loi de l'impôt actuellement en vigueur, les dommages-intérêts pour préjudice corporel ne constituent pas un revenu imposable de sorte que les versements périodiques seraient non imposables. Par contre, les conséquences de l'impôt sur une indemnité forfaitaire pour soins futurs sont très importantes. La somme est établie en fonction de l'hypothèse que la partie actuellement inutilisée du capital sera investie pour produire des revenus qui sont actualisés. Ces revenus seront imposables en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63 et ses modifications. S'il n'est pas tenu compte de cet impôt, l'indemnité sera insuffisante pour défrayer les soins que nécessitera le demandeur jusqu'à la fin de ses jours selon son espérance de

sate for the tax that will accrue on the interest portion of the award.

In contrast to the issue of periodic payment of damages for future care, the jurisprudence on the question of "gross-up" for taxation of the award for cost of care is recent and unsettled. Thus the court does not face the difficulty of effecting a major change in the established law or depriving either party of an established right. The question is simply whether the impact of taxation is one of the factors which the court should consider in determining the amount required to provide for the future care of the plaintiff.

I turn first to the jurisprudence. The question of taxation in calculating damages for cost of future care was considered by this Court in the 'trilogy' of *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287. The Court made no allowance for taxation in those cases. Dickson J., as he then was, in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, after alluding to the difficulty in predicting the actual tax burden and the relief from taxation to be obtained from medical deductions, declined to consider the impact of taxation on the award for future care. At page 260 he stated:

Because of the provision made in the *Income Tax Act* and because of the position taken in the Alberta Courts, I would make no allowance for that item.

This is far from a categorical statement that taxation can never be considered in calculating damages for the cost of future care. It was predicated largely on factors peculiar to the case, in particular the lack of evidence and absence of findings of the courts below.

The lower courts have taken different views of what *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.* decided on the question of allowing for the impact of

vie. La théorie de «la majoration de l'indemnité» veut qu'il faille accorder une somme additionnelle pour compenser l'impôt auquel seront assujettis les intérêts que rapportera l'indemnité.

À la différence de la question de l'indemnisation par paiements périodiques pour les soins futurs, la jurisprudence sur la question de la «majoration» pour fins d'impôt de l'indemnité destinée à défrayer les soins est récente et incertaine. Ainsi, le tribunal n'est pas confronté à la difficulté d'apporter un changement majeur aux principes juridiques établis ou de dépouiller l'une ou l'autre partie d'un droit reconnu. La question est simplement de savoir si le tribunal doit tenir compte, entre autres facteurs, de l'effet de l'impôt en calculant le montant nécessaire pour défrayer les soins futurs du demandeur.

J'analyserai d'abord la jurisprudence. Notre Cour a examiné la question de l'impôt dans le calcul de l'indemnité pour soins futurs dans la «trilogie» d'arrêts *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287. La Cour n'a pas pris l'impôt en compte dans ces arrêts. Dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, après avoir mentionné la difficulté de prédire quels seront le fardeau fiscal exact et les exemptions d'impôt disponibles par déduction des frais médicaux, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a refusé de tenir compte de l'effet de l'impôt dans le calcul de l'indemnité pour soins futurs. Il dit à, la p. 260:

Vu la disposition précitée de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la décision des tribunaux albertains, je n'accorderai rien sous ce chef.

Cela est loin de constituer une affirmation catégorique qu'il n'est jamais possible de tenir compte de l'impôt en calculant l'indemnité pour soins futurs. Cette affirmation se fondait largement sur des facteurs particuliers à cette affaire, notamment l'absence de preuve et de conclusions de la part des tribunaux d'instance inférieure.

Les tribunaux d'instance inférieure ont interprété de différentes façons ce qui a été décidé, dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta*



tax in calculating the cost of future care. The Court of Appeal in Ontario took the view that the claims for gross-up in the trilogy had failed for want of sufficient proof, and went on to take taxation into account in calculating the cost of future care: *Fenn v. City of Peterborough* (1979), 25 O.R. (2d) 399, at p. 456; *Nielsen v. Kaufmann* (1986), 54 O.R. (2d) 188, at pp. 201-7; *McErlean v. Sarel, supra*. In British Columbia, the Court of Appeal held in *Scarff v. Wilson* (November 25, 1988 unreported; reasons in this Court delivered concurrently with the appeal at bar, [1989] 2 S.C.R. 776) that the trilogy ruled out an allowance for taxation. However, another panel of that Court months later took the opposite view as to what the trilogy decided but found that it was bound to follow *Scarff v. Wilson* nevertheless: *Reekie v. Messervey*, May 5, 1989, unreported.

I conclude that this Court's views in the trilogy do not forbid taking into account the impact of taxation on the award for cost of future care, provided that the necessary evidentiary foundation is laid.

The case for taking the impact of taxation into account is strong. Academics and judges alike have recognized that unless the impact of taxation is taken into account, the award will prove insufficient to meet the plaintiff's projected needs. Professors Feldthusen and McNair in "General Damages in Personal Injury Suits: The Supreme Court's Trilogy" (1978), 28 *U. of T. L.J.* 381, conclude:

Recognition of the effect of taxes, no matter how difficult to calculate, seems essential if awards are to be fair to the plaintiff.

McEachern C.J.B.C. in *Scarff v. Wilson*, stated:

... I see no reason in principle why the fund awarded for future costs of care should not be protected against the incidence of tax. Without gross-up, such a fund is clearly inadequate for the purpose for which it is intended.

*Ltd.*, quant à la prise en compte de l'impôt dans le calcul du coût des soins futurs. La Cour d'appel de l'Ontario s'est dite d'avis que la demande de majoration d'indemnité a été refusée dans la trilogie à cause de l'insuffisance de la preuve et elle a tenu compte de l'impôt en calculant le coût des soins futurs: *Fenn v. City of Peterborough* (1979), 25 O.R. (2d) 399, à la p. 456, *Nielsen v. Kaufmann* (1986), 54 O.R. (2d) 188, aux pp. 201 à 207, *McErlean v. Sarel*, précité. En Colombie-Britannique, la Cour d'appel a statué, dans l'arrêt *Scarff v. Wilson* (inédit, le 25 novembre 1988; les motifs rédigés par notre Cour relativement à cette affaire ayant été rendus en même temps que le présent arrêt, [1989] 2 R.C.S. 776), que la trilogie avait écarté la prise en compte de l'impôt. Cependant, un autre banc de la même cour a, quelques mois plus tard, adopté un point de vue contraire sur ce que la trilogie avait décidé, mais elle a conclu qu'elle était liée par l'arrêt *Scarff v. Wilson: Reekie v. Messervey*, inédit, le 5 mai 1989.

Je conclus que l'avis de notre Cour dans la trilogie n'interdit pas de tenir compte de l'effet de l'impôt sur l'indemnité à accorder pour le coût des soins futurs, pourvu que la preuve le justifie.

Les arguments qui militent en faveur de la prise en compte de l'effet de l'impôt sont convaincants. Les auteurs de doctrine et les juges reconnaissent que si l'on ne tient pas compte de l'effet de l'impôt, l'indemnité se révélera insuffisante pour satisfaire aux besoins prévus du demandeur. Les professeurs Feldthusen et McNair dans «General Damages in Personal Injury Suits: The Supreme Court's Trilogy» (1978), 28 *U. of T. L.J.* 381, arrivent à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Quelle que soit la difficulté que présente le calcul de l'effet de l'impôt, il semble essentiel de tenir compte de cet effet si on veut que l'indemnité accordée au demandeur soit équitable.

Dans l'arrêt *Scarff v. Wilson*, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique dit:

[TRADUCTION] Je ne vois pas de motif de principe qui empêche de protéger l'indemnité accordée pour les soins futurs contre l'effet de l'impôt. Sans majoration de l'indemnité, un tel capital ne satisfera manifestement pas aux fins auxquelles il est destiné.

In *McErlean v. Sarel*, *supra*, the Ontario Court of Appeal took a similar view:

As a matter of principle, regard has to be paid to the impact of taxation on income from the award for the cost of future care. If this impact is ignored, as the appellant submits it should be, then the award cannot accomplish its prime purpose, which is to assure that the plaintiff should be adequately cared for during the rest of his life.

Those who argue against making an allowance for taxation in calculating the cost of future care do so, not on the ground that the allowance is not required if the plaintiff is to be adequately provided for, but mainly on the basis that the calculation is so speculative that it should not be attempted. I cannot accept that allowance for taxation is so inherently speculative that it should not be taken into account. In the first place, difficulty of calculation is a weak basis for refusing to award a plaintiff damages to which he or she is in principle entitled. The entire exercise of assessing damages for future care over a period of decades is fraught with uncertainty; yet the courts do their best to calculate an appropriate award. Where there is a right, there must also be a remedy: *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, at p. 953 and p. 136, *per* Holt C.J.

In fact, the calculations for taxation in this case and in *Scarff v. Wilson*, *supra*, do not present excessive difficulty. In the case at bar an actuary and chartered accountant for the plaintiff and a chartered accountant for the defendants testified as to the impact of taxation on the award for the cost of future care. After reviewing their evidence, the trial judge concluded that \$230,000 should be awarded for the impact of taxation on the award for the cost of future care. It is not suggested that this award was not supported by the evidence. In *Scarff v. Wilson* the opposing experts were able to agree on all relevant factors save for a few variables, and McEachern C.J.B.C. expressed the expectation that the calculation could be reduced to a computer model which would yield an esti-

Dans l'arrêt *McErlean v. Sarel*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté un point de vue semblable:

[TRADUCTION] En principe, il faut tenir compte de l'effet de l'impôt sur les revenus produits par l'indemnité accordée pour les soins futurs. Si nous n'en tenons pas compte, comme le propose l'appelant, l'indemnité ne pourra pas alors atteindre son objectif premier qui est d'assurer au demandeur qu'il recevra des soins adéquats sa vie durant.

Ceux qui soutiennent qu'il ne faut pas tenir compte de l'impôt en calculant le coût des soins futurs le font, non pas pour le motif qu'il n'est pas nécessaire de le faire pour pourvoir adéquatement aux besoins du demandeur, mais surtout pour le motif que ce calcul est si spéculatif qu'on ne doit pas tenter d'y procéder. Je ne puis accepter que la prise en compte de l'impôt soit de nature si spéculative en soi qu'il faille s'en abstenir. D'abord, la difficulté que pose ce calcul est un mauvais prétexte pour refuser d'accorder au demandeur l'indemnité à laquelle il a droit en principe. Toute l'évaluation de l'indemnité pour soins futurs qui s'étendront sur plusieurs dizaines d'années est empreinte d'incertitude; encore est-il que les tribunaux essaient de leur mieux de calculer une indemnité adéquate. Là où il y a un droit, il doit aussi y avoir un recours: *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, aux pp. 953 et 136 respectivement, le juge en chef Holt.

En réalité, les calculs pour fins d'impôt auxquels on procède en l'espèce et dans l'affaire *Scarff v. Wilson*, précitée, ne présentent pas de très grandes difficultés. En l'espèce, un actuaire et comptable agréé, pour le demandeur, et un comptable agréé pour les défendeurs ont déposé au sujet de l'effet de l'impôt sur l'indemnité pour les soins futurs. Après avoir analysé leurs dépositions, le juge de première instance a conclu qu'il fallait accorder 230 000 \$ au titre de l'effet de l'impôt sur l'indemnité pour soins futurs. On n'a pas insinué que cette conclusion n'était pas justifiée par la preuve. Dans l'affaire *Scarff v. Wilson*, les experts des parties ont pu s'entendre sur tous les facteurs pertinents à l'exception de quelques variables, et le juge en chef McEachern a affirmé qu'il s'attendait à ce que calcul soit ramené à un modèle informatisé qui permettrait d'évaluer la majoration de l'indemnité

mate of the gross-up on the basis of the factors relevant to the particular case.

A second reason is advanced for declining to take taxation into account in calculating the award for future care; it is said that to do so would be anomalous since no allowance for tax is made on lost earning capacity: *The Queen in right of Ontario v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532, (where the effect would be to reduce the award rather than increase it). But it should not be overlooked that the award for lost earning capacity is also discounted for the earnings on income in the earlier years, and that such earnings are taxable. Thus the plaintiff is in fact paying tax on the award for lost earning capacity.

I conclude that an allowance should be made for the impact of taxation on the award for cost of future care where the evidence supports it, and that the evidence in this case meets that requirement. In my opinion, the trial judge was correct in allowing \$230,000 as gross-up for taxation.

3. *Did the Court of Appeal Err in Reducing the Amount Allowed by the Trial Judge for Cost of Future Care?*

Three issues arise under this head: (1) did the Court of Appeal err in reducing the amount awarded by the trial judge for initial expenditures; (2) did the Court of Appeal err in substituting its view that the cost of future care should be based on living in a government-subsidized apartment, for the trial judge's view that it should be based on costs of living in a detached home; and (3) did the Court of Appeal err in reducing the amount which the trial judge allowed for care and attendants?

I turn first to the question of initial outlay for equipment. The trial judge, relying on the recommendation of the Canadian Paraplegic Association, allowed \$46,078.31 for initial outlay costs. The Court of Appeal reduced this sum by

en fonction des facteurs applicables à chaque cas particulier.

On invoque aussi un second motif de ne pas tenir compte de l'impôt dans le calcul de l'indemnité pour soins futurs; on soutient qu'il serait anormal de le faire puisque on ne tient pas compte de l'impôt relativement à la perte de capacité de gagner un revenu: *The Queen in right of Ontario v. Jennings*, [1966] R.C.S. 532 (où il en aurait résulté une diminution de l'indemnité au lieu d'une augmentation). Il faut cependant se rappeler que l'indemnité pour perte de capacité de gagner un revenu est aussi actualisée en fonction des revenus touchés au cours des années antérieures et que ces revenus sont imposables. Ainsi, le demandeur paie effectivement des impôts sur l'indemnité pour perte de capacité de gagner un revenu.

Je conclus qu'il faut tenir compte de l'effet de l'impôt sur l'indemnité accordée au titre des soins futurs quand la preuve le justifie, et qu'en l'espèce la preuve le justifie. À mon avis, le juge de première instance a eu raison d'accorder 230 000 \$ à titre de majoration de l'indemnité pour fins d'impôt.

3. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé en première instance au titre des soins futurs?*

Cet aspect du pourvoi soulève trois questions: (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé par le juge de première instance au titre des dépenses initiales? (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant son opinion selon laquelle il faut établir le coût des soins futurs en fonction de l'occupation d'un logement subventionné par l'État, à celui du juge de première instance qui avait estimé que ce coût devait être établi en fonction de l'occupation d'une maison isolée? et (3) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant que le juge de première instance avait accordé pour les soins et pour les infirmiers?

Je commencerai par examiner la question des déboursés initiaux pour l'équipement. S'appuyant sur la recommandation de l'Association canadienne des paraplégiques, le juge de première instance a accordé 46 078,31 \$ au titre des dépenses

\$8,429.40, representing \$4,683 for the cost of a lift and \$3,746.40 for the cost of an electric wheelchair. It felt that the lift was unnecessary because, assuming Watkins had his own home, there would be no need for a basement, and it expressed the view that the government had already provided Watkins with an electric wheelchair. These conclusions were contrary to the evidence, which supported the need for a home with a basement for storage and privacy reasons and indicated that the government loans only a limited number of wheelchairs to disabled persons after evaluation and approval of an assessment committee. There was no evidence Watkins had received such approval. In view of the evidence supporting the trial judge's finding on the need for a lift and for an electric wheelchair, it was not open to the Court of Appeal to disallow those items.

I turn next to the basis of the calculation for cost of future care. The trial judge was of the opinion that the award for future care should be calculated on the basis that Watkins was entitled to be cared for in his own home, despite the availability of less costly government care programs. He considered the home care program administered by the government and concluded that it did not offer "the required security of choice, continuity and standard for the service and equipment needs of Watkins living in a home environment."

The Court of Appeal took a different view of the matter. It concluded that a government-subsidized apartment referred to as a "Fokus Unit" would provide reasonable accommodation for Watkins. A Fokus Unit is a specially constructed and equipped apartment in an ordinary apartment block designed to permit disabled individuals to live on their own. The Court of Appeal concluded that the award for future care should be predicated on the rental of a Fokus Unit. This greatly reduced the sum required for future care. No allowance for land, house construction, or exterior and air-conditioning maintenance would be required, and cost of care would be reduced, in the Court's view, by

initiales. La Cour d'appel a réduit ce montant de 8 429,40 \$, constitué de 4 683 \$ pour un ascenseur et de 3 746,40 \$ pour un fauteuil roulant électrique. La cour a jugé que l'ascenseur n'était pas nécessaire puisqu'à supposer qu'il aurait sa propre maison, Watkins n'aurait pas besoin d'un sous-sol, et elle a exprimé l'avis que le gouvernement avait déjà fourni un fauteuil roulant électrique à Watkins. Ces conclusions sont contraires à la preuve qui établit la nécessité d'avoir une maison dotée d'un sous-sol à des fins de rangement d'une part et pour des motifs d'intimité d'autre part. La preuve indique également que le gouvernement prête un nombre limité de fauteuils roulants aux handicapés après évaluation et approbation par un comité d'évaluation. Il n'y a pas de preuve que Watkins ait obtenu cette approbation. En raison de la preuve qui justifie la conclusion du juge de première instance portant qu'un sous-sol et un fauteuil roulant étaient nécessaires, il n'était pas loisible à la Cour d'appel de refuser ces indemnités.

J'examinerai ensuite la base du calcul du coût des soins futurs. Le juge de première instance a estimé qu'il fallait calculer l'indemnité pour soins futurs en fonction du droit qu'avait Watkins de recevoir des soins chez lui, même s'il existait des programmes gouvernementaux de soins moins coûteux. Il a analysé le programme de soins à domicile administré par le gouvernement et a conclu que ce programme n'offrait pas [TRADUCTION] «la garantie de choix, la continuité et le niveau de services et d'équipement [dont Watkins avait] besoin pour vivre dans un cadre familial».

La Cour d'appel a vu la chose sous un autre angle. Elle a conclu qu'un appartement subventionné par l'État, qu'on appelle «unité Fokus» fournirait à Watkins un logement convenable. Une unité Fokus est un appartement spécialement construit et aménagé dans une immeuble d'habitation ordinaire pour permettre à une personne handicapée d'y vivre de façon autonome. La Cour d'appel a conclu que l'indemnité pour soins futurs devait être accordée en fonction de la location d'une unité Fokus. Cette décision a eu pour effet de réduire considérablement la somme requise pour les soins futurs. Il ne serait pas nécessaire de prévoir de frais pour le terrain, la construction d'une maison

the government care program made available for residents of the units.

I am satisfied that the Court of Appeal should not have substituted its own views on what constitutes appropriate care for Watkins for the views of the trial judge. The trial judge carefully considered all the evidence, including the evidence relating to the Fokus Units, and concluded that those units would not make possible the care which Watkins needs. No error in that conclusion was demonstrated. On the contrary, the evidence appears to support the contention that the Fokus Units do not provide the care required by Watkins—twenty-four hour care of the sort required is not provided and there was no evidence of the availability of the units.

The trial judge's conclusion on the need for home care was not only supported by the evidence; it is in conformity with the emphasis on full and adequate compensation for seriously injured plaintiffs expressed by this Court in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, per Dickson J., at p. 246:

The standard of care expected in our society in physical injury cases is an elusive concept . . . The standard to be applied to Andrews is not merely "provision", but "compensation": i.e. What is the proper compensation for a person who would have been able to care for himself and live in a home environment if he had not been injured? The answer must surely be home care.

In the absence of error and in the face of evidence supporting the trial judge's conclusion, it was not appropriate for the Court of Appeal to substitute its view for that of the trial judge on the issue of whether home care was required.

The third difference between the trial judge and the Court of Appeal on the cost of future care concerns the standard of care to which the plaintiff is entitled. On the basis of the evidence of the Canadian Paraplegic Association the trial judge found that the monthly ongoing cost of care was \$3,776.44. The Court of Appeal overturned the finding of the trial judge and concluded that the

ou l'entretien de l'extérieur et de la climatisation, et, de l'avis de la Cour, le programme de soins fournis par l'État aux occupants de ces unités permettrait de réduire le coût des soins.

<sup>a</sup> Je suis convaincue que la Cour d'appel n'aurait pas dû substituer son avis à celui du juge de première instance quant à savoir ce qui constituerait des soins adéquats pour Watkins. Ce dernier a soigneusement étudié toute la preuve, dont celle relative aux unités Fokus, et il a conclu que ces unités ne permettraient pas de fournir les soins requis par Watkins. Il n'a pas été prouvé que cette conclusion était erronée. Au contraire, la preuve <sup>b</sup> semble étayer l'avis que les unités Fokus ne permettent pas de prodiguer les soins dont Watkins a besoin, c'est-à-dire le genre de soins requis vingt-quatre heures par jour et dont la disponibilité dans ces unités n'a pas été démontrée.

<sup>d</sup> L'avis du juge de première instance sur la nécessité de soins à domicile est non seulement étayé par la preuve, mais encore il est conforme au concept de l'indemnisation intégrale et suffisante des demandeurs gravement blessés, dont parle le juge Dickson dans l'arrêt de notre Cour *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, à la p. 246:

<sup>e</sup> Le niveau normal de soins dans notre société en cas de préjudice corporel est un concept difficile à cerner [. . .] Il ne peut être question, dans le cas d'Andrews, d'une simple «prestation», mais plutôt d'une «indemnisation»: c.-à-d. quelle réparation faut-il accorder à une personne qui aurait été capable de prendre soin d'elle-même et de vivre indépendamment si elle n'avait pas été blessée? <sup>g</sup> Indubitablement, des soins à domicile.

<sup>h</sup> Vu l'absence d'erreur et les éléments de preuve qui étayaient la conclusion du juge de première instance, il ne convenait pas que la Cour d'appel substitue son avis à celui du juge de première instance quant à savoir si des soins à domicile étaient requis.

<sup>i</sup> La troisième divergence d'avis entre le juge de première instance et la Cour d'appel au sujet du coût des soins futurs a porté sur le type de soins auxquels le demandeur a droit. S'appuyant sur le témoignage de l'Association canadienne des paraplégiques, le juge de première instance a conclu <sup>j</sup> que le coût mensuel des soins prolongés serait de 3 776,44 \$. La Cour d'appel a écarté cette conclu-

monthly cost of care was approximately \$3,000. In effect, the Court of Appeal rejected the finding of the trial judge that the plaintiff should have one full-time attendant plus homemaker services. The conclusions of the trial judge are in accordance with the principles laid down by this Court in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, where the paramountcy of adequate care for those seriously injured through the fault of others was affirmed. In my opinion, no error in the trial judge's method or conclusions is demonstrated, and the Court of Appeal should not have substituted its view of appropriate care for that of the trial judge.

4. *Did the Court of Appeal Err in Reducing the Award for Lost Earning Capacity, Past and Future?*

(a) Pre-Trial Earnings

Assessment of Watkins' pre-trial earnings loss was complicated by the fact that for two years prior to the accident, following the break-up of his marriage, he had chosen to interrupt his full-time employment. From 1969 to 1974 he had been employed in the design field. In 1974 he ceased full-time employment. At the time of the accident he was engaged in a silkscreen business which he had recently started with another person.

The plaintiff and the defendants presented different opinions as to what Watkins' pre-trial earnings would have been had he not been injured. The plaintiff's opinion was based on earnings of approximately \$14,000 in his last full year of salaried employment in 1974. This produced a projected salary at the date of the accident (1976) of \$17,475. This was then adjusted for the average wage increase in the industrial sector as well as for inflation for each year between the accident and the trial. The claim totalled \$314,013, composed of

sion du juge de première instance et a exprimé l'avis que le coût mensuel des soins serait d'environ 3 000 \$. En réalité, la Cour d'appel a rejeté la conclusion du juge de première instance selon laquelle le demandeur devrait bénéficier des services d'un infirmier à plein temps et de ceux d'une gouvernante. Les conclusions du juge de première instance sont conformes aux principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, où on a confirmé la très grande importance de fournir des soins adéquats à ceux qui ont été gravement blessés par la faute d'autrui. À mon avis, on n'a pas démontré que la méthode utilisée par le juge de première instance et ses conclusions étaient erronées et la Cour d'appel n'aurait pas dû substituer son avis à celui du juge de première instance sur ce qui constitue des soins appropriés.

4. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé pour perte de capacité de gagner un revenu pour le passé et l'avenir?*

a) Les revenus antérieurs au procès

L'évaluation de la perte de revenus subie par Watkins avant le procès a été compliquée par le fait que, pendant les deux années qui ont précédé l'accident, après la rupture de son mariage, il avait choisi de cesser de travailler à plein temps. De 1969 à 1974, Watkins avait travaillé dans le domaine du stylisme. En 1974, il a cessé de travailler à plein temps. Au moment de l'accident, il travaillait dans une entreprise de sérigraphie qu'il avait fondée un peu plus tôt avec une autre personne.

Le demandeur et les défendeurs ont exprimé des avis divergents sur ce qu'auraient été les revenus de Watkins avant le procès s'il n'avait pas été blessé. L'avis du demandeur s'appuyait sur des revenus d'environ 14 000 \$ qu'il avait gagnés pendant sa dernière année d'emploi à plein temps en 1974. Ce chiffre donnait une projection de 17 475 \$ pour l'année de l'accident (1976). Ce salaire était ensuite rajusté selon l'augmentation moyenne des salaires dans le secteur industriel et selon l'inflation pour chacune des années depuis

\$243,574 for past earnings and \$70,460 for the inflation adjustment.

The defendants took a different approach. They attempted to calculate the position Watkins would have been in had he worked since 1976 to trial, after paying normal living expenses and income tax. This amount plus interest they put at \$102,000. This was said to be far greater than the average percentage savings for the population at large.

The trial judge awarded \$263,267 for pre-trial wage loss, including \$47,754 for inflation. The Court of Appeal reduced the award to \$125,000, citing the modest income of Watkins at the date of the accident and past earning history, the inappropriateness of an allowance for inflation, and the fact that his food and shelter had been totally provided by the government between the date of the accident and the trial.

In so far as it relied on the modest income of Watkins at the time of the accident, the Court of Appeal seems to have been substituting its view of what Watkins would have earned for that of the trial judge. There was evidence to support the trial judge's conclusion that but for the accident Watkins would have returned to full-time work at a salary equivalent to what he had earned previously, adjusted for wage increases. No error having been demonstrated, it was not open to the Court of Appeal to substitute its view on this question.

The next question is whether the trial judge erred in including an amount for inflation. The amount was added to offset the fact that the plaintiff would be receiving his award for past earnings in 1985 dollars (the date of judgment), which were worth less than dollars in the years for which the award was made. At common law, interest was not payable upon money awards for damages in tort; all that could be recovered was

celle de l'accident jusqu'à celle du procès. La demande totale de 314 013 \$ comportait 243 574 \$ pour les revenus antérieurs et 70 460 \$ à titre de rajustement pour l'inflation.

<sup>a</sup> Les défendeurs ont utilisé une méthode différente. Ils ont essayé de déterminer la situation dans laquelle Watkins se serait trouvé s'il avait occupé un emploi depuis 1976 jusqu'au procès, après paiement des frais normaux de subsistance et de l'impôt. Ils estiment cette somme plus les intérêts à 102 000 \$. Ils ont soutenu que cela représentait un taux d'épargne beaucoup plus grand que celui de l'ensemble de la population.

<sup>c</sup> Le juge de première instance a adjugé 263 267 \$ pour la perte de revenus avant le procès, dont 47 754 \$ à titre de rajustement pour l'inflation. La Cour d'appel a ramené cette indemnité à 125 000 \$, en invoquant la modicité des revenus touchés par Watkins à l'époque de l'accident et pendant les années antérieures, l'inopportunité d'accorder une indemnité au titre de l'inflation et le fait que le gouvernement lui avait fourni le gîte et le couvert depuis le moment de l'accident jusqu'à celui du procès.

<sup>d</sup> Pour autant qu'elle s'est fondée sur la modicité des revenus touchés par Watkins à l'époque de l'accident, la Cour d'appel semble avoir substitué son avis quant à ce que Watkins aurait gagné à celui du juge de première instance. Il y a des éléments de preuve qui étayaient la conclusion du juge de première instance que, n'eût été de cet accident, Watkins aurait repris un emploi à plein temps à un salaire équivalent à ce qu'il avait gagné auparavant, mais rajusté en fonction de l'augmentation des salaires. En l'absence de preuve d'erreur, il n'était pas loisible à la Cour d'appel de substituer son avis sur ce point.

<sup>e</sup> La question suivante est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en ajoutant une somme au titre de l'inflation. Cette somme a été ajoutée pour compenser le fait que le demandeur recevrait son indemnité pour les revenus antérieurs en dollars de 1985 (date du jugement), qui valaient moins que les dollars des années pour lesquelles l'indemnité était versée. En *common law*, des intérêts ne sont pas payables sur le mon-

the money lost. It was to remedy this situation that many provinces passed legislation permitting the courts to award pre-trial interest for monies withheld pending judgment. The award here in issue is not for interest, but for inflation. Theoretically, interest is comprised of an allowance for inflation, plus an additional percentage, referred to as the "real" earnings on money. By making an award for inflation, the trial judge in effect made a partial award of pre-judgment interest to the plaintiff. In my opinion, no legal foundation exists for this award.

The final question is whether the trial judge should have made a deduction for the fact that the plaintiff was cared for by the state between the time of the accident and the time of trial. In calculating loss of future earning capacity in cases where an award for future care is made, a deduction is made from the award for lost earning capacity for living expenses to avoid duplication between the two heads of damage. The Court of Appeal in this case applied similar reasoning to the plaintiff's pre-trial lost income. However, the basis for making a deduction on this account—duplication between two heads of damage—was lacking, there being no award for pre-trial cost of care. No case was cited to us in which a deduction for living expenses has been made from damages for pre-trial loss of earning capacity and I see no need to introduce such a practice. If the Government of Manitoba had wished, it could have counter-claimed for the cost of the plaintiff's pre-trial care. Having failed to do so, it must abide by the result.

Nor should any deduction be made for tax which the plaintiff would have had to pay on his earnings had he not been injured. This is the rule

tant d'une indemnité pour délit civil; ce qui est recouvrable se limite à la somme d'argent perdue. C'est pour remédier à cette situation que de nombreuses provinces ont adopté des mesures législatives autorisant les tribunaux à adjuger des intérêts sur les sommes dont le paiement est retardé jusqu'au jugement. L'indemnité en cause ici ne se rapporte pas à des intérêts, mais à l'inflation. En théorie, les intérêts comportent une indemnisation pour l'inflation plus un autre pourcentage qui correspond au rendement «véritable» du capital. En accordant une indemnité au titre de l'inflation, le juge de première instance a en réalité indemnisé le demandeur pour une partie des intérêts avant jugement. À mon avis, cette indemnité n'est pas justifiée en droit.

La dernière question est de savoir si le juge de première instance aurait dû effectuer une déduction du fait que le demandeur avait été pris en charge par l'État depuis le moment de l'accident jusqu'au procès. Dans le calcul de la perte de la capacité de gagner un revenu dans les cas où une indemnité pour soins futurs est accordée, il est déduit de l'indemnité pour perte de capacité du demandeur de gagner un revenu un montant égal aux frais de subsistance afin d'éviter le double emploi entre les deux chefs d'indemnisation. La Cour d'appel a adopté un raisonnement similaire en l'espèce pour la perte de revenus subie par le demandeur avant le procès. Cependant, la justification d'une déduction à cet égard, savoir le double emploi entre les chefs d'indemnisation, n'existait pas puisqu'il n'y avait pas d'indemnisation du coût des soins antérieurs au procès. On ne nous a pas cité d'exemple d'une telle déduction des frais de subsistance de l'indemnité pour perte de capacité de gagner un revenu pour la période antérieure au procès et je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'adopter une telle pratique. Si le gouvernement du Manitoba l'avait voulu, il aurait pu présenter une demande reconventionnelle à l'égard du coût des soins prodigués au demandeur avant le procès. Vu qu'il ne l'a pas fait, il doit se soumettre au jugement.

Il n'y a pas lieu non plus d'effectuer une déduction fondée sur l'impôt que le demandeur aurait dû payer sur ses revenus s'il n'avait pas été blessé. Il



for post-trial loss of earning capacity: *The Queen in right of Ontario v. Jennings, supra*, at p. 546. No authority was cited for application of a different rule to pre-trial earnings, where tax has never been deducted.

I would confirm the trial judge's award for pre-trial loss of earning capacity, subject to a deduction for the allowance for inflation to which the plaintiff is not entitled.

(b) Post-Trial Loss of Earning Capacity

The trial judge assessed Watkins' loss of future earning capacity at \$540,000. The Court of Appeal reduced it to \$400,000 plus interest, on the basis that Watkins' probable income in 1985 was not \$34,773 as found by the trial judge, but \$25,000.

There was ample evidence to support the trial judge's finding as to Watkins' probable 1985 income. No error having been demonstrated, the Court of Appeal should not have substituted its own opinion for the conclusion of the trial judge. I would restore the trial judge's award for loss of future earning capacity.

5. *Management Award*

This Court concluded in *Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1988] 2 S.C.R. 650, that a fee for the management of the fund may be awarded where appropriate. The trial judge found that such a fee was appropriate in this case. Given my conclusion that the Court of Appeal's award of periodic payments cannot stand, a management fee remains appropriate.

s'agit là de la règle applicable à la perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir: *The Queen in right of Ontario v. Jennings*, précité, à la p. 546. On ne nous a cité aucun précédent justifiant l'application d'une règle différente à l'égard des gains antérieurs au procès pour lesquels l'impôt n'a jamais été déduit.

Je suis d'avis de confirmer l'indemnité que le juge de première instance a accordée pour la perte de capacité du demandeur de gagner un revenu avant le procès, sous réserve d'une déduction de l'indemnité au titre de l'inflation à laquelle le demandeur n'a pas droit.

(b) Perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir

Le juge de première instance a évalué à 540 000 \$ la perte de capacité pour Watkins de gagner un revenu à l'avenir. La Cour d'appel a réduit cette somme à 400 000 \$, plus les intérêts, pour le motif que le revenu probable de Watkins en 1985 était non pas de 34 773 \$, comme l'avait conclu le juge de première instance, mais de 25 000 \$.

Il y avait assez d'éléments de preuve pour étayer la conclusion du juge de première instance relative au revenu probable de Watkins en 1985. En l'absence de preuve d'erreur, la Cour d'appel n'aurait pas dû substituer sa propre opinion à celle du juge de première instance. Je suis d'avis de rétablir l'indemnité accordée par le juge de première instance pour la perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir.

h 5. *Indemnité pour services de gestion*

Cette Cour a conclu, dans l'arrêt *Mandzuk c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1988] 2 R.C.S. 650, qu'il est possible d'accorder des honoraires pour services de gestion du capital lorsque cela est indiqué. Le juge de première instance a estimé qu'il y avait lieu d'accorder de tels honoraires en l'espèce. Puisque je conclus que l'indemnité par versements périodiques accordée par la Cour d'appel ne saurait être maintenue, il y a lieu d'accorder des honoraires pour services de gestion.

Conclusion

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge, subject to a deduction of \$47,745 for the factor of inflation included in the award for loss of past earning capacity. The plaintiff is entitled to judgment in the sum of \$2,075,632.56, together with costs throughout.

*Appeal allowed in part with costs.*

*Solicitors for the appellant: Pollock & Company, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondents Ian Frank Olafson and James Aitkenhead: S. S. Kapoor, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent the Government of Manitoba: Tanner Elton.*

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge de première instance, sous réserve d'une déduction de la somme de 47 745 \$ adjudgée au titre de l'inflation dans l'indemnité pour perte de capacité de gagner un revenu dans le passé. Le demandeur a droit à jugement pour la somme de 2 075 632,56 \$, avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Pollock & Company, Winnipeg.*

*Procureur des intimés Ian Frank Olafson et James Aitkenhead: S. S. Kapoor, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimé le gouvernement du Manitoba: Tanner Elton.*

**Virginia Allison Scarff, an infant by her next friend, Daphne Rose Scarff** *Appellant*

v.

**Gordon Bruce Wilson, G. Wilson Construction Co. Ltd., and Donna Jesse** *Respondents*

INDEXED AS: SCARFF v. WILSON

File No.: 21329.

1989: May 24; 1989: September 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Damages — Award for future care — Taxation — Impact of taxation may be taken into account in calculating amount of award for future care.*

#### Cases Cited

**Followed:** *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290, 47 C.C.L.T. 109, dismissing an appeal from a judgment of Cumming J. (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 273, 39 C.C.L.T. 20. Appeal allowed.

*John Laxton, Q.C.*, for the appellant.

*Edgar Sexton, Q.C.*, and *Avon Mersey*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The only issue on this appeal is whether it is open to the Court to take the impact of taxation into account in calculating the amount of the award for future care. For the reasons set out in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, I would answer that question in the affirmative and allow the appeal. The matter is remitted to the Supreme Court of British Columbia for determination of the amount which should be added to the award on account of taxa-

**Virginia Allison Scarff, une mineure représentée par sa tutrice à l'instance Daphne Rose Scarff** *Appelante*

a c.

**Gordon Bruce Wilson, G. Wilson Construction Co. Ltd. et Donna Jesse** *Intimés*

b RÉPERTORIÉ: SCARFF c. WILSON

N° du greffe: 21329.

1989: 24 mai; 1989: 28 septembre.

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

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

d *Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Indemnité pour soins futurs — Impôt — L'effet de l'impôt peut être pris en compte en calculant l'indemnité pour soins futurs.*

#### e Jurisprudence

**Arrêt suivi:** *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290, 47 C.C.L.T. 109, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Cumming (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 273, 39 C.C.L.T. 20. Pourvoi accueilli.

g *John Laxton, c.r.*, pour l'appelante.

*Edgar Sexton, c.r.*, et *Avon Mersey*, pour les intimés.

h Version française du jugement de la Cour rendu par

i LE JUGE MCLACHLIN—La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir s'il est loisible à la Cour de tenir compte de l'effet de l'impôt en calculant le montant à adjuger pour les soins futurs. Pour les raisons données dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, je suis d'avis de répondre à cette question par l'affirmative et d'accueillir le pourvoi. L'affaire est renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour qu'elle détermine le montant qui doit être

tion. The plaintiff is entitled to costs throughout on the issue raised in this appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Laxton, Pidgeon & Co., Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Donna Jesse: Lyall McKercher Hanna, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents Gordon B. Wilson and G. Wilson Construction Co. Ltd.: Guild, Yule, Lane, Sullivan, MacKenzie & Holmes, Vancouver.*

ajouté à celui adjugé au titre de l'impôt. La demanderesse a droit à ses dépens dans toutes les cours relativement à la question soulevée dans ce pourvoi.

<sup>a</sup> *Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Laxton, Pidgeon & Co., Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Donna Jesse: Lyall McKercher Hanna, Vancouver.*

*Procureurs des intimés Gordon B. Wilson et G. Wilson Construction Co. Ltd.: Guild, Yule, Lane, Sullivan, MacKenzie & Holmes, Vancouver.*

**Falk Bros. Industries Ltd. and Canadian Surety Company** *Appellants*

v.

**Elance Steel Fabricating Co. Ltd.** *Respondent*

INDEXED AS: FALK BROS. INDUSTRIES LTD. v. ELANCE STEEL FABRICATING CO.

File No.: 20679.

1989: May 25; 1989: September 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Insurance — Surety bond — Notice of claim given after expiry of notice period stipulated in bond — Insurance Act providing for relief — Whether relief confined to statutory conditions or extended to contractual provisions — If applicable to contractual conditions, whether failure to give notice within the time prescribed by the bond constituting “imperfect compliance” or “non-compliance” — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, s. 109.*

Respondent claimed on a debt owed by Falk Bros. Industries Ltd. together with interest under a bond issued by the Canadian Surety Company. Notice of the claim, however, was given 28 days after the expiry of the 120-day period for notice set out in the bond. The chambers judge found, on respondent's application, that s. 109 of *The Saskatchewan Insurance Act* empowered him to relieve against forfeiture occurring because of this breach of the bond's time limitations and then proceeded to grant such relief. The Court of Appeal allowed the appeal of the Canadian Surety Company with respect to the actual grant of the relief, but dismissed its appeal from the chambers judge's ruling that the court had authority to grant relief against forfeiture. The issues before this Court were: (1) whether s. 109 was confined to statutory conditions or extended to contractual provisions; and (2) if it extended to contractual conditions, whether failure to give notice within the time prescribed by the bond constituted “imperfect compliance” within s. 109 or, alternatively, “non-compliance”. Respondent conceded that the actual grant of relief was improper given that only a declaration as to whether it could obtain such relief had been sought.

**Falk Bros. Industries Ltd. et Canadian Surety Company** *Appelantes*

c.

**Elance Steel Fabricating Co. Ltd.** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FALK BROS. INDUSTRIES LTD. c. ELANCE STEEL FABRICATING CO.

N° du greffe: 20679.

1989: 25 mai; 1989: 28 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Assurance — Cautionnement de sûreté — Avis de réclamation donné après l'expiration du délai fixé pour le faire par le cautionnement — Levée de déchéance prévue dans l'Insurance Act — Levée de déchéance se limitant aux conditions légales ou s'appliquant aussi aux conditions contractuelles? — Si la levée s'applique aux conditions contractuelles, l'omission de donner l'avis dans le délai fixé par le cautionnement constitue-t-elle une «exécution imparfaite» ou une «inexécution»? — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, chap. S-26, art. 109.*

L'intimée a présenté une réclamation en vertu d'un cautionnement souscrit par la Canadian Surety Company en raison d'une dette de Falk Bros. Industries Ltd. qui était échue avec intérêts. Cependant, l'avis de réclamation a été donné 28 jours après l'expiration du délai de 120 jours fixé par le cautionnement. Sur demande de l'intimée, le juge en chambre a conclu que l'art. 109 de *The Saskatchewan Insurance Act* lui conférait le pouvoir de lever la déchéance due au non-respect du délai fixé par le cautionnement et il a accordé ce redressement. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par la Canadian Surety Company quant au redressement lui-même, mais elle l'a rejeté quant à la décision du juge portant que le tribunal avait le pouvoir de lever la déchéance. La Cour doit trancher les questions suivantes: (1) l'art. 109 s'applique-t-il aux seules conditions légales et non aux conditions contractuelles? et (2) s'il s'applique aux conditions contractuelles, l'omission de donner l'avis dans le délai prescrit par le cautionnement constitue-t-elle une «exécution imparfaite» au sens de l'art. 109 ou une «inexécution»? L'intimée a reconnu que le redressement n'avait pas dû lui être accordé puisque la demande portait seulement sur la possibilité d'obtenir un tel redressement.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Section 109 extends to contractual as well as statutory conditions. It should be read as empowering the Court to relieve against forfeiture "Where there has been imperfect compliance with: (1) a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured; or (2) other matter or thing required to be done or omitted by the insured . . ." This broad interpretation is appropriate given that s. 109 is remedial legislation and in light of the interpretation that has been adopted by the courts for more than a decade. The contract in question and the conduct of the parties with relation to it arose in this jurisprudential context. Making relief available for contractual breaches pursuant to s. 109 of *The Saskatchewan Insurance Act* accordingly cannot be said to be unfair or contrary to the intention of the parties. The statutory terms are as much a part of the bargain as non-statutory terms.

Failure to give notice within the time prescribed by the bond constituted "imperfect compliance" within s. 109. It is a less serious breach than failure to bring an action within a stipulated time and relates to "proof of loss" or "other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss". Relief from forfeiture can be granted in respect of delayed notices of claims.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 147; *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental Insurance Co.* (1975), 59 D.L.R. (3d) 333; *Fitzgerald v. Casualty Co. of Canada* (1981), 31 Nfld. & P.E.I.R. 521; *Janet Estate and Kallos v. Saskatchewan Government Insurance* (1984), 30 Sask. R. 185; *V & G Polled Herefords v. Lloyd's Non-Marine Underwriters* (1986), 51 Sask. R. 81; *Dashchuk Lumber Ltd. v. Proman Projects Ltd.* (1987), 59 Sask. R. 193; *Moxness v. Saskatchewan Government Insurance Office*, [1977] 3 W.W.R. 393; *North Lethbridge Garage Ltd. v. Continental Casualty Co.*, [1930] 1 W.W.R. 491; *D. S. Ashe Trucking Ltd. v. Dominion Insurance Corp.* (1966), 55 W.W.R. 321; *National Juice Co. v. Dominion Insurance Co.* (1977), 18 O.R. (2d) 10; *Presco Industrial Ltd. v. Saskatchewan Government Insurance Office* (1967), 61 W.W.R. 637; *Hogan v. Kolisnyk*, [1983] 3 W.W.R. 481.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

L'article 109 s'applique aussi bien aux conditions contractuelles qu'aux conditions légales. Il faut l'interpréter comme s'il accordait au tribunal le pouvoir de lever la déchéance «Lorsque l'assuré s'est imparfaitement conformé à: (1) une condition légale portant sur la preuve du sinistre à apporter; ou (2) une autre question ou chose que l'assuré a l'obligation de faire ou de ne pas faire . . .» Cette interprétation libérale convient parce que l'art. 109 est une disposition réparatrice et parce qu'elle correspond à la solution adoptée par les tribunaux canadiens depuis plus de dix ans. Le contrat en cause et le comportement des parties à son égard se situent dans le contexte de cette jurisprudence. On ne saurait dire qu'il est inéquitable ou contraire à l'intention des parties de remédier aux manquements aux contrats par application de l'art. 109 de *The Saskatchewan Insurance Act*. Les conditions légales font autant partie de l'accord des parties que les conditions contractuelles.

L'omission de donner un avis dans le délai fixé par le cautionnement constitue une «exécution imparfaite» au sens de l'art. 109. Elle est moins grave que l'omission d'intenter l'action dans les délais et elle a trait à «la preuve du sinistre» ou à «une autre question ou chose que l'assuré a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre». Il est possible de lever la déchéance due au retard pris à présenter l'avis de réclamation.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 147; *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental Insurance Co.* (1975), 59 D.L.R. (3d) 333; *Fitzgerald v. Casualty Co. of Canada* (1981), 31 Nfld. & P.E.I.R. 521; *Janet Estate and Kallos v. Saskatchewan Government Insurance* (1984), 30 Sask. R. 185; *V & G Polled Herefords v. Lloyd's Non-Marine Underwriters* (1986), 51 Sask. R. 81; *Dashchuk Lumber Ltd. v. Proman Projects Ltd.* (1987), 59 Sask. R. 193; *Moxness v. Saskatchewan Government Insurance Office*, [1977] 3 W.W.R. 393; *North Lethbridge Garage Ltd. v. Continental Casualty Co.*, [1930] 1 W.W.R. 491; *D. S. Ashe Trucking Ltd. v. Dominion Insurance Corp.* (1966), 55 W.W.R. 321; *National Juice Co. v. Dominion Insurance Co.* (1977), 18 O.R. (2d) 10; *Presco Industrial Ltd. v. Saskatchewan Government Insurance Office* (1967), 61 W.W.R. 637; *Hogan v. Kolisnyk*, [1983] 3 W.W.R. 481.

**Statutes and Regulations Cited**

*Interpretation Act*, R.S.S. 1978, c. I-11, s. 11.  
*Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-26, s. 109.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 62 Sask. R. 304, 42 D.L.R. (4th) 181, [1987] 6 W.W.R. 679, [1988] I.L.R. 1-2266, 27 C.C.L.I. 20, allowing an appeal from that part of a judgment of Estey J. in chambers granting relief but dismissing an appeal from that part of his judgment declaring that the court had authority to grant relief against forfeiture under s. 109 of *The Saskatchewan Insurance Act* (1986), 52 Sask. R. 283, 31 D.L.R. (4th) 76, [1987] I.L.R. 1-2143, 22 C.C.L.I. 268. Appeal dismissed.

*R. P. Rendek, Q.C.*, for the appellants.

*Q. D. Agnew*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The issue raised in this case is whether s. 109 of *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-26, (the *Insurance Act*) permits the Court to grant relief from forfeiture where the claimant failed to give notice of his claim to the insurer within the time prescribed by a labour and material payment bond.

**The Background**

Elance Steel Fabricating Co. Ltd. claimed under a bond issued by the Canadian Surety Company on account of a debt due and owing, together with interest for supply of metal to Falk Bros. Industries Ltd. Elance failed to give notice of its claim within the period specified in the bond, making its claim 28 days after expiry of the 120-day period for notice provided in paragraph 6 of the bond.

Elance applied to the chambers judge for an order declaring that it was entitled to relief from forfeiture from the breach of the time limitations for the filing of the notice of claim specified in the bond. The chambers judge held that s. 109 of the *Insurance Act* empowered him to relieve against

**Lois et règlements cités**

*Interpretation Act*, R.S.S. 1978, chap. I-11, art. 11.  
*Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, chap. S-26, art. 109.

<sup>a</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 62 Sask. R. 304, 42 D.L.R. (4th) 181, [1987] 6 W.W.R. 679, [1988] I.L.R. 1-2266, 27 C.C.L.I. 20, qui a accueilli <sup>b</sup> l'appel contre la partie de la décision du juge Estey, en chambre, qui accordait le redressement, mais qui l'a rejeté contre la partie de la décision qui déclarait que le tribunal pouvait lever la déchéance en vertu de l'art. 109 de *The Saskatchewan Insurance Act* (1986), 52 Sask. R. 283, 31 D.L.R. (4th) 76, [1987] I.L.R. 1-2143, 22 C.C.L.I. 268. Pourvoi rejeté.

<sup>d</sup> *R. P. Rendek, c.r.*, pour les appelantes.

*Q. D. Agnew*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>e</sup> LE JUGE MCLACHLIN—Ce pourvoi soulève la question de savoir si l'art. 109 de *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, chap. S-26 (*l'Insurance Act*), permet aux tribunaux de lever la déchéance découlant de l'omission du demandeur <sup>f</sup> de donner un avis de sa réclamation à l'assureur dans le délai prescrit par un cautionnement de paiement de matériaux et de main-d'œuvre.

**Les faits**

<sup>g</sup> Elance Steel Fabricating Co. Ltd. a présenté une réclamation en vertu d'un cautionnement souscrit par la Canadian Surety Company en raison d'une dette échue avec intérêts pour la fourniture <sup>h</sup> de métaux à Falk Bros. Industries Ltd. Elance n'a pas donné l'avis dans le délai fixé par le cautionnement, car elle a présenté sa demande 28 jours après l'expiration du délai de 120 jours fixé par le <sup>i</sup> paragraphe 6 du cautionnement.

Elance a demandé à un juge en chambre une ordonnance déclarant qu'elle avait le droit d'être relevée de la déchéance découlant du non-respect <sup>j</sup> du délai prévu au cautionnement pour donner l'avis de réclamation. Le juge en chambre a conclu que l'art. 109 de *l'Insurance Act* lui conférait le

forfeiture and then proceeded to grant such relief. Elance concedes that the actual grant of relief was improper since it had only requested a ruling as to whether it could obtain such relief.

The Court of Appeal allowed the appeal of the Canadian Surety Company with respect to the actual grant of the relief, but dismissed its appeal from the chambers judge's ruling that the court had authority to grant relief against forfeiture under s. 109 of the *Insurance Act*. Canadian Surety now appeals to this Court.

### The Legislation

Section 109 of the *Insurance Act* provides:

**109.** Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured or other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance in whole or in part and the court considers it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as it considers just.

Similar provisions are found in Insurance Acts throughout Canada.

### The Issues

The only issue is whether s. 109 empowers the Court to grant relief against forfeiture for breach of a contractual condition prescribing a period within which notice of a claim must be given.

This issue raises two sub-issues:

- (1) Is s. 109 confined to statutory conditions as opposed to contractual provisions; and
- (2) If s. 109 extends to contractual conditions, does failure to give notice within the time prescribed by the bond constitute "imperfect compliance" within s. 109 or, alternatively, "non-compliance"?

### Discussion

1. *Is s. 109 Confined to Statutory Conditions as Opposed to Contractual Conditions?*

The term breached in the instant case was a term of the contract: it was not a statutory condi-

pouvoir de lever la déchéance et a donc accordé ce redressement. Elance reconnaît que le redressement lui-même n'aurait pas dû lui être accordée puisque la demande portait seulement sur la possibilité d'obtenir un tel redressement.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de la Canadian Surety Company à l'égard du redressement lui-même, mais elle a rejeté l'appel contre la décision du juge en chambre portant que le tribunal a le pouvoir de lever la déchéance en vertu de l'art. 109 de l'*Insurance Act*. Canadian Surety se pourvoit maintenant devant notre Cour.

### Le texte législatif

L'article 109 de l'*Insurance Act* est ainsi libellé:

[TRADUCTION] **109.** Lorsque l'assuré ne s'est qu'imparfaitement conformé à une condition légale portant sur la preuve du sinistre à apporter ou une autre question ou chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre couvert, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation de l'assurance, en tout ou en partie, et que la cour estime injuste que l'assurance soit déchuée ou annulée pour ce motif, celle-ci peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'elle estime justes.

On retrouve des dispositions semblables dans les lois sur les assurances à travers le Canada.

### Les questions en litige

La seule question en litige est de savoir si l'art. 109 autorise le tribunal à lever la déchéance pour manquement à une condition du contrat qui fixe un délai pour donner l'avis de réclamation.

Il en découle deux questions subsidiaires:

- (1) L'article 109 s'applique-t-il aux seules conditions légales et non aux conditions contractuelles; et
- (2) si l'art. 109 s'applique aussi aux conditions contractuelles, l'omission de donner l'avis dans le délai prescrit par le cautionnement constitue-t-elle une «exécution imparfaite» au sens de l'art. 109 ou une inexécution?

### Analyse

1. *L'article 109 s'applique-t-il aux seules conditions légales et non aux conditions contractuelles?*

La condition qui n'a pas été respectée en l'espèce était une condition contractuelle et non une



tion. Canadian Surety submits that the Court has no power to grant relief under s. 109 of the *Insurance Act* because the section is confined to statutory conditions.

The wording of s. 109 is ambiguous. It can be read as empowering the Court to relieve against forfeiture "Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to: (1) proof of loss to be given by the insured; or (2) other matter or thing required to be done or omitted by the insured . . ." (Punctuation and numbering added). On this reading, s. 109 is confined to statutory conditions, the entire phrase which follows modifying "statutory condition". This reading of the section is strained; one feels the word "any" should be added before "other matter".

Alternatively, s. 109 can be read as empowering the Court to grant relief "Where there has been imperfect compliance with: (1) a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured; or (2) other matter or thing required to be done or omitted by the insured . . ." (Punctuation and numbering added). On this interpretation, s. 109 extends to contractual conditions. This interpretation is also awkward; again, one feels the word "any" should be inserted before "other matter".

The question before us is which of these two interpretations should be adopted. In my opinion, a number of considerations favour adoption of the second interpretation with the consequent extension of s. 109 to contractual as well as statutory conditions.

The first consideration is that s. 109 is a remedial section and as such should be given an appropriately broad interpretation. In *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 147, citing *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental*

condition légale. Canadian Surety soutient que le tribunal n'a pas le pouvoir d'accorder un redressement en vertu de l'art. 109 de l'*Insurance Act* parce que cet article vise seulement les conditions légales.

Le texte de l'art. 109 est ambigu. Il peut s'interpréter comme signifiant que le tribunal a le pouvoir de lever la déchéance «Lorsque l'assuré ne s'est qu'imparfaitement conformé à une condition légale portant: (1) sur la preuve du sinistre à apporter ou (2) une autre question ou chose que l'assuré a l'obligation de faire ou de ne pas faire . . .» (J'ajoute la ponctuation et les chiffres). Selon cette interprétation, l'art. 109 se limite aux conditions légales, la totalité du membre de phrase qui suit qualifiant les mots «condition légale». Cette interprétation de l'art. 109 est forcée; on sent que l'expression «toute autre» devrait précéder le mot «question».

D'autre part, on peut interpréter l'art. 109 comme s'il accordait au tribunal le pouvoir de lever la déchéance «Lorsque l'assuré s'est imparfaitement conformé à: (1) une condition légale portant sur la preuve du sinistre à apporter; ou (2) une autre question ou chose que l'assuré avait l'obligation de faire ou de ne pas faire . . .» (J'ajoute la ponctuation et les chiffres). Selon cette interprétation, l'art. 109 vise aussi les conditions contractuelles. Cette interprétation est aussi précaire; encore là, on sent qu'il aurait fallu dire «toute autre question» plutôt qu'une autre question».

Il nous incombe donc d'opter pour l'une des deux interprétations. À mon avis, plusieurs considérations militent en faveur de l'adoption de la seconde interprétation, ce qui étendrait l'art. 109 tant aux conditions contractuelles que légales.

En premier lieu, l'art. 109 est une disposition réparatrice qui devrait recevoir une interprétation généreuse. Dans l'affaire *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 147, citant l'arrêt *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental*

*Insurance Co.* (1975), 59 D.L.R. (3d) 333 (Ont. C.A.), MacKinnon J.A. noted at p. 151 that the equivalent Ontario "section is 'an ameliorating clause', and [that] it should be given a fair, large and liberal interpretation". In the same vein, see also *The Interpretation Act*, R.S.S. 1978, c. I-11, s. 11 which provides:

11. Every Act and every regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

The purpose of allowing relief from forfeiture in insurance cases is to prevent hardship to beneficiaries where there has been a failure to comply with a condition for receipt of insurance proceeds and where leniency in respect of strict compliance with the condition will not result in prejudice to the insurer. This purpose is consistent with interpreting s. 109 as permitting the court to grant relief from contractual as well as statutory conditions.

The second consideration is that for more than a decade, courts across the country have adopted the second, more generous interpretation: see *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.*, *supra*; *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental Insurance Co.*, *supra*; *Fitzgerald v. Casualty Co. of Canada* (1981), 31 Nfld. & P.E.I.R. 521 (Nfld. S.C.T.D.); *Janet Estate and Kallos v. Saskatchewan Government Insurance* (1984), 30 Sask. R. 185 (Q.B.); *V & G Polled Herefords v. Lloyd's Non-Marine Underwriters* (1986), 51 Sask. R. 81 (Q.B.); *Dashchuk Lumber Ltd. v. Proman Projects Ltd.* (1987), 59 Sask. R. 193 (C.A.) In the face of this uniform jurisprudence in favour of extending s. 109 or its equivalents to purely contractual clauses, none of the legislatures has acted to alter the wording of s. 109. Since the contract here in question and the conduct of the parties with relation to it arose in that jurisprudential context, it cannot be said to be unfair or contrary to the intention of the parties

*Insurance Co.* (1975), 59 D.L.R. (3d) 333 (C.A. Ont.), le juge d'appel MacKinnon souligne à la p. 151 que l'article équivalent de la loi ontarienne est [TRADUCTION] «une disposition de bonification et [qu']elle doit recevoir une interprétation juste, large et libérale». Dans le même sens, voir *The Interpretation Act*, R.S.S. 1978, chap. I-11, art. 11 qui est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 11. Les dispositions de toute loi ou de tout règlement sont réputées réparatrices et doivent recevoir une interprétation juste, large et libérale qui en remplit le mieux l'objet.

L'objet de la levée de la déchéance dans les affaires d'assurance est d'éviter que les bénéficiaires ne soient pénalisés lorsqu'une condition du paiement de l'indemnité n'a pas été parfaitement respectée et qu'une certaine souplesse à l'égard du respect strict de la condition ne causera pas de préjudice à l'assureur. Cet objet est conforme avec l'interprétation de l'art. 109 qui autorise le tribunal à lever la déchéance pour les conditions contractuelles tout autant que légales.

En second lieu, depuis plus de dix ans, les tribunaux partout au pays ont adopté la seconde interprétation qui est plus libérale: voir *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.*, précité; *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental Insurance Co.*, précité; *Fitzgerald v. Casualty Co. of Canada* (1981), 31 Nfld. & P.E.I.R. 521 (C.S. Div. 1<sup>re</sup> inst., T.-N.); *Janet Estate and Kallos v. Saskatchewan Government Insurance* (1984), 30 Sask. R. 185 (B.R.); *V & G Polled Herefords v. Lloyd's Non-Marine Underwriters* (1986), 51 Sask. R. 81 (B.R.); *Dashchuk Lumber Ltd. v. Proman Projects Ltd.* (1987), 59 Sask. R. 193 (C.A.) Devant cette jurisprudence unanimement favorable à l'élargissement de la portée de l'art. 109 ou des dispositions équivalentes aux conditions purement contractuelles, aucune des assemblées législatives n'est intervenue pour modifier le texte de l'art. 109. Puisque le contrat présentement en cause et le comportement des parties à son égard se situent dans ce contexte jurisprudentiel, on ne saurait dire qu'il soit inéquitable ou contraire à l'intention des parties qu'on puisse désormais remédier aux man-

that relief now be available for contractual breaches pursuant to s. 109 of the *Insurance Act*.

Finally, I should note that I cannot accept the argument that extending s. 109 to ordinary contractual clauses in insurance contracts constitutes undue interference with contractual rights. An argument based on privity of contract is difficult to advance where the claimant is a third party. Moreover, since relief from forfeiture is required only where there has been a breach of contract, it is inherent in s. 109 that it must derogate from contractual arrangements if it is to have any effect. While the parties have no choice as to the statutory terms, these are as much a part of their bargain as non-statutory terms.

In summary, the rules of statutory construction and precedent favour interpreting s. 109 as extending to non-statutory terms of insurance policies. There is no reason to depart from the interpretation of such clauses which has been uniformly adopted across the country. I conclude that s. 109 should be read as empowering the court to grant relief from forfeiture for breaches of terms of insurance contracts other than statutory conditions.

2. *Does Failure to Give Notice Within the Prescribed Time Period Constitute Imperfect Compliance Under s. 109 of the Insurance Act or Non-Compliance?*

Should failure to give notice of claim within the time prescribed by the bond be considered as imperfect compliance, against which the court may relieve in appropriate cases, or is it non-compliance, in which case the court has no power under s. 109 to grant relief? The distinction between imperfect compliance and non-compliance is akin to the distinction between breach of a term of the contract and breach of a condition precedent. If the breach is of a condition, that is, it amounts to non-compliance, no relief under s. 109 is available.

The case law has generally treated failure to give notice of claim in a timely fashion as imper-

quements aux conditions du contrat par application de l'art. 109 de l'*Insurance Act*.

Enfin, je dois souligner que je n'accepte pas l'argument voulant qu'en élargissant l'art. 109 aux clauses contractuelles communes des contrats d'assurance, on s'immisce indûment dans les droits contractuels. Un argument fondé sur l'effet relatif des contrats est difficile à justifier quand le demandeur est un tiers. De plus, puisqu'une levée de la déchéance n'est nécessaire que s'il y a eu un manquement au contrat, il est essentiel que l'art. 109 permette de déroger aux dispositions contractuelles pour avoir un effet quelconque. Bien que les parties ne puissent décider des conditions légales, celles-ci font tout autant partie de leur accord que les conditions contractuelles.

En résumé, les règles d'interprétation des textes législatifs et la jurisprudence favorisent une interprétation qui rend l'art. 109 applicable aux conditions des polices d'assurance non imposées par la loi. Il n'y a aucune raison de s'écarter de l'interprétation uniformément donnée à ces conditions au Canada. Je conclus qu'il faut donner à l'art. 109 l'interprétation qui permet aux tribunaux de lever la déchéance entraînée par le non-respect des modalités des contrats d'assurance autres que les conditions légales.

2. *L'omission de donner l'avis dans le délai prescrit par le cautionnement constitue-t-elle une exécution imparfaite au sens de l'art. 109 de l'Insurance Act ou une inexécution?*

Faut-il considérer l'omission de donner l'avis de réclamation dans le délai prescrit par le cautionnement comme une exécution imparfaite à laquelle le tribunal peut remédier le cas échéant ou comme une inexécution à laquelle le tribunal n'a pas le pouvoir de remédier en vertu de l'art. 109? La distinction entre l'exécution imparfaite et l'inexécution s'apparente à la distinction entre le manquement à une modalité du contrat et de non-respect d'une condition préalable. S'il s'agit du non-respect d'une condition, soit l'équivalent d'une inexécution, il ne peut y avoir de recours en vertu de l'art. 109.

En général, la jurisprudence a tenu l'omission de donner l'avis de réclamation dans les délais pour

fect compliance whereas failure to institute an action within the prescribed time period has been viewed as non-compliance, or breach of a condition precedent. Thus, courts have generally been willing to consider granting relief from forfeiture where notice of claim has been delayed: *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental Insurance Co.*, *supra*; *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.*, *supra*; *Moxness v. Saskatchewan Government Insurance Office*, [1977] 3 W.W.R. 393 (Sask. Dist. Ct.); *Janet Estate and Kallos v. Saskatchewan Government Insurance*, *supra*; *North Lethbridge Garage Ltd. v. Continental Casualty Co.*, [1930] 1 W.W.R. 491 (Alta. S.C., App. Div.) See also: *Dashchuk Lumber Ltd. v. Proman Projects Ltd.*, *supra*.

On the other hand, cases in which failure to meet a time requirement has been held to be non-compliance rather than imperfect compliance have largely been cases in which the time period was for the commencement of an action rather than for the giving of notice: *D. S. Ashe Trucking Ltd. v. Dominion Insurance Corp.* (1966), 55 W.W.R. 321 (B.C.C.A.); *National Juice Co. v. Dominion Insurance Co.* (1977), 18 O.R. (2d) 10 (Ont. C.A.)

The reasons for the distinction are bi-fold. First, failure to give notice of claim has been viewed as a breach of a term rather than a breach of a condition. Clearly, being akin to failure to meet a limitation period, failure to bring an action within the time required is a more serious breach than failure to give timely notice. A notice of a claim simply informs the insurer of the possibility of a future action, thereby allowing the insurer some time to investigate the merits of the claim and to negotiate a settlement: the actual bringing of an action, however, is the legal crystallization of the claim which sets its parameters and magnitude. Second, and probably more importantly, failure to give notice of the claim within the time required is a defect in provision of proof of loss for which relief against forfeiture is, by the terms of the statute, available. "Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured or other

une exécution imparfaite alors qu'elle a tenu l'omission d'intenter une action dans les délais comme l'inexécution ou le non-respect d'une condition préalable. Ainsi, les tribunaux ont en général consenti à lever la déchéance quand l'avis de réclamation avait été donné en retard: *Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental Insurance Co.*, précité; *Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co.*, précité; *Moxness v. Saskatchewan Government Insurance Office*, [1977] 3 W.W.R. 393 (C. dist. Sask.); *Janet Estate and Kallos v. Saskatchewan Government Insurance*, précité; *North Lethbridge Garage Ltd. v. Continental Casualty Co.*, [1930] 1 W.W.R. 491 (Div. app., C.S. Alb.) Voir également: *Dashchuk Lumber Ltd. v. Proman Projects Ltd.*, précité.

D'autre part, les affaires où on a statué que le non-respect d'un délai constitue une inexécution plutôt qu'une exécution imparfaite sont, pour la plupart, celles où il s'agissait du délai imparti pour intenter une action plutôt que pour la transmission de l'avis: *D. S. Ashe Trucking Ltd. v. Dominion Insurance Corp.* (1966), 55 W.W.R. 321 (C.A. C.-B.); *National Juice Co. v. Dominion Insurance Co.* (1977), 18 O.R. (2d) 10 (C.A. Ont.)

Les motifs de cette distinction sont doubles. D'abord, l'omission de donner un avis de réclamation a été considérée comme le manquement à une modalité plutôt qu'à une condition. De fait, vu sa ressemblance au non-respect d'un délai de prescription, l'omission d'intenter une action dans les délais est un manquement plus grave que l'omission de donner un avis à temps. Un avis de réclamation indique simplement à l'assureur la possibilité d'une action, ce qui lui donne parfois le temps d'évaluer le fondement de la réclamation et de négocier un règlement: le fait même d'intenter l'action constitue, par contre, la cristallisation juridique de la réclamation et en établit l'ordre de grandeur et la portée. En second lieu, et c'est peut-être plus important, l'omission de donner un avis de réclamation dans les délais constitue un vice de la preuve du sinistre à l'égard de laquelle la loi permet la levée de la déchéance. [TRADUCTION] «Lorsque l'assuré ne s'est qu'imparfaitement

matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance in whole or in part”, [emphasis added] s. 109 gives the court power to relieve from such forfeiture or avoidance. But it is only in respect of such statutory conditions as to proof of loss or other matters or things that are required to be done or omitted with respect to the loss that the court has this power. Culliton C.J.S. made this point in *Presco Industrial Ltd. v. Saskatchewan Government Insurance Office* (1967), 61 W.W.R. 637 (Sask. C.A.) There, a condition which imposed a time limitation for the bringing of an action was held to not fall into this category (at p. 639):

[The time limitation condition] does not work a forfeiture or avoidance; it does not bar any right—it only bars a remedy. This was the view expressed by Williams, C.J.Q.B., in *Luke’s Elec. Motors & Machinery Ltd. v. Halifax Insur. Co.* (1953-54) 10 WWR (NS) 539, at 550, 551, 61 Man R 297, with which view I am in complete agreement. A similar opinion was expressed by Tysoe, J.A. in *D. S. Ashe Trucking Ltd. v. Dom. Insur. Corpn.* (1966) 55 WWR 321 (B.C.). In that case Tysoe, J.A. considered the effect to be given to the condition of a policy which read:

“14. Every action or proceeding against the Insurer for the recovery of any claim under or by virtue of this contract shall be absolutely barred unless commenced within one year next after the loss or damage occurs.”

At page 349 he said:

“The statutory condition does not relate to the appellant’s contractual obligations, but to the right of the respondent to enforce them by action or proceeding. The appellant’s liability remains but the right of the respondent to enforce it by action or proceeding is lost at the expiration of the one-year term.”

On the other hand, the case law is clear that notices of claims relate to proof of loss and therefore fall within the ambit of the forfeiture relief provisions. Hence, in *Hogan v. Kolisnyk*, [1983] 3 W.W.R. 481 (Alta. Q.B.), Miller J. said:

It is now clearly established that notice of loss falls within the term “proof of loss”, and that relief can be

conformé à une condition légale portant sur la preuve du sinistre à apporter ou une autre question ou chose qu’il a l’obligation de faire ou de ne pas faire à l’égard du sinistre couvert, qu’il s’ensuit une déchéance ou une annulation de l’assurance, en tout ou en partie», [je souligne] l’art. 109 autorise le tribunal à remédier à la déchéance ou à l’annulation. Mais le tribunal n’a ce pouvoir qu’à l’égard des conditions légales portant sur la preuve du sinistre ou autres questions ou choses qu’on doit faire ou s’abstenir de faire à cette fin. Le juge en chef Culliton a souligné ce point dans l’affaire *Presco Industrial Ltd. v. Saskatchewan Government Insurance Office* (1967), 61 W.W.R. 637 (C.A. Sask.) Dans cette affaire-là, une clause qui fixait le délai pour engager l’action a été tenue pour exclue de cette catégorie (à la p. 639):

[TRADUCTION] [Ce délai de prescription] n’emporte pas de déchéance ou d’annulation; il ne prive d’aucun droit—il prive seulement d’un recours. C’est l’avis exprimé par le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine dans *Luke’s Elec. Motors & Machinery Ltd. v. Halifax Insur. Co.* (1953-54) 10 WWR (NS) 539, aux pp. 550 et 551, 61 Man R 297, et je souscris entièrement à son avis. Le juge d’appel Tysoe a exprimé le même avis dans l’arrêt *D. S. Ashe Trucking Ltd. v. Dom. Insur. Corpn.* (1966) 55 WWR 321 (C.-B.) Dans cet arrêt, le juge Tysoe a analysé la portée à donner à une clause de la police ainsi libellée:

«14. Toute action ou procédure dirigée contre l’assureur pour le paiement d’une réclamation en vertu de la présente police sera absolument déniée si elle n’est engagée dans le délai d’un an à compter de la perte ou du sinistre.»

Il dit, à la p. 349:

«La condition légale n’a pas trait aux obligations contractuelles de l’appelante, mais au droit de l’intimée d’en exiger l’exécution en justice. L’obligation de l’appelante subsiste, mais le droit de l’intimée d’en exiger l’exécution en justice prend fin à l’expiration du délai d’un an.»

D’autre part, il ressort clairement de la jurisprudence que les avis de réclamation ont trait à la preuve du sinistre et sont donc visés par les dispositions autorisant la levée de la déchéance. C’est pourquoi le juge Miller dit dans l’arrêt *Hogan v. Kolisnyk*, [1983] 3 W.W.R. 481 (B.R. Alb.):

[TRADUCTION] Il est maintenant admis que l’expression «preuve du sinistre» englobe l’avis de perte et qu’il est

given with respect to failure to comply with the requirement of notice: *Prairie City Oil Co. v. Standard Mut. Fire Ins. Co.* (1910), 44 S.C.R. 40; *Bodnorchuk v. Union Marine & Gen. Ins. Co. Ltd.*, [1957] I.L.R. 1-267, reversed [1958] S.C.R. 399, [1958] I.L.R. 1-287, 13 D.L.R. (2d) 609.

I agree that failure to give notice of claim within a given period is a less serious breach than failure to bring an action within a stipulated time. I also agree that it relates to “proof of loss” or “other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss”. I am therefore of the view that relief from forfeiture can be granted in respect of delayed notices of claims.

For these reasons, I conclude that the failure to give notice of claim within the prescribed time period constitutes imperfect compliance rather than non-compliance and that Elance is eligible to claim relief from forfeiture in this case.

#### Conclusion

In summary, I conclude that s. 109 of *The Saskatchewan Insurance Act* is not confined to statutory conditions, and that failure to provide notice of claim in a timely fashion is imperfect compliance under s. 109. It follows that the Court has the power to grant relief under s. 109.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Rendek Kaufman Embury, Regina.*

*Solicitors for the respondent: Agnew & Company, Saskatoon.*

possible de remédier à l'omission de remplir cette obligation: *Prairie City Oil Co. v. Standard Mut. Fire Ins. Co.* (1910), 44 R.C.S. 40; *Bodnorchuk v. Union Marine & Gen. Ins. Co. Ltd.*, [1957] I.L.R. 1-267, infirmé par [1958] R.C.S. 399, [1958] I.L.R. 1-287, 13 D.L.R. (2d) 609.

J'estime que l'omission de donner un avis de réclamation dans un délai donné est moins grave que l'omission d'intenter une action dans le délai prescrit. J'estime aussi qu'elle a trait à «la preuve du sinistre» ou «une autre question ou chose qu[e l'assuré] a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre». Je suis donc d'avis que la levée de la déchéance peut être accordée à l'égard des avis de réclamation tardifs.

Pour ces motifs, je conclus que l'omission de donner l'avis de réclamation dans le délai prescrit constitue une exécution imparfaite plutôt qu'une inexécution et qu'Elance a droit de demander d'être relevée de la déchéance en l'espèce.

#### Conclusion

En résumé, je conclus que l'art. 109 de *The Saskatchewan Insurance Act* ne s'applique pas seulement aux conditions légales et que l'omission de donner un avis de réclamation à temps constitue une exécution imparfaite au sens de l'art. 109. Il s'ensuit que le tribunal a le pouvoir de lever la déchéance aux termes de cet article.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes: Rendek Kaufman Embury, Regina.*

*Procureurs de l'intimée: Agnew & Company, Saskatoon.*

**Donald Marshall, Jr. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen in right of the Province of Nova Scotia, as represented by the Attorney General of Nova Scotia, and the Royal Commission into the Donald Marshall, Jr. Prosecution Respondents**

and

**The Attorney General of Quebec Intervener**

INDEXED AS: NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) v. NOVA SCOTIA (ROYAL COMMISSION INTO MARSHALL PROSECUTION)

File No.: 21198.

1989: April 19, 20; 1989: October 5.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Jurisdiction — Royal Commission — Order in Council permitting Commissioners to inquire into and report on “such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry” — Commissioners ruling that questions as to cabinet discussions but not as to opinions of individual cabinet members relevant to their inquiry — Whether or not Commission properly exercised its jurisdiction.*

A Royal Commission was established by the province of Nova Scotia to inquire into appellant's prosecution which resulted in his being convicted of a murder he had not committed and in his serving eleven years of his sentence. Its mandate included the power to inquire into such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry. During the course of the Commission's hearings, a former Attorney General of Nova Scotia was asked questions about cabinet discussions of this matter. The Commission, in response to the argument that cabinet proceedings were privileged, ruled that it wished to know the general nature of the cabinet discussions, but would not permit questions relating to the views of individual cabinet members; such individual views were irrelevant to the inquiry.

**Donald Marshall, fils Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse, représentée par le procureur général de la Nouvelle-Écosse, et la Royal Commission into the Donald Marshall, Jr. Prosecution Intimées**

*b* et**Le procureur général du Québec Intervenant**

RÉPERTORIÉ: NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCURÉUR GÉNÉRAL) c. NOUVELLE-ÉCOSSE (ROYAL COMMISSION INTO MARSHALL PROSECUTION)

N° du greffe: 21198.

1989: 19, 20 avril; 1989: 5 octobre.

*d* Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

*e* *Compétence — Commission royale — Décret permettant aux commissaires d'enquêter et de faire rapport sur «d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête» — Décision par les commissaires que les questions concernant les délibérations du cabinet étaient pertinentes aux fins de leur enquête, mais non celles concernant les opinions de membres individuels du cabinet — La Commission a-t-elle exercé régulièrement sa compétence?*

*g* Une commission royale a été constituée par la province de la Nouvelle-Écosse pour faire enquête sur des poursuites engagées contre l'appellant, à la suite desquelles celui-ci a été reconnu coupable d'un meurtre qu'il n'avait pas commis et a purgé onze ans de sa peine. Aux termes de son mandat, la Commission était notamment habilitée à enquêter sur d'autres questions connexes que les commissaires jugeraient pertinentes aux fins de leur enquête. Au cours des audiences de la Commission, un ancien procureur général de la Nouvelle-Écosse s'est vu *i* poser des questions concernant les délibérations du cabinet relativement à cette affaire. En réponse à l'argument du secret des délibérations du cabinet, la Commission a affirmé qu'elle désirait connaître la nature générale des délibérations du cabinet, mais qu'elle ne permettrait pas *j* que soient posées des questions concernant les opinions de membres individuels du cabinet, ces opinions individuelles n'étant pas pertinentes aux fins de l'enquête. On

This, it stated, maintained the appropriate balance between cabinet secrecy and the proper administration of justice.

Both the appellant and the respondent Attorney General brought applications for an order in the nature of *certiorari* to challenge this ruling. The appellant's application for an order quashing the Commission's order in so far as it restricted the scope of question of members of Cabinet was substantially granted by Glube C.J.T.D., but a unanimous Court of Appeal restored the ruling of the Commission. The Crown has now accepted the Commission's ruling. At issue is whether the Commission properly exercised its jurisdiction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Commission's authority to consider matters such as those about which the former Attorney General was questioned derived from the words "such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry" in the Order in Council establishing the Commission. The Commission, in essence, could determine what related matters it would enquire into. Its ruling that the views of named cabinet ministers were irrelevant to the inquiry did not refer to "relevance" as used in a court of law, but to what the Commissioners considered relevant to the Inquiry, i.e., it defined the Commission's mandate. If the Commission did not "consider" the "other related matters" to be "relevant to the Inquiry", the question was settled for nothing in the Order in Council otherwise authorized such an inquiry. Neither the appellant nor a court on judicial review could expand the Commission's ruling beyond what the Commission considered relevant.

The Commission could reasonably decide that it was interested in determining what the policies, practices and procedures in cases of this kind were without regard to the identity of the persons no longer in Cabinet who took certain positions.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; **referred to:** *Re Royal Commission into Metropolitan Toronto Police Practices and Ashton* (1975), 64 D.L.R. (3d) 477; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637.

maintenait ainsi, selon la Commission, l'équilibre qui doit exister entre le secret des délibérations du cabinet et l'administration efficace de la justice.

L'appelant et le procureur général intimé ont tous les deux contesté cette décision en présentant des demandes visant à obtenir une ordonnance de la nature d'un *certiorari*. La demande de l'appelant visant à obtenir une ordonnance annulant celle de la Commission dans la mesure où elle limitait la portée de l'interrogatoire de membres du cabinet a été pour l'essentiel accueillie par le juge en chef Glube de la Division de première instance, mais la Cour d'appel a rétabli à l'unanimité la décision de la Commission. Sa Majesté accepte maintenant cette décision de la Commission. La question en litige est de savoir si la Commission a exercé régulièrement sa compétence.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le pouvoir qu'a la Commission d'examiner des points comme ceux au sujet desquels l'ancien procureur général a été interrogé découle des mots «d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête» qui figurent dans le décret constitutif de la Commission. Cette dernière pouvait essentiellement déterminer sur quelles questions connexes elle ferait enquête. Dans sa décision portant que les opinions de ministres nommés ne sont pas pertinentes aux fins de l'enquête, il s'agit non pas de «pertinence» au sens où ce terme est utilisé devant une cour de justice, mais bien de ce que les commissaires considèrent comme pertinent aux fins de l'enquête, c.-à-d. que l'opinion que la Commission se fait de la pertinence a pour effet de définir son mandat. Si la Commission «juge [ . . . ]» que les «autres questions connexes» ne sont pas «pertinentes aux fins de l'enquête», cela clos le débat car il n'y a rien d'autre dans le décret qui autorise à faire enquête sur ce sujet. Ni l'appelant ni un tribunal qui procède à un contrôle judiciaire ne peut élargir la portée de la décision de la Commission au-delà de ce que la Commission juge pertinent.

La Commission peut raisonnablement décider qu'elle a intérêt à déterminer quelles sont les politiques, les pratiques et les procédures suivies dans des cas de ce genre, sans égard à l'identité d'anciens membres du cabinet qui ont pris certaines positions.

#### i Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; **arrêts mentionnés:** *Re Royal Commission into Metropolitan Toronto Police Practices and Ashton* (1975), 64 D.L.R. (3d) 477; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637.



**Statutes and Regulations Cited**

*Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250.

APPEAL from a decision of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1988), 54 D.L.R. (4th) 153, allowing an appeal from a decision of Glube C.J.T.D. on an application for *certiorari*. Appeal dismissed.

*Clayton Ruby*, for the appellant.

*Joel E. Fichaud* and *Jamie W. S. Saunders*, for the respondent the Attorney General of Nova Scotia.

*W. Spicer* and *James MacPherson*, for the respondent the Royal Commission into the Donald Marshall, Jr. Prosecution.

*Robert Décary, Q.C.*, and *Angéline Thibault*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The appellant was convicted of murder in November, 1971 and served eleven years of his sentence. He had not, in fact, committed the offence and he was released from prison. A Royal Commission was established to determine certain questions arising out of the appellant's prosecution.

During the course of the Commission's hearings, questions were asked of a former Attorney General of Nova Scotia, Mr. Giffin, about cabinet discussions of this matter. The respondent Attorney General objected to questions about cabinet proceedings, claiming they were privileged. The respondent Commission, on March 17, 1988, made the following ruling:

The limited immunity which now attaches to Cabinet documents and discussions in this case is outweighed by the public interest in the Commission having this evidence before it. In as much as we now wish to know the general nature of Cabinet discussions on the Marshall case, we will not permit questions relating to the views of individual Cabinet members, as this would lead to the possibility of hearing evidence from all ministers to "set the record straight". Not only would such individual views be irrelevant to this Inquiry, but this process would so encumber this Commission as to lead to

**Lois et règlements cités**

*Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1988), 54 D.L.R. (4th) 153, qui a accueilli l'appel d'une décision rendue par le juge en chef Glube de la Division de première instance relativement à une demande de *certiorari*. Pourvoi rejeté.

*Clayton Ruby*, pour l'appellant.

*Joel E. Fichaud* et *Jamie W. S. Saunders*, pour l'intimé le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*W. Spicer* et *James MacPherson*, pour l'intimé la Royal Commission into the Donald Marshall, Jr. Prosecution.

*Robert Décary, c.r.*, et *Angéline Thibault*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—L'appellant a été reconnu coupable de meurtre en novembre 1971 et a purgé onze ans de sa peine. Comme, en réalité, il n'avait pas commis cette infraction, on l'a mis en liberté et une commission royale d'enquête a été constituée pour résoudre certaines questions découlant des poursuites engagées contre l'appellant.

Au cours des audiences de la Commission, on a posé à M. Giffin, un ancien procureur général de la Nouvelle-Écosse, des questions concernant les délibérations du cabinet relativement à cette affaire. Le procureur général intimé, invoquant le secret des délibérations du cabinet, s'est opposé aux questions touchant celles-ci. Le 17 mars 1988, la commission intimée a rendu la décision suivante:

[TRADUCTION] L'immunité restreinte dont bénéficient actuellement les documents et les délibérations du cabinet dont il est présentement question cède le pas à l'intérêt qu'a le public à ce que cette preuve soit produite devant la Commission. Dans la mesure où nous désirons maintenant connaître la nature générale des délibérations du cabinet relatives à l'affaire Marshall, nous ne permettrons pas que soient posées des questions concernant les opinions de membres individuels du cabinet, car cela susciterait la possibilité que les témoignages de tous les ministres soient entendus «pour tirer les choses au

absurdity. Further, Cabinet members should be protected from public scrutiny in their discussions leading to the formulation of government policy and in other matters such as, for example, national security. In this case, the public interest argument is such that the limited protection granted should enable this Commission to hear evidence relating to what issues dealing directly with the Marshall case were discussed in Cabinet, and what views were considered in arriving at particular decisions or policies. We feel that this maintains the appropriate and necessary balance between the interests protected by Cabinet secrecy and our interest in the proper administration of justice.

In summary, while former and present members of Cabinet may be asked questions dealing directly with the Marshall case, they will not be required to reveal the opinions or comments of individual members of Cabinet expressed during Cabinet meetings. [Emphasis added.]

Both the appellant and the respondent Attorney General brought applications for an order in the nature of *certiorari* to challenge this ruling. The Attorney General's application sought to have the ruling quashed in so far as it related to the scope of questioning of members of the Executive Council (the provincial cabinet), for an order prohibiting questions of members of cabinet relating to cabinet discussions, and for an order declaring that the contents of cabinet discussions are immune from disclosure. The appellant's application was for an order quashing the Commission's order in so far as it restricted the scope of questioning of members of cabinet, both past and present. The appellant's application was substantially granted by Glube C.J.T.D., but a unanimous Court of Appeal restored the ruling of the Commission.

clair». Non seulement ces opinions individuelles ne seraient pas pertinentes aux fins de cette enquête, mais la Commission s'en trouverait encombrée au point de tourner la situation au ridicule. D'autre part, les membres du cabinet devraient être à l'abri de tout examen public de leurs délibérations qui ont abouti à la formulation de politiques gouvernementales et de celles ayant trait à d'autres questions comme la sécurité nationale. En l'espèce, compte tenu de l'argument fondé sur l'intérêt public, la Commission devrait, en raison de la protection limitée qui est accordée, pouvoir entendre des témoignages sur la question de savoir quelles questions se rapportant directement à l'affaire Marshall ont été discutées par le cabinet et quels points de vue ont été considérés dans la prise de décisions ou la formulation de politiques. Nous croyons par ce moyen conserver l'équilibre qui doit nécessairement exister entre l'intérêt que protège le secret des délibérations du cabinet et notre propre intérêt en ce qui concerne l'administration efficace de la justice.

En résumé, quoiqu'il soit permis de poser à d'anciens membres du cabinet et à des personnes qui en sont encore membres des questions se rapportant directement à l'affaire Marshall, ils ne seront pas tenus de révéler les opinions exprimées ou les observations faites par des membres individuels au cours de réunions du cabinet. [Je souligne.]

L'appelant et le procureur général intimé ont tous les deux contesté cette décision en présentant des demandes visant à obtenir une ordonnance de la nature d'un *certiorari*. La demande du procureur général visait à obtenir l'annulation de la décision dans la mesure où elle concernait la portée de l'interrogatoire de membres du conseil exécutif (le cabinet provincial), une ordonnance interdisant que soient posées aux membres du cabinet des questions relatives aux délibérations du cabinet, de même qu'une ordonnance proclamant le caractère secret du contenu des délibérations du cabinet. La demande de l'appelant visait à obtenir une ordonnance annulant celle de la Commission dans la mesure où elle limitait la portée de l'interrogatoire de membres du cabinet, qu'il s'agisse d'anciens membres ou de membres actuels. Cette demande de l'appelant a été pour l'essentiel accueillie par le juge en chef Glube de la Division de première instance, mais la Cour d'appel a rétabli à l'unanimité la décision de la Commission.

The appellant then sought and was granted leave to this Court. The Crown has now accepted the Commission's ruling. It has supplied all relevant cabinet documents and has permitted questioning of the cabinet ministers, subject to the Commission's qualification that their names need not be divulged.

The case before us is then reduced to a very narrow issue, whether the Commission properly exercised its jurisdiction. For an answer to that question, one must turn to its mandate. The Order in Council by which, pursuant to the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, the Commission was set up, gave it the following power:

... to inquire into, report their findings, and make recommendations to the Governor in Council respecting the investigation of the death of Sandford William Seale on the 28th-29th day of May, A.D., 1971; the charging and prosecution of Donald Marshall Jr., with that death; the subsequent conviction and sentencing of Donald Marshall Jr., for the non-capital murder of Sandford William Seale for which he was subsequently found to be not guilty; and such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry ... [Emphasis added.]

The present matter does not fall within the individual items preceding the words I have emphasized. That is clear in the Order in Council's own terms and it becomes all the more apparent when one considers that all the matters referred to in those items took place in 1971 and that the questions respecting cabinet discussions related to events that occurred primarily in 1982, and at the earliest 1978 when Mr. Giffin entered cabinet following a change of government. Thus the only authority given the Commission to consider matters such as those about which Mr. Giffin was questioned was the words "such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry". In short, the Order in Council left it to the Commission to determine what related matters it would enquire into.

The Commission determined that "we now wish to know the general nature of Cabinet discussions

L'appelant a alors demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Sa Majesté a maintenant accepté la décision de la Commission. Elle a produit tous les documents pertinents du cabinet et a permis l'interrogatoire de ministres, à la condition, posée par la Commission, que leurs noms ne soient pas révélés.

Nous nous trouvons donc saisis d'une question fort précise, celle de savoir si la Commission a exercé régulièrement sa compétence. Pour y répondre, on doit se reporter à son mandat. Le décret constituant la Commission, pris en vertu de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, l'investissait du pouvoir:

[TRADUCTION] ... d'enquêter, de faire rapport de ses conclusions et de formuler des recommandations au gouverneur en conseil au sujet de l'enquête sur le décès de Sandford William Seale survenu le 28 ou le 29 mai 1971, de l'inculpation de Donald Marshall, fils, et des poursuites engagées contre lui relativement à ce décès, du verdict de culpabilité subséquent rendu contre Donald Marshall, fils, et de sa condamnation pour le meurtre non qualifié de Sandford William Seale, infraction dont il a par la suite été déclaré non coupable, et au sujet d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête ... [Je souligne.]

La présente affaire ne relève d'aucun des points qui précèdent le membre de phrase que j'ai souligné. Cela se dégage nettement des termes du décret lui-même et devient d'autant plus évident si on considère que chacune des activités mentionnées dans ces points remonte à 1971 et que les questions concernant les délibérations du cabinet se rapportaient à des événements qui se sont produits surtout en 1982 et pas plus tôt que 1978, année où M. Giffin a accédé au cabinet à la suite d'un changement de gouvernement. Il n'y a donc que les mots [TRADUCTION] «d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête» qui autorisent la Commission à examiner des points comme ceux au sujet desquels M. Giffin a été interrogé. Bref, le décret donnait à la Commission toute latitude pour déterminer sur quelles questions connexes elle ferait enquête.

La Commission a décidé que [TRADUCTION] «nous désirons maintenant connaître la nature

on the Marshall case”, including “issues dealing directly with the Marshall case”, and “what views were considered in arriving at particular decisions or policies”. The views of named cabinet ministers were, in its opinion, “irrelevant to this Inquiry”.

This is not “relevance” in the sense ordinarily used in a court proceeding—where the issues are determined by the pleadings and the evidence must be “relevant” to those issues. The argument of counsel for the appellant was directed to the latter question and so was beside the point. Here, the Commission’s opinion of “relevance” defines the issues themselves, i.e., the mandate. The Order in Council gave this discretion only to the Commission. If the Commission did not “consider” the “other related matters” to be “relevant to the Inquiry”, that, it seems to me, settles the question. There is nothing in the Order in Council that otherwise authorizes an inquiry into that matter. What the appellant seeks to do is to expand the Commission’s ruling beyond what the Commission considers relevant. That he cannot do. Nor can a court on judicial review. The Order in Council gave to the Commission, and to the Commission only, power to define these other related matters which the Commissioners consider relevant.

No argument was made that the Commission’s decision was unreasonable, and I need not consider this matter. It was quite reasonable for the Commission to decide, particularly on matters not central to its mandate, as is the case here, that it is interested in determining what the policies, practices and procedures in cases of this kind are, without regard to the identity of the persons no longer in cabinet who took certain positions.

Counsel for the appellant, however, sought to enlist the authority of this Court’s decision in *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, and

générale des délibérations du cabinet relatives à l’affaire Marshall», y compris les «questions se rapportant directement à l’affaire Marshall», ainsi que les «points de vue . . . considérés dans la prise de décisions ou la formulation de politiques». D’après la Commission, les opinions de ministres nommés étaient «non pertinentes aux fins de cette enquête».

Il ne s’agit pas là de «pertinence» au sens où ce terme s’emploie normalement dans le cadre d’une procédure judiciaire, où les questions sont tranchées en fonction des plaidoiries des parties et où la preuve doit «se rapporter» à ces questions. Comme l’argument avancé par l’avocat de l’appellant porte sur ce dernier point, il n’est pas pertinent en l’espèce. Ici, l’opinion que se fait la Commission de la «pertinence» a pour effet de définir les questions elles-mêmes, c.-à-d. son mandat. Le décret ne confère ce pouvoir discrétionnaire qu’à la Commission. Or, si la Commission [TRADUCTION] «juge [. . .]» que les «autres questions connexes» ne sont pas «pertinentes aux fins de l’enquête», cela me semble clore le débat car il n’y a rien d’autre dans le décret qui autorise à faire enquête sur ce sujet. L’appellant cherche en fait à élargir la portée de la décision de la Commission au-delà de ce que la Commission juge pertinent. Voilà ce qu’il ne saurait faire, non plus qu’un tribunal qui procède à un contrôle judiciaire. Aux termes du décret, seule la Commission est investie du pouvoir de définir ces autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes.

On n’a pas fait valoir que la décision de la Commission était déraisonnable et c’est là un point sur lequel je n’ai pas à me pencher. Il est tout à fait raisonnable de la part de la Commission de décider, particulièrement sur des questions qui ne sont pas essentielles à son mandat, comme c’est le cas en l’espèce, qu’elle a intérêt à déterminer quelles sont les politiques, les pratiques et les procédures suivies dans des cas de ce genre, sans égard à l’identité d’anciens membres du cabinet qui ont pris certaines positions.

L’avocat de l’appellant a toutefois essayé d’invoquer l’arrêt de cette Cour *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, et a attiré notre attention sur

drew attention to the following remarks of Pigeon J. at p. 249:

Therefore his [Commissioner's] decisions as to the proper scope of his inquiry, the extent of the questioning permissible, and the documents that may be required to be produced, are all open to attack, as was done before the Ontario Divisional Court in *Re Royal Commission and Ashton*. [Emphasis added.]

In interpreting this passage, it is important to refer to the case mentioned by Pigeon J., *Re Royal Commission into Metropolitan Toronto Police Practices and Ashton* (1975), 64 D.L.R. (3d) 477. There the Ontario Divisional Court had this to say at p. 485:

I think that it is now fair to characterize the statutory powers of the Court under the present legislation as being supervisory only, *i.e.*, confined to seeing to it that the Commission does not exceed its jurisdiction. They do not extend to enable the Court to substitute its discretion for that of the Commission where the latter has made a decision lying within the confines of its jurisdiction.

In *Keable*, this Court stated that a court could review the proper scope of the Commission's inquiry in the sense set forth in *Ashton*. A court may, therefore, confine the Commission to its terms of reference, including disallowing questions outside those terms of reference. But nothing in *Keable* authorizes a court to expand the terms of reference of a Commission and, in consequence, the scope of questioning beyond that defined in or extended in the manner prescribed by the Order in Council.

On this basis, I need not consider the arguments of the appellant which, as I indicated, are relevant to a court proceeding for the settlement of a dispute between competing parties. There it is the parties who frame the issues, and one of the court's functions then becomes that of determining the relevance of evidence. Here we have an investigative body which is given a discretion to expand its terms of reference to related matters it considers relevant. The role of those appearing before the Commission is then limited to presenting their points of view on the matters within the mandate as so defined.

les observations suivantes du juge Pigeon, qu'on trouve à la p. 249:

Ses décisions [celles du commissaire] relatives à la portée de son enquête, à l'étendue des interrogatoires autorisés et aux documents dont il peut ordonner la production peuvent donc être attaquées comme cela s'est fait devant la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Re Royal Commission and Ashton*. [Je souligne.]

En interprétant ce passage, il importe de se référer à la décision *Re Royal Commission into Metropolitan Toronto Police Practices and Ashton* (1975), 64 D.L.R. (3d) 477, mentionnée par le juge Pigeon, où la Cour divisionnaire de l'Ontario affirme, à la p. 485:

[TRADUCTION] Je crois qu'il est maintenant juste de qualifier de simples pouvoirs de surveillance les pouvoirs accordés à la Cour par la loi actuellement en vigueur, *c.-à-d.* qu'il s'agit uniquement de veiller à ce que la commission n'outrepasse pas sa compétence. Ces pouvoirs ne vont pas jusqu'à permettre à la cour de substituer son opinion à celle de la commission lorsque celle-ci a rendu une décision qui n'exécède pas sa compétence.

Dans l'arrêt *Keable*, cette Cour a dit qu'il est loisible à un tribunal de contrôler de la manière indiquée dans la décision *Ashton* la portée de l'enquête de la commission. Un tribunal peut donc obliger la commission à respecter son mandat, notamment en lui interdisant de poser des questions qui ne relèvent pas de ce mandat. Toutefois, rien dans l'arrêt *Keable* n'autorise un tribunal à élargir le mandat d'une commission ni, par conséquent, la portée de l'interrogatoire au-delà de celle qui est définie dans le décret ou de celle élargie de la manière prescrite dans ledit décret.

Cela étant, je n'ai pas à examiner les arguments de l'appelant, qui, comme je l'ai indiqué, se rapportent à des procédures engagées devant un tribunal en vue de régler un litige entre des parties adverses. Dans ce cas, ce sont les parties qui formulent les questions en litige et l'une des fonctions du tribunal consiste alors à décider de la pertinence de la preuve. En l'espèce, il s'agit d'une commission d'enquête qui se voit conférer le pouvoir discrétionnaire d'élargir son mandat afin de pouvoir examiner des questions connexes qu'il juge pertinentes. Le rôle de ceux qui comparaissent devant la Commission se limite alors à présenter leur point de vue sur les questions relevant du mandat ainsi défini.

It also becomes unnecessary to decide whether an investigatory commission of the kind involved here has power to compel the production of cabinet documents within the principles enunciated in *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686, and *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637. Nor is it necessary to consider whether the appellant has standing to raise the issues he has put forward.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Her Majesty The Queen in right of the province of Nova Scotia as represented by the Attorney General of Nova Scotia: Patterson, Kitz, Halifax.*

*Solicitors for the respondent the Royal Commission into the Donald Marshall, Jr. Prosecution: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

En outre, il n'est pas nécessaire de décider si une commission d'enquête du genre de celle dont il est question ici a le pouvoir d'ordonner la production de documents du cabinet suivant les principes énoncés dans les arrêts *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, et *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637. Il n'est pas nécessaire non plus d'examiner si l'appelant a qualité pour soulever les questions qu'il pose en l'espèce.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse, représentée par le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Patterson, Kitz, Halifax.*

*Procureurs de l'intimée la Royal Commission into the Donald Marshall, Jr. Prosecution: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

**T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras  
and Gregory Thomas Evans** *Appellants*

v.

**Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,  
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and  
Leonard L. Pace** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec, the  
Attorney General of Nova Scotia and Donald  
Marshall, Jr.** *Interveners*

and between

**Donald Marshall, Jr.** *Appellant*

v.

**Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,  
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and  
Leonard L. Pace** *Respondents*.

and

**T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras  
and Gregory Thomas Evans** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec and the  
Attorney General of Nova Scotia** *Interveners*

INDEXED AS: MACKEIGAN v. HICKMAN

File Nos.: 21315, 21351.

1989: April 19, 20; 1989: October 5.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA  
SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Judiciary — Judicial privilege  
— Inquiry into Reference by Court of Appeal — Com-  
missioners ordering justices sitting on Reference to  
attend — Questions relating to composition of panel on  
Reference, materials before the Court on the Reference,  
and how the Court came to its conclusions — Whether  
or not justices can be compelled to testify under Public  
Inquiries Act — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, c.  
250, ss. 3, 4.*

**T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras  
et Gregory Thomas Evans** *Appelants*

c.

<sup>a</sup> **Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,  
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et  
Leonard L. Pace** *Intimés*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Québec, le procureur  
général de la Nouvelle-Écosse et Donald  
Marshall, fils** *Intervenants*

et entre

<sup>c</sup> **Donald Marshall, fils** *Appelant*

c.

<sup>d</sup> **Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,  
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et  
Leonard L. Pace** *Intimés*

et

<sup>e</sup> **T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras  
et Gregory Thomas Evans** *Intimés*

et

<sup>f</sup> **Le procureur général du Québec et le  
procureur général de la Nouvelle-Écosse**  
*Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MACKEIGAN c. HICKMAN

<sup>g</sup> N<sup>os</sup> du greffe: 21315, 21351.

1989: 19, 20 avril; 1989: 5 octobre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

<sup>h</sup> EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA  
NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

*Droit constitutionnel — Pouvoir judiciaire — Privi-  
lège judiciaire — Enquête sur un renvoi à la Cour  
d'appel — Ordonnance de la Commission enjoignant  
aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître —  
Questions ayant trait à la composition du banc qui a  
entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour  
lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses  
conclusions — Les juges peuvent-ils être contraints à  
témoigner en vertu de la Public Inquiries Act? — Public  
Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, chap. 250, art. 3, 4.*

*Courts — Judicial privilege — Inquiry into Reference by Court of Appeal — Commissioners ordering justices sitting on Reference to attend — Questions relating to composition of panel on Reference, materials before the Court on the Reference, and how the Court came to its conclusions — Whether or not justices can be compelled to testify under Public Inquiries Act.*

*Constitutional law — Provincial Royal Commission of Inquiry — Commission investigating matters related to murder and wrongful conviction for murder — Commission about to examine Reference by Court of Appeal which quashed wrongful conviction — Whether or not inquiry into Reference ultra vires the province as a matter of criminal law exclusively within federal competence — Constitution Act, 1867, s. 91(27).*

The federal Minister of Justice, on the basis of new information, referred the conviction of Donald Marshall, Jr. to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia pursuant to s. 617(b) of the *Criminal Code* for a redetermination. The panel which heard the matter included a justice who had been Attorney General of Nova Scotia when Marshall was investigated for, charged with and convicted of murder. That court quashed Marshall's conviction but noted at the end of its judgment that Marshall had contributed to his conviction and that any miscarriage of justice was more apparent than real. Marshall eventually received compensation for his lengthy incarceration but the comments of the Court of Appeal had an impact on the *quantum* of that payment.

A Royal Commission was established to inquire into the murder, the charging and prosecution of Marshall, his subsequent conviction and sentencing, and other related matters the Commission considered relevant. The justices who sat on the Reference were asked to attend and Orders to Attend were issued by the Commission when they declined to do so. The justices successfully applied for a declaration that the Commission had no authority to compel their attendance by virtue of judicial immunity and for orders quashing the Orders to Attend and prohibiting the Commission from inquiring into their operations, deliberations, decisions and orders in respect of the Reference. An appeal by the Commis-

*Tribunaux — Privilège judiciaire — Enquête sur un renvoi à la Cour d'appel — Ordonnance de la Commission enjoignant aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître — Questions ayant trait à la composition du banc qui a entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses conclusions — Les juges peuvent-ils être contraints à témoigner en vertu de la Public Inquiries Act?*

*Droit constitutionnel — Commission royale d'enquête constituée par la province — Commission enquêtant sur des questions relatives à un meurtre et à une déclaration erronée de culpabilité de meurtre — Commission sur le point d'examiner un renvoi à la Cour d'appel qui a annulé la déclaration erronée de culpabilité — L'enquête sur le renvoi excède-t-elle les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel relevant exclusivement de la compétence fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).*

Sur la foi de nouveaux renseignements, le ministre fédéral de la Justice a renvoyé la déclaration de culpabilité de Donald Marshall, fils, à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, conformément à l'al. 617b) du *Code criminel*, pour qu'elle rende une nouvelle décision. Le banc qui a entendu l'affaire comprenait un juge qui avait été procureur général de la Nouvelle-Écosse à l'époque où Marshall avait fait l'objet d'une enquête et où il avait été accusé et reconnu coupable de meurtre. Cette cour a annulé la déclaration de culpabilité de Marshall, mais a fait observer à la fin de son jugement que Marshall avait contribué à sa propre déclaration de culpabilité et que toute erreur judiciaire était plus apparente que réelle. Marshall a finalement touché une indemnité pour sa longue période d'incarcération, mais les commentaires de la Cour d'appel ont eu des répercussions sur le montant de ce versement.

Une commission royale d'enquête a été établie pour enquêter sur le meurtre, sur l'inculpation de Marshall et les poursuites engagées contre lui, sur sa déclaration subséquente de culpabilité et la sentence qui lui a été imposée, ainsi que sur d'autres questions connexes que la Commission jugerait pertinentes. On a demandé aux juges qui avaient été saisis du renvoi de comparaître et des ordonnances de comparution ont été rendues par la Commission devant leur refus de s'exécuter. Ces juges ont demandé avec succès une déclaration portant que la Commission n'avait pas le pouvoir de les contraindre à comparaître en raison de l'immunité judiciaire, ainsi que des ordonnances annulant les ordonnances de comparu-



sioners to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia was dismissed.

These appeals raised two issues. The first issue was whether ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* could be used to compel superior court judges to testify before the Commission, either with respect to how and why they reached their decision or with respect to the composition of the panel that heard the case. The second issue was whether the direction to the Commission to inquire into a reference by the Minister of Justice was *ultra vires* the Province because it is a matter of criminal law and procedure reserved exclusively to the federal Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

*Held* (Wilson and Cory JJ. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Sections 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* do not empower the Commission to compel the justices who sat on the Marshall Reference to testify as to the grounds for their decision. Provisions of a statute dealing with the same subject should be read together, where possible, so as to avoid conflict. Accordingly, the Commission is granted power to "summon" any person under s. 3 but it does not have greater powers under s. 4 than those exercisable by a Supreme Court judge sitting on a civil case when enforcing attendance and compelling witnesses to testify against their will.

Judicial independence requires that relations between the judiciary and other branches of government not impinge on the essential "authority and function" of the court. The authorities and the general principles of judicial independence which have been summarized by this Court in *Valente v. The Queen* and *Beauregard v. Canada* clearly establish that a judge of the Supreme Court hearing a civil case would not have the power to compel another judge to testify as to how and why that judge arrived at his or her conclusions. That is a matter of privilege going to judicial impartiality in adjudication and to the role arbiter and protector of the Constitution. Similarly, one judge cannot compel another to testify as to why a particular judge sat on a particular case. That matter goes to the administrative or institutional aspect of judicial independence. The courts must control administrative matters related to adjudication without interference from the Legislature or executive. To allow the executive a role in selecting what judges hear what

tion et interdisant à la Commission d'enquêter sur leurs actes, délibérations, décisions et ordonnances concernant le renvoi. L'appel interjeté par les commissaires devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté.

Ces pourvois soulèvent deux questions. La première est de savoir si on peut recourir aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* pour contraindre des juges de cour supérieure à témoigner devant la Commission, soit quant à savoir comment et pourquoi ils sont arrivés à leur décision, soit quant à la composition du banc qui a entendu l'affaire. La seconde question est de savoir si la directive ordonnant à la Commission d'enquêter sur un renvoi adressé par le ministre de la Justice excède les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel et de procédure en matière criminelle que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* réserve exclusivement au Parlement fédéral.

*Arrêt* (les juges Wilson et Cory sont dissidents en partie): Les pourvois sont rejetés.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Les articles 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* ne donnent pas à la Commission le pouvoir de contraindre les juges qui ont été saisis du renvoi Marshall à témoigner relativement aux motifs de leur décision. Les dispositions d'une loi traitant du même sujet doivent être interprétées ensemble, si cela est possible, de manière à éviter tout conflit. Par conséquent, la Commission a reçu le pouvoir d'«assigner» toute personne en vertu de l'art. 3, mais, en vertu de l'art. 4, elle n'a pas plus de pouvoirs que ceux d'un juge de la Cour suprême siégeant en matière civile quand il s'agit d'assurer la comparution et de contraindre des témoins à déposer contre leur volonté.

L'indépendance judiciaire exige que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement n'empiètent pas sur les «pouvoirs et fonctions» essentiels du tribunal. La jurisprudence et les principes généraux de l'indépendance judiciaire que cette Cour a résumés dans les arrêts *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada* établissent clairement qu'un juge de la Cour suprême qui entend une affaire civile n'a pas le pouvoir de contraindre un autre juge à témoigner quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à ses conclusions. Il s'agit d'une question de privilège qui touche à l'impartialité judiciaire dans la prise de décisions et au rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'arbitre et protecteur de la Constitution. De même, un juge ne peut pas contraindre un autre juge à témoigner sur les raisons pour lesquelles un juge particulier a siégé dans une affaire donnée. Cette question touche l'aspect administratif ou institutionnel de l'indépendance judiciaire. Les tribunaux doivent contrôler les questions administratives

cases or to inquire after the fact would constitute an unacceptable interference with the independence of the judiciary. The requirements of s. 4 of the *Public Inquiries Act* are not met.

The concepts of judicial independence and the supremacy of Parliament must be balanced. The power in the courts to control their own administration is not absolute. Circumstances can exist where the Legislature or Parliament could enact laws relating to the functioning of the courts or enquire into the conduct of particular judges. Parliament can also impeach a federally appointed judge for dereliction of duty. The fundamental principle of judicial independence, at least to this extent, must leave scope for the principle of Parliamentary supremacy. Yet, Parliament and the Legislatures cannot act so as to trammel the authority and function of the courts.

The language of s. 3, read alone, is not specific enough to override the fundamental principle of judicial immunity from being compelled to testify about the decision-making process or the reasons for the composition of the court in a particular case.

The phrase "administration of justice" in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* should be construed as relating to both civil and criminal justice and encompasses a provincially appointed commission to inquire into a Reference by the federal Minister of Justice under s. 617(b) of the *Criminal Code*. Such an inquiry does not trench on the exclusive federal power over the criminal law. The inquiry, subject to the *caveat* that no provincially constituted commission of inquiry can inquire into the actual management or operation of the federal activity or entity in question, does not constitute an attempt to interfere with the valid federal interest in the enactment of and provision for a uniform system of procedures and rules governing criminal justice in the country.

*Per* Lamer J.: What evidence a court relies on for arriving at a given conclusion is an integral part of the adjudicative process. This requires decisions pertaining to the admissibility of evidence, an assessment of the weight to be given to it and a determination of its effect on the outcome of the case. The extent to which a court reveals these matters in a judgment is equally an integral part of the adjudicative process. A court, if it were not to disclose the basis for a decision in a judgment

relatives à la prise de décision sans intervention de la part des organes législatif ou exécutif. Accorder au pouvoir exécutif un rôle quant à savoir quels juges entendent quelles causes ou enquêter après coup constituerait une atteinte inacceptable à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les exigences de l'art. 4 de la *Public Inquiries Act* ne sont pas respectées.

Il doit y avoir un équilibre entre les concepts de l'indépendance judiciaire et de la suprématie du Parlement. Le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration n'est pas absolu. Il peut y avoir des circonstances où les assemblées législatives ou le Parlement pourraient adopter des lois relatives au fonctionnement des tribunaux ou enquêter sur la conduite de certains juges. Le Parlement peut également destituer un juge nommé par le fédéral pour manquement à son devoir. Le principe fondamental de l'indépendance judiciaire doit, dans cette mesure tout au moins, laisser place au principe de la suprématie du Parlement. Pourtant, le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent pas agir de manière à entraver les pouvoirs et fonctions des tribunaux.

Le texte de l'art. 3, pris isolément, n'est pas assez spécifique pour écarter le principe fondamental selon lequel les juges sont exemptés de l'obligation de témoigner relativement au processus décisionnel ou aux motifs de la composition de la cour dans un cas donné.

L'expression «administration de la justice» contenue à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être interprétée comme se rapportant à la fois à la justice civile et criminelle et elle englobe une commission établie par une province pour enquêter sur un renvoi adressé par le ministre fédéral de la Justice en vertu de l'al. 617b) du *Code criminel*. Une telle enquête n'empiète pas sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel. Exception faite de la réserve qu'aucune commission d'enquête constituée par une province ne peut faire enquête sur la gestion ou le fonctionnement de l'activité ou entité fédérale en question, l'enquête ne constitue pas une tentative de porter atteinte à l'intérêt valide qu'a le gouvernement fédéral à ce que soit adopté un système uniforme de procédures et de règles régissant la justice criminelle au Canada.

Le juge Lamer: Les éléments de preuve sur lesquels une cour se fonde pour arriver à une conclusion donnée font partie intégrante du processus décisionnel. Cela nécessite la prise de décisions sur l'admissibilité de la preuve, une appréciation du poids qu'il faut lui accorder et une détermination de son effet sur l'issue de l'affaire. La mesure dans laquelle une cour révèle ces choses dans un jugement fait également partie intégrante du processus décisionnel. Si une cour ne révélait pas le fondement

and, when relevant, the evidence relied on, may well, in some circumstances though surely not in all, have failed in its adjudicative duties but not in any administrative duty, and the executive cannot compel the justices as witnesses to clarify and add to their judgment.

A Chief Justice's reasons for determining who sits on which case is protected by a qualified judicial privilege. This privilege may, but not always, give way to disclosure only when an investigation into the conduct or integrity of the Chief Justice or other justices is being conducted.

The power to investigate into the conduct or integrity of judges lies with the federally created Canadian Judicial Council. The commission accordingly is not empowered to ask any question pertaining to the composition of a particular bench and the reasons for which it was set up in a particular manner.

*Per La Forest J.:* The Nova Scotia *Public Inquiries Act* was not specific enough to override the fundamental principle of judicial immunity from being compelled to testify about the decision-making process or the reasons for the composition of the court in a particular case.

The Act, even if sufficiently explicit, would appear to fall outside provincial competence to that extent. The constitutional underpinnings for the independence of the judiciary lie in the judicature provisions in Part VII of the *Constitution Act, 1867* and it is significant that all the powers relating to the superior courts are at the federal level. The status, independence and judicial functions of these judges would thereby fall outside provincial competence, though a province may legislate in respect of their purely administrative functions. The federal Parliament is competent to enact legislation necessary to satisfy the need for credible complaint procedures to ensure continued public confidence in the administration of justice.

Apart from the division of powers issue, the institutional structure and modalities of the Commission were not really tailored to the task of inquiring into judicial functions. Consequently, it might otherwise well run afoul of the letter and purpose of the judicature provisions of the Constitution.

de sa décision dans un jugement ni, lorsque cela est pertinent, les éléments de preuve sur lesquels elle s'est fondée, elle pourrait bien, dans certains cas mais sûrement pas dans tous les cas, avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions décisionnelles mais non dans celui de ses fonctions administratives, et le pouvoir exécutif ne pourrait pas contraindre les juges à témoigner pour apporter des clarifications ou ajouter quelque chose à leur jugement.

Les raisons pour lesquelles un juge en chef détermine qui siège dans une affaire donnée sont protégées par un privilège judiciaire restreint. La seule situation où ce privilège peut, sans que ce soit toujours nécessairement le cas, céder le pas à la divulgation est lorsqu'est menée une enquête sur la conduite ou l'intégrité du juge en chef ou d'autres juges.

Le pouvoir d'enquêter sur la conduite ou l'intégrité des juges appartient au Conseil canadien de la magistrature créé par le fédéral. La commission n'est donc pas habilitée à poser des questions concernant la composition d'un banc donné et les raisons justifiant la façon dont il a été constitué.

*Le juge La Forest:* La *Public Inquiries Act* de la Nouvelle-Écosse n'est pas assez spécifique pour écarter le principe fondamental selon lequel les juges sont exemptés de l'obligation de témoigner relativement au processus décisionnel ou aux motifs de la composition de la cour dans un cas donné.

Même si elle avait été suffisamment explicite, la Loi semblerait échapper dans cette mesure à la compétence de la province. Le fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire réside dans les dispositions relatives au système judiciaire que contient la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et il est révélateur que tous les pouvoirs relatifs aux cours supérieures soient conférés au gouvernement fédéral. Le statut, l'indépendance et les fonctions judiciaires de ces juges échapperaient ainsi à la compétence provinciale, même si une province peut légiférer relativement à leurs fonctions purement administratives. Le Parlement a compétence pour adopter les lois nécessaires pour répondre au besoin de procédures crédibles d'examen des plaintes qui assurent le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice.

Indépendamment de la question du partage des compétences, la structure institutionnelle et les modalités de la Commission ne sont pas réellement façonnées pour enquêter sur des fonctions judiciaires. En conséquence, il se pourrait bien par ailleurs qu'elle aille à l'encontre de la lettre et de l'objet des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire.

*Per Wilson J. (dissenting in part):* The judiciary enjoys an absolute immunity with respect to its adjudicative function. Its immunity with respect to its administrative function, however, is not absolute and must give way in circumstances where the administration of justice is itself under review by a body with the constitutional authority to undertake such a review. While questions as to the composition of a panel would in normal circumstances be protected by a qualified immunity, to permit them in the exceptional circumstances of this case would not impair the authority of Chief Justices in general to assign judges to particular cases. The question needed to be asked in this case given the *prima facie* case of lack of impartiality, the fact that the judicial system had in some way gone awry, and the public perception that the doctrine of judicial immunity may be being used to protect the judiciary rather than the justice system. While questions as to why the final record ended up as it did go directly to the judiciary's adjudicative function as to which there is an absolute immunity, questions as to what as a factual matter comprised the final record on which justice was administered in the case are permissible.

The doctrine of judicial immunity was the only constitutional basis for prohibiting the questions in issue from being asked. Part VII of the *Constitution Act, 1867*, while it places the responsibility for certain specific matters within federal jurisdiction, does not prevent provinces from inquiring into aspects of the administration of justice that do not fall squarely within Part VII of the *Constitution Act, 1867*. A distinction must be made between a commission inquiring into the administration of justice in a province (including administrative decisions of the judiciary as one of the participants in the administration of justice) and one looking into the conduct of judges which is clearly a federal matter. Issues that are not specifically related to alleged improprieties on the part of judges and that are related to the administration of justice remain subject to provincial jurisdiction and may properly be considered by bodies like the Commission.

*Per Cory J. (dissenting in part):* The terms of the appointment of the Commission were broad enough to include the Reference to the Court of Appeal on Marshall's wrongful conviction and the eventual payment of compensation to him.

*Le juge Wilson (dissidente en partie):* Le pouvoir judiciaire jouit d'une immunité absolue dans l'exercice de sa fonction décisionnelle. L'immunité dont il jouit dans l'exercice de sa fonction administrative n'est cependant pas absolue et elle doit céder le pas lorsque l'administration de la justice fait elle-même l'objet d'un examen par un organisme constitutionnellement habilité à y procéder. Les questions portant sur la composition d'un banc bénéficieraient normalement d'une immunité restreinte, mais permettre qu'elles soient posées dans les circonstances exceptionnelles de la présente affaire ne porterait pas atteinte au pouvoir des juges en chef en général d'assigner des juges à des causes données. Il faut répondre à la question en l'espèce compte tenu de l'existence d'une preuve suffisante à première vue d'un manque d'impartialité, du fait que quelque chose a mal fonctionné dans le système judiciaire et de l'impression du public qu'il est possible d'invoquer l'immunité judiciaire pour protéger le pouvoir judiciaire plutôt que pour protéger le système de justice. Alors que les questions visant à obtenir des explications sur l'état du dossier définitif touchent directement à la fonction décisionnelle du pouvoir judiciaire à l'égard de laquelle il jouit d'une immunité absolue, celles visant à connaître en quoi consistait effectivement le dossier définitif sur lequel on s'est fondé pour rendre justice dans un cas donné sont permises.

Le principe de l'immunité judiciaire constitue le seul fondement constitutionnel qui justifie d'interdire de poser les questions en cause. Bien que la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* fasse relever certaines matières précises de la compétence fédérale, elle n'empêche sûrement pas les provinces d'enquêter sur les aspects de l'administration de la justice qui ne relèvent pas directement de la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut établir une distinction entre une commission chargée d'enquêter sur l'administration de la justice dans une province (y compris sur les décisions administratives du pouvoir judiciaire en sa qualité de participant à l'administration de la justice) et une commission chargée d'enquêter sur la conduite de juges qui constitue nettement un sujet de compétence fédérale. Les questions qui n'ont pas trait spécifiquement à des inconvenances de la part de juges et qui ont trait à l'administration de la justice demeurent assujetties à la compétence des provinces et peuvent être examinées à bon droit par un organisme comme la Commission.

*Le juge Cory (dissident en partie):* Le mandat de la Commission est suffisamment large pour comprendre le renvoi à la Cour d'appel concernant la déclaration erronée de culpabilité de Marshall et le paiement de l'indemnité qu'il a finalement obtenu.

All privileges of exemption from the duty to testify are exceptional and ought to be discountenanced unless there is good reason plainly shown for their existence. There is, however, for very good reason an absolute privilege accorded to the judiciary exempting them from testifying as to their mental processes in arriving at a judgment or as to how they reached a decision in any case that came before them. It is vital to the preservation of our system of justice that a judge not be required to answer any questions as to how a decision was reached. The reasons and the decisions speak for themselves. As well, a large measure of judicial immunity from testifying in respect of the administration of the work of the courts is an important and necessary factor in the functioning of the judicial system.

An important distinction must be drawn between the two types of judicial immunity. The privilege of the judiciary not to be questioned as to the decisions they have made on cases is of fundamental importance and absolute in nature. The privilege as to the administration of the courts, however, is not of the same fundamental importance and is qualified in nature. It is an adjunct to the adjudicative privilege.

The qualified privilege of judges on administrative matters exists at common law and will clearly apply in most situations. It must give way, however, when it is necessary to reaffirm public confidence in the administration of justice. In exceptional situations, such as those in this case, that qualified privilege should not and cannot prevail. The Commission, pursuant to ss. 3 or 4 of the *Public Inquiries Act*, has jurisdiction to compel attendance in order to pose and receive answers as to the composition of the panel hearing the Reference and as to the record relied upon by the Court of Appeal in reaching its conclusions.

Questions as to what factors constituted a miscarriage at the trial came within the absolute immunity pertaining to judgments and reasons for judgment.

#### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; **considered:** *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; **referred to:** *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230; *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476; *Scott v. Smith* (1931), 4 M.P.R. 23; *Re*

Tous les privilèges et exemptions relatifs à l'obligation de témoigner sont exceptionnels et devraient être restreints à moins que leur existence ne soit justifiée par une bonne raison clairement démontrée. Cependant, il existe pour de très bonnes raisons un privilège absolu accordé aux juges qui les exempte de l'obligation de témoigner quant au processus mental suivi pour rendre un jugement ou quant à savoir comment ils sont arrivés à une décision dans une affaire dont ils étaient saisis. Il est essentiel à la préservation de notre système de justice qu'un juge ne soit pas tenu de répondre à des questions concernant la façon dont il est arrivé à une décision. Les motifs et les décisions parlent d'eux-mêmes. De même, une large exemption de l'obligation de témoigner de la part des juges à l'égard de l'administration des travaux des tribunaux constitue un facteur important et nécessaire dans le fonctionnement du système judiciaire.

Une distinction importante doit être établie entre les deux types d'immunité judiciaire. Le privilège des juges de ne pas être interrogés quant aux décisions qu'ils ont rendues est d'importance fondamentale et de nature absolue. Le privilège relatif à l'administration des tribunaux n'a cependant pas la même importance fondamentale et est de nature restreinte. C'est un auxiliaire du privilège attaché à l'adjudication.

Le privilège restreint des juges relativement aux questions administratives est un privilège de *common law* qui s'applique clairement dans la plupart des cas. Il doit cependant céder le pas lorsqu'il est nécessaire de réaffirmer la confiance du public dans l'administration de la justice. Dans des circonstances exceptionnelles comme celles en l'espèce, ce privilège restreint ne doit ni ne peut tenir. Conformément aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, la Commission a compétence pour exiger la comparution aux fins d'obtenir des réponses à des questions concernant la composition du banc qui a entendu le renvoi et le dossier sur lequel la Cour d'appel s'est fondée pour arriver à ses conclusions.

Les questions concernant les facteurs qui ont constitué une erreur judiciaire au procès relèvent de l'immunité absolue applicable aux jugements et aux motifs de jugement.

#### Jurisprudence

i Citée par le juge McLachlin

**Arrêts appliqués:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; **arrêt examiné:** *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; **arrêts mentionnés:** *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230; *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476; *Scott v. Smith*

*Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville* (1976), 75 D.L.R. (3d) 33; *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137; *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591.

By La Forest J.

**Referred to:** *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970); *Landreville v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 726; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986).

By Wilson J. (dissenting in part)

*Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307.

By Cory J. (dissenting in part)

*R. v. Marshall* (1983), 57 N.S.R. (2d) 286; *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986); *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(14), 96, 99, 100, 101, 129.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 617(b).  
*Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, Part II.  
*Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, ss. 3, 4.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

#### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139.  
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common*

(1931), 4 M.P.R. 23; *Re Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville* (1976), 75 D.L.R. (3d) 33; *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137; *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591.

Citée par le juge La Forest

**Arrêts mentionnés:** *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970); *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986).

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

Citée par le juge Cory (dissident en partie)

*R. v. Marshall* (1983), 57 N.S.R. (2d) 286; *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986); *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 617b).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(14), 96, 99, 100, 101, 129.  
*Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19.  
*Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), chap. J-1, partie II.  
*Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, art. 3, 4.

#### Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139.  
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common*

*Law*, vol. 8 (McNaughton rev.) Boston: Little, Brown, 1961.

APPEALS from a decision of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1988), 87 N.S.R. (2d) 443, dismissing an appeal from a decision of Glube C.J. (1988), 43 C.C.C. (3d) 287, granting a declaration with respect to judicial immunity and quashing Orders to Attend issued by a provincial royal commission. Appeals dismissed, Wilson and Cory JJ. dissenting in part.

*James MacPherson, B. A. Crane, Q.C., and W. Spicer*, for T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras and Gregory Thomas Evans.

*Clayton Ruby*, for Donald Marshall, Jr.

*R. J. Downie, Q.C., and F. P. Crooks*, for Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and Leonard L. Pace.

*Robert Décary, Q.C., and Angéline Thibault*, for the Attorney General of Quebec.

*Jamie W. S. Saunders and Peter M. Rogers*, for the Attorney General of Nova Scotia.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons of my colleagues Justices Wilson, La Forest, Cory and McLachlin. While I agree with the principles set out in my brother Cory's judgment, when applying them to this case, I reach the same conclusion as my colleague McLachlin J. and, accordingly, would dismiss these appeals.

Cory J. refers to the "second question" to be put to the justices as relating to "the composition of the record that was in fact before the Court of Appeal on the Reference". I prefer to address the nature of the query to be put to the justices by referring to Mr. Orsborn's letter to the Chief Justice, which reads it as follows:

After our own review, we are unsure of the record relied on by the Court in reaching its conclusions. It is not clear what affidavits were before the Court—reference is made in the reasons to certain affidavits but the transcript suggests that the affidavits were not in fact before the Court. In addition, we would like to understand why the affidavits (and cross-examination) of the

*Law*, vol. 8 (McNaughton rev.) Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOIS contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1988), 87 N.S.R. (2d) 443, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge en chef Glube (1988), 43 C.C.C. (3d) 287, qui avait accordé une déclaration relativement à l'immunité judiciaire et annulé des ordonnances de comparution rendues par une commission royale provinciale. Pourvois rejetés, les juges Wilson et Cory sont dissidents en partie.

*James MacPherson, B. A. Crane, c.r., et W. Spicer*, pour T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras et Gregory Thomas Evans.

*Clayton Ruby*, pour Donald Marshall, fils.

*R. J. Downie, c.r., et F. P. Crooks*, pour Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et Leonard L. Pace.

*Robert Décary, c.r., et Angéline Thibault*, pour le procureur général du Québec.

*Jamie W. S. Saunders et Peter M. Rogers*, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Wilson, La Forest, Cory et McLachlin. Je suis d'accord avec les principes énoncés dans les motifs du juge Cory, mais lorsque je les applique à l'espèce, j'arrive à la même conclusion que ma collègue le juge McLachlin et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter ces pourvois.

Le juge Cory affirme que la «seconde question» à poser aux juges a trait au «contenu du dossier dont disposait effectivement la Cour d'appel lors du renvoi». Je préfère aborder la nature de la question à poser aux juges en me référant à la lettre de M<sup>e</sup> Orsborn au Juge en chef, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Après avoir effectué notre propre examen, nous ne sommes pas certains du contenu du dossier sur lequel la cour s'est fondée pour arriver à ses conclusions. On ne sait pas exactement quels affidavits étaient devant la cour—les motifs font état de certains affidavits mais les transcriptions laissent entendre qu'en fait la cour ne les avait pas devant elle. En outre, nous

potential police witnesses were not admitted, given the possible importance of these witnesses in determining why 1971 witnesses were now recanting.

McLachlin J., in her reasons, has set out in some detail the events that took place regarding the adduction of fresh evidence. To be noted is the fact that that decision was “reserve[d] . . . on the applications . . . to receive in evidence any of the affidavits tendered”. The decision to reserve was made by a different panel than that which heard the oral evidence and decided the reference. When giving judgment on the merits of the reference, the justices gave no indication as to whether any or all of the affidavits tendered were finally admitted by them as part of the record. Another one of the Commission’s concerns is the fact that the reasons of the justices refer to certain affidavits while the transcripts seem to indicate that they would appear not to have been before the court. Under these particular circumstances, a query as to “the record relied on by the Court in reaching its conclusions”, can mean one of two things. It could mean, what was the record the court retired with when reserving judgment. If that is the case, there surely is no need to call upon the justices. Indeed, the clerk of this court of record can be called upon to file the court’s record. But, obvious to me, this is not what is sought, as is apparent when one reads Mr. Orsborn’s letter. Mr. Orsborn wants to know which affidavits were admitted and formed therefore part of the record once the evidentiary interlocutory decisions had been made. He also wants to know if the court relied on evidence that it had decided not to receive or on evidence that was not properly before the court for any other reason. Putting the question in other words: how did you rule on the admissibility of the affidavits the previous panel had reserved on, and, did you rely on evidence that was not properly before you?

aimerions comprendre pourquoi les affidavits (et les contre-interrogatoires) d’éventuels témoins policiers n’ont pas été admis, étant donné l’importance que peuvent avoir ces témoins pour déterminer pourquoi des témoins de 1971 reviennent maintenant sur leurs dépositions.

Dans ses motifs, le juge McLachlin a exposé de façon assez détaillée les événements qui ont entouré la présentation de nouveaux éléments de preuve. Il faut souligner le fait qu’on n’a pas statué sur les demandes d’admission en preuve de l’un ou l’autre des affidavits présentés. La décision de ne pas statuer a été prise par un banc différent de celui qui a entendu les témoignages et qui a rendu une décision sur le renvoi. En statuant sur le fond du renvoi, les juges n’ont pas indiqué s’ils ont finalement admis comme faisant partie du dossier l’un ou l’autre des affidavits ou tous les affidavits présentés. Un autre sujet d’intérêt pour la Commission est le fait que les motifs des juges font état de certains affidavits alors que les transcriptions semblent indiquer que la cour ne les aurait pas eus devant elle. Dans ces circonstances particulières, la question portant sur le [TRADUCTION] «contenu du dossier sur lequel la cour s’est fondée pour arriver à ses conclusions» peut signifier l’une de deux choses. Elle peut signifier quel était le contenu du dossier dont disposait la cour lorsqu’elle s’est retirée sans statuer? Si c’est là la question qu’il faut se poser, il n’est sûrement pas nécessaire de convoquer les juges. En fait, le greffier de cette cour d’archives peut être convoqué pour produire le dossier de la cour. Mais il me paraît évident que ce n’est pas ce qu’on cherche à obtenir, comme cela ressort de la lecture de la lettre de M<sup>e</sup> Orsborn. Ce dernier veut savoir quels affidavits ont été admis et faisaient donc partie du dossier lorsque les décisions interlocutoires relatives à la preuve eurent été rendues. Il veut également savoir si la cour s’est fondée sur des éléments de preuve qu’elle avait décidé de ne pas admettre ou sur des éléments de preuve dont elle n’était pas régulièrement saisie pour quelque autre raison. En d’autres termes, quelle a été votre décision sur l’admissibilité des affidavits à l’égard desquels le banc précédent n’avait pas rendu de décision et vous êtes-vous fondés sur des éléments de preuve dont vous n’étiez pas régulièrement saisis?



What evidence a court relies on for arriving at a given conclusion is an integral part of the adjudicative process. This requires decisions pertaining to the admissibility of evidence, and then an assessment of the weight to be given to it and its effect on the outcome of the case applying the rules pertaining to the burden of presentation of proof and that of persuasion. The extent to which a court reveals these matters in a judgment is equally an integral part of the adjudicative process. Of course, courts should normally disclose in their judgment the basis for their decisions and, when relevant, the evidence it has decided to rely upon. However, if a court chooses not to do so, it may well, in some circumstances though surely not in all, have failed in its adjudicative duties but not in any administrative duty, and the justices cannot be compelled by the executive as witnesses to clarify and add to their judgment.

There are procedures through which courts can be invited to do so, such as applications for rehearings where courts are asked to reopen the case and make determinations they have overlooked; there are also the various review and appeal procedures where such *lacunae* can to varying degrees be remedied. To these adjudicative problems there are only judicial remedies, with the exception of disciplinary measures, which of course, are not at issue in this case. But, as regards the justices, they enjoy in that aspect of their functions absolute immunity against being compelled as witnesses before a commission of inquiry such as this one.

The "first question" is that which is intended to be put to the Chief Justice, asking him why Pace J.A. was made part of the panel. A Chief Justice's reasons for determining who sits on which case needs to be protected from inquiries and for that reason, benefits from the judicial privilege. But, as Cory J. states, it is a qualified privilege. In, but only in, exceptional circumstances this privilege will have to give way to disclosure. In my view, the

Les éléments de preuve sur lesquels une cour se fonde pour arriver à une conclusion donnée font partie intégrante du processus décisionnel. Cela nécessite la prise de décisions sur l'admissibilité de la preuve puis une appréciation du poids qu'il faut lui accorder et de son effet sur l'issue de l'affaire en appliquant les règles relatives au fardeau de présentation de la preuve et de persuasion. La mesure dans laquelle une cour révèle ces choses dans un jugement fait également partie intégrante du processus décisionnel. Évidemment les tribunaux devraient normalement révéler dans leur jugement le fondement de leurs décisions et, lorsque cela est pertinent, les éléments de preuve sur lesquels ils ont décidé de se fonder. Cependant, si une cour choisit de ne pas le faire, elle peut bien, dans certains cas mais sûrement pas dans tous les cas, avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions décisionnelles mais non dans celui de ses fonctions administratives et le pouvoir exécutif ne peut pas contraindre les juges à témoigner pour apporter des clarifications ou ajouter quelque chose à leur jugement.

Il existe des procédures par lesquelles les cours peuvent être invitées à le faire, comme des demandes de nouvelles auditions où on leur demande de rouvrir l'affaire et de rendre des décisions qu'elles ont négligé de rendre; il y a également les diverses procédures de révision et d'appel qui permettent de remédier plus ou moins à ces lacunes. À ces problèmes en matière décisionnelle, il n'y a que des remèdes judiciaires, à l'exception de mesures disciplinaires, qui évidemment ne sont pas en cause en l'espèce. Mais, en ce qui concerne les juges, ils jouissent sous cet aspect de leurs fonctions d'une immunité absolue en vertu de laquelle ils ne peuvent être contraints à témoigner devant une commission d'enquête comme celle-ci.

La «première question» est celle qu'on veut poser au Juge en chef, savoir pourquoi le juge Pace a fait partie du banc. Les raisons pour lesquelles un juge en chef détermine qui siège dans une affaire donnée doivent échapper aux enquêtes et, pour cette raison, elles bénéficient de l'immunité judiciaire. Mais comme le dit le juge Cory, il s'agit d'un privilège restreint. Dans des circonstances exceptionnelles, mais seulement dans ces circons-

only situation where this may, but not always, occur, is when an investigation into the conduct or integrity of the Chief Justice or other justices is being conducted.

Since this commission of inquiry has no power to investigate into the conduct or integrity of judges, a matter that is for the federally created Canadian Judicial Council, the Commission is not empowered to ask any questions pertaining to the composition of a particular bench and the reasons for which it was set up in a particular manner.

I hasten to add that the preceding considerations are in no way intended to indicate my views as to whether there was here any failure as regards adjudicative duties, any improper conduct on the part of the justices, or whether an inquiry into the conduct of the judges should or should not be carried out by the Canadian Judicial Council. They are only in answer to the issues raised by the Commission's attempt to require the justices to answer certain questions that could only, when appropriate, be put to them in that setting and by that body.

In the result, I would dismiss these appeals.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I write in support of the judgment of my colleague, Justice Cory, on these appeals. I agree with him and with my other colleagues, that the judiciary enjoys an absolute immunity with respect to its adjudicative function. I also agree with him that the judiciary's immunity with respect to its administrative function is not absolute and that it must give way in circumstances where the administration of justice is itself under review by a body with the constitutional authority to undertake such a review. It would be anomalous indeed if in a case such as the present all aspects of the justice system leading up to the wrongful conviction of Mr. Marshall, his subsequent release and his receipt of compensation

tances, ce privilège devra céder le pas à la divulgation. À mon avis, la seule situation où cela peut se produire, sans que ce soit toujours nécessairement le cas, est lorsqu'est menée une enquête sur la conduite ou l'intégrité du Juge en chef ou d'autres juges.

Puisque cette commission d'enquête n'a pas le pouvoir d'enquêter sur la conduite ou l'intégrité de juges, un sujet qui est réservé au Conseil canadien de la magistrature créé par le fédéral, celle-ci n'est pas habilitée à poser des questions concernant la composition d'un banc donné et les raisons justifiant la façon dont il a été constitué.

Je m'empresse d'ajouter que les considérations qui précèdent ne visent nullement à faire connaître mon opinion sur la question de savoir si une faute a été commise en l'espèce sur le plan des fonctions décisionnelles, s'il y a eu conduite irrégulière de la part des juges ou si une enquête sur la conduite des juges devrait ou ne devrait pas être effectuée par le Conseil canadien de la magistrature. Elles ne constituent que des réponses aux questions soulevées par la tentative de la Commission de contraindre les juges à répondre à certaines questions qui ne pourraient, s'il y a lieu, leur être posées que dans ce contexte et que par cet organisme.

En définitive, je suis d'avis de rejeter ces pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—Par les présents motifs, je viens appuyer l'opinion exprimée en l'espèce par mon collègue le juge Cory. Je suis d'accord avec lui et avec mes autres collègues pour dire que le pouvoir judiciaire jouit d'une immunité absolue dans l'exercice de sa fonction décisionnelle. Je suis également d'accord avec lui pour dire que l'immunité du pouvoir judiciaire dans l'exercice de sa fonction administrative n'est pas absolue et qu'elle doit céder le pas lorsque l'administration de la justice fait elle-même l'objet d'un examen par un organisme constitutionnellement habilité à y procéder. D'ailleurs, il serait anormal que, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, la Commission puisse faire enquête sur tous les aspects du système de justice qui ont conduit à la déclaration erronée de culpabilité de M. Marshall, à sa libération subséquente et à son

could be inquired into by the Commission except the administrative decisions made by the judiciary.

I appreciate the concern expressed by my colleague, Justice McLachlin, that it would seriously undermine the independence of the judiciary from the executive branch of government if the executive could control or interfere with the authority of Chief Justices to assign judges to sit on particular cases. But in my view the judiciary's qualified immunity in respect of administrative matters would preclude this. This is not, however, the issue confronting us. What the Commission wishes to do, as I understand it, is inquire into why the former Attorney General was assigned to the panel given the *prima facie* case of lack of impartiality on his part. In other words, we have here a public perception that, in the absence of a satisfactory explanation, this may have been one of the things which went wrong in the Marshall case. I believe that since the very purpose of the Marshall inquiry is to find out what went wrong in the Marshall case, the public interest requires that this question be asked and answered.

I do not share the fear expressed by McLachlin J. that, if the Chief Justice of Nova Scotia is required to answer this question, Chief Justices generally will be impaired in their freedom to assign judges to particular cases. In this connection two important facts must be borne in mind. The first is that the question is sought to be asked in the context of an investigation into the administration of justice triggered by the fact that the system in some way went awry. This does not happen very often but, when it does, it is obviously a matter of great public concern. The second important fact is that we are dealing here with a *prima facie* case of lack of impartiality. If the question is not asked and answered in a satisfactory way the public perception may well be that the composition of the panel was a factor in the reasons for judgment of the Court of Appeal and in the quantum of compensation ultimately awarded to Mr. Marshall. When there is a real risk that judicial immunity may be perceived by the public

indemnisation, sauf sur les décisions administratives prises par le pouvoir judiciaire.

Je suis consciente de la crainte, exprimée par ma collègue le juge McLachlin, que l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport à l'organe exécutif du gouvernement soit minée sérieusement si le pouvoir exécutif peut contrôler ou entraver le pouvoir des juges en chef d'assigner des juges à des causes données. Mais à mon avis, l'immunité restreinte dont jouit le pouvoir judiciaire à l'égard des questions administratives empêcherait que cela se produise. Telle n'est pas cependant la question qui se pose à nous. Ce que la Commission veut faire, si je comprends bien, c'est enquêter sur les raisons pour lesquelles l'ancien procureur général a été désigné pour siéger malgré la preuve suffisante à première vue d'un manque d'impartialité de sa part. En d'autres termes, le public a ici l'impression que, sous réserve d'une explication satisfaisante, cela peut avoir été l'une des choses qui ont mal fonctionné dans l'affaire Marshall. Je crois que puisque l'enquête Marshall a véritablement pour objet de découvrir ce qui a mal fonctionné dans l'affaire Marshall, il y va de l'intérêt public que cette question soit posée et qu'elle reçoive une réponse.

Je ne partage pas la crainte exprimée par le juge McLachlin que si le Juge en chef de la Nouvelle-Écosse est forcé de répondre à cette question, il y ait atteinte à la liberté qu'ont les juges en chef en général d'assigner des juges à des causes données. À cet égard, il faut avoir à l'esprit deux faits importants. Le premier est qu'on cherche à poser la question dans le cadre d'une enquête sur l'administration de la justice qui résulte du fait que quelque chose a mal fonctionné dans le système. Une telle situation n'est pas monnaie courante, mais il va sans dire que si elle se présente, il en résulte de vives inquiétudes chez le public. Le second fait d'importance est que nous avons affaire en l'espèce à une preuve suffisante à première vue d'un manque d'impartialité. Si la question n'est pas posée et ne reçoit pas une réponse satisfaisante, le public pourra bien avoir l'impression que la composition du banc y est pour quelque chose dans les motifs de jugement de la Cour d'appel et dans le montant de l'indemnité que M. Marshall a

as being advanced for the protection of the judiciary rather than for the protection of the justice system, the public interest in my view requires that the question be asked and answered.

I also agree with Cory J. that the Commission cannot determine whether justice was properly administered in the Marshall case if questions cannot be put to the Court of Appeal as to the content of the record on which its decision was reached. I agree with my colleague, Justice Lamer, that the judges cannot be asked why the final record ended up as it did. In other words, the judges cannot be asked why they admitted this and rejected that because this goes directly to their adjudicative function as to which they enjoy an absolute immunity. They can, however, in my view, be asked what as a factual matter comprised the final record for purposes of their decision. The record is, after all, the substratum upon which justice is administered in any case.

I have read with interest the reasons of my colleague, Justice La Forest, expressing concern over what he sees as an additional constitutional issue raised by this case. In my view, a distinction must be made between a Commission created for the purpose of inquiring into the administration of justice in a province and a Commission or other entity created for the purpose of looking into the conduct of judges. In the case of the latter I completely agree with my colleague that we would be clearly in the federal domain. This does not mean, however, that a Commission properly established to conduct an inquiry into the administration of justice in a province must eliminate the administrative decisions made by the judiciary, one of the participants in the administration of justice, from all consideration. To exclude administrative decisions made by the judiciary from the range of issues that such a Commission may consider on the ground that the federal government has already created a body to inquire into complaints against superior court judges would be to construe s. 101 of the *Constitution Act, 1867* and the provisions of the *Judges Act, R.S.C.*,

fini par toucher. Lorsqu'il y a un risque réel que le public ait l'impression que l'immunité judiciaire est invoquée pour protéger le pouvoir judiciaire plutôt que pour protéger le système de justice, l'intérêt public exige à mon avis que la question soit posée et qu'elle reçoive une réponse.

Je conviens également avec le juge Cory que la Commission ne pourra pas déterminer si justice a été rendue régulièrement dans l'affaire Marshall s'il n'est pas permis de poser à la Cour d'appel des questions sur le contenu du dossier sur lequel se fonde sa décision. Je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer pour dire qu'on ne peut demander aux juges des explications sur l'état du dossier définitif. En d'autres termes, on ne peut demander aux juges pourquoi ils ont admis ceci et rejeté cela puisque cela touche directement à leur fonction décisionnelle à l'égard de laquelle ils jouissent d'une immunité absolue. On peut toutefois leur demander en quoi consistait effectivement le dossier définitif pour les fins de leur décision. Le dossier est après tout le substrat sur lequel repose l'administration de la justice dans chaque cas.

J'ai lu avec intérêt les motifs de mon collègue le juge La Forest qui s'inquiète de ce qu'il perçoit comme une autre question constitutionnelle soulevée par le présent pourvoi. À mon avis, il faut établir une distinction entre une commission créée pour enquêter sur l'administration de la justice dans une province et une commission ou autre entité créée pour enquêter sur la conduite de juges. Dans ce dernier cas, je suis entièrement d'accord avec mon collègue pour dire que nous nous trouverions nettement en domaine fédéral. Cela ne signifie pas cependant qu'une commission régulièrement constituée pour enquêter sur l'administration de la justice dans une province doit s'abstenir d'examiner les décisions administratives du pouvoir judiciaire qui est l'un des participants à l'administration de la justice. Exclure les décisions administratives du pouvoir judiciaire du nombre des questions qu'une telle commission peut examiner, pour le motif que le gouvernement fédéral a déjà créé un organisme chargé d'enquêter sur les plaintes portées contre des juges de cours supérieures, reviendrait à attribuer à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux dispositions de la

1985, c. J-1, Part II, in an unusually broad manner that is inconsistent with the purpose and history of s. 92(14) and Part VII of the *Constitution Act, 1867*.

This Court has previously commented on the special status of superior courts, noting that “They cross the dividing line, as it were, in the federal-provincial scheme of division of jurisdiction . . .” (Justice Estey in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 327). Moreover, Professor Hogg has noted that prior to Confederation each of the uniting provinces had its own system of courts, that “All these courts were expressly continued after confederation by s. 129 of the Constitution Act, 1867, and their organization and jurisdiction remained the responsibility of the provinces by virtue of s. 92(14)”: see *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1983), at p. 134. Thus, provincial governments have always had a significant and legitimate interest in the role of superior courts in the administration of justice. While Part VII of the *Constitution Act, 1867* places the responsibility for certain specific matters (such as the appointment of superior court judges) within federal jurisdiction, it certainly does not prevent provinces from inquiring into aspects of the administration of justice that do not fall squarely within Part VII of the *Constitution Act, 1867*. Admittedly, s. 101 of the *Constitution Act, 1867* provides the federal government with power to create courts that are exceptions to the otherwise unitary character of the system governing the administration of justice in Canada and the Canadian Judicial Council is an example of an exceptional body created to deal with complaints regarding the conduct of judges. But issues that are not specifically related to alleged improprieties on the part of judges and that are related to the administration of justice remain, in my view, subject to provincial jurisdiction and may properly be considered by bodies like the Commission.

partie II de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), chap. J-1, un sens exceptionnellement général qui est incompatible avec l’objet et l’historique du par. 92(14) et la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Notre Cour a déjà commenté le statut spécial dont jouissent les cours supérieures, soulignant qu’elles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale . . . » (le juge Estey dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, à la p. 327). En outre, le professeur Hogg a fait observer que chacune des provinces qui se sont unies possédait, avant la Confédération, son propre système de tribunaux et que [TRADUCTION] «L’existence de tous ces tribunaux a été expressément maintenue après la Confédération par l’art. 129 de la Loi constitutionnelle de 1867, leur organisation et leur compétence demeurant sous la responsabilité des provinces en vertu du par. 92(14)»: voir *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 134. Les gouvernements provinciaux ont donc toujours eu un intérêt majeur et légitime dans le rôle joué par les cours supérieures dans l’administration de la justice. Bien que la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* fasse relever certaines matières précises (comme la nomination des juges des cours supérieures) de la compétence fédérale, elle n’empêche sûrement pas les provinces d’enquêter sur les aspects de l’administration de la justice qui ne relèvent pas directement de la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Certes, l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* investit le gouvernement fédéral du pouvoir de créer des tribunaux qui constituent des exceptions au caractère par ailleurs unitaire du système qui régit l’administration de la justice au Canada et le Conseil canadien de la magistrature est un exemple d’organisme exceptionnel créé pour connaître des plaintes concernant la conduite des juges. Cependant, les questions qui n’ont pas trait spécifiquement à des inconvénances de la part de juges et qui ont trait à l’administration de la justice demeurent, selon moi, assujetties à la compétence des provinces et peuvent être examinées à bon droit par un organisme comme la Commission.

This commission is not conducting an inquiry into the conduct of the judges. The questions sought to be asked of them as to the composition of the panel and the content of the record are being raised solely for the purpose of determining where the administration of justice went awry. We cannot pre-judge the answers which might be given if the questions were permitted to be asked. It is in my view totally inappropriate, therefore, to treat this inquiry as if it were an investigation into allegations of impropriety against federally appointed judges. In my view, the only constitutional basis for prohibiting the questions in issue from being asked would be the doctrine of judicial immunity and, for the reasons given, I do not think that in the administrative area the doctrine can prevail over the greater public interest in disclosure in the rather special circumstances of this case.

I accordingly agree with the disposition of these appeals proposed by my colleague, Cory J.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Cory and McLachlin JJ. With respect, I agree with McLachlin J. that the Nova Scotia *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, is not specific enough to override the fundamental principle of judicial immunity from being compelled to testify about the decision-making process or the reasons for the composition of the court in a particular case.

Though the point was not argued, were the Act sufficiently explicit, I would tend to the view that it was, to that extent, beyond the legislative capacity of the province. The judicature provisions in Part VII of the *Constitution Act, 1867* provide the constitutional underpinnings for the independence of the judiciary; the classic discussion of these provisions is of course that of Professor W. R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139. These provisions comprise a virtual code governing the constitutional status of the superior courts, and it

Cette commission ne procède pas à une enquête sur la conduite des juges. Les questions qu'on veut leur poser au sujet de la composition du banc et du contenu du dossier ne visent qu'à déterminer à quel moment l'administration de la justice a fait défaut. Nous ne saurions préjuger les réponses qui pourraient être données si on permettait que les questions soient posées. Donc, il ne convient absolument pas, à mon avis, de traiter cette enquête comme si elle portait sur des allégations d'inconvenance de la part de juges nommés par le fédéral. À mon avis, le seul fondement constitutionnel qui justifierait d'interdire de poser les questions en cause serait le principe de l'immunité judiciaire et, pour les motifs que j'ai exposés, je ne crois pas que sur le plan administratif ce principe puisse l'emporter sur l'intérêt supérieur qu'a le public à ce qu'il y ait divulgation dans les circonstances plutôt particulières de l'espèce.

En conséquence, je suis d'accord avec la façon dont mon collègue le juge Cory propose de trancher ces pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Cory et McLachlin. En toute déférence, je suis d'accord avec le juge McLachlin pour dire que la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, de la Nouvelle-Écosse n'est pas assez spécifique pour écarter le principe fondamental selon lequel les juges sont exemptés de l'obligation de témoigner relativement au processus décisionnel ou aux motifs de la composition de la cour dans un cas donné.

Bien que ce point n'ait pas été débattu, si la Loi avait été suffisamment explicite, j'aurais été porté à croire que, dans cette mesure, elle excédait la compétence législative de la province. Les dispositions relatives au système judiciaire que contient la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* établissent le fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire; l'analyse classique de ces dispositions est évidemment celle que fait le professeur W. R. Lederman dans son article intitulé, «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139. Ces dispositions

is significant that all the powers relating to them are at the federal level, whether it be appointment (s. 96), tenure during good behaviour until 75 with the power of removal provided at the highest level (s. 99), and the fixing of salaries, allowances and pensions by Parliament (s. 100). In my view, the status and independence, and judicial functions of these judges thereby fall outside provincial competence, though a province may, of course, legislate in respect of their purely administrative functions under its power to legislate respecting the administration of justice (s. 92(14), *Constitution Act, 1867*).

In speaking of the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867* as a code, I do not mean to suggest that there is no constitutional room for mechanisms for dealing with inquiries or complaints relating to the performance of judicial functions that are either not sufficiently serious as to warrant proceedings for removal, or which may precede or assist the conduct but not constitute an impediment to the proper functioning of such proceedings, or effectively amount to a substitute for them. The size and complexity of the judicial system have now become too substantial to consider each judge to be completely independent or "sovereign" in Douglas J.'s phrase (dissenting in *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970), at p. 136). Sole reliance on the power of removal to deal with such issues is no longer realistic. Though I take Douglas J.'s point that every judge must work in an institutional setting that supports judicial independence even from other judges, I agree with Cory J. that there is need for credible complaint procedures to ensure continued public confidence in the administration of justice. In my view, since this matter appears, as I noted, to fall outside provincial competence so far as it affects the status, independence and judicial functions of superior court judges, the federal Parliament may, under its general power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, legislate in this area; see *Landreville v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 726 (T.D.), per

renferment un véritable code régissant le statut constitutionnel des cours supérieures et il est révélateur que tous les pouvoirs y relatifs soient conférés au gouvernement fédéral, qu'il s'agisse de la nomination (art. 96), de la durée des fonctions à titre inamovible jusqu'à l'âge de 75 ans, assortie du pouvoir de révocation accordé au plus haut niveau gouvernemental (art. 99), et de l'établissement des traitements, allocations et pensions (art. 100). À mon avis, le statut, l'indépendance et les fonctions judiciaires de ces juges échappent ainsi à la compétence provinciale, même si une province peut évidemment légiférer relativement à leurs fonctions purement administratives en vertu de sa compétence législative en matière d'administration de la justice (par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*).

Quand je qualifie de code les dispositions relatives au système judiciaire que contient la *Loi constitutionnelle de 1867*, je ne veux pas dire qu'il ne peut y avoir, sur le plan constitutionnel, des mécanismes permettant de traiter d'enquêtes ou de plaintes relatives à l'exercice de fonctions judiciaires qui ne sont pas assez sérieuses pour justifier des procédures de révocation, ou pouvant précéder ou faciliter la conduite de ces procédures sans toutefois empêcher leur bon fonctionnement ou les remplacer en réalité. La taille et la complexité du système judiciaire sont maintenant devenues trop importantes pour considérer que chaque juge est complètement indépendant ou «souverain» pour reprendre l'expression du juge Douglas (dissident dans l'arrêt *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970), à la p. 136). Le seul recours au pouvoir de révocation pour régler ces questions litigieuses n'est plus réaliste. Tout en acceptant l'opinion du juge Douglas que chaque juge doit travailler dans un cadre institutionnel qui appuie l'indépendance judiciaire même par rapport à d'autres juges, je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que l'existence de procédures crédibles d'examen des plaintes est nécessaire pour assurer le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice. À mon avis, puisque, comme je l'ai noté, ce sujet paraît échapper à la compétence provinciale dans la mesure où il touche le statut, l'indépendance et les fonctions judiciaires des juges des

Collier J., at p. 746. (I say nothing, however, about whether the Commission considered there met other constitutional requirements.) For certain matters, at least, it may also be necessary or desirable to enlist in aid Parliament's power under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* to create an additional court for the better administration of the laws of Canada. That is what was done when the Canadian Judicial Council (the duties of which include the investigation of complaints and allegations against federally appointed judges) was established in 1971: see *Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, Part II*.

To conclude, bodies which are set up or which in the course of their duties are required to undertake an examination of the conduct of a superior court judge in the exercise of judicial functions must be so constructed as to respect the letter and the underlying purpose of the judicature provisions of the Constitution. Nor can investigatory bodies act in a manner that might materially impair the protection accorded by s. 99 or the independence and impartiality of the judiciary. Many of the points to bear in mind in structuring such bodies are sensitively described in a case cited by Cory J.: *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986). Though the relevant United States constitutional provisions vary to a degree from our own, much of what is said there is equally applicable in this country. While the Commission under consideration is undeniably manned by very able and experienced jurists, they are, of course, not acting in that capacity here, and the institutional structure and modalities of the Commission are not really tailored to the task of inquiring into judicial functions such as those in question in the present case. As a result, quite apart from the division of powers question, such a commission

cours supérieures, le Parlement peut, en vertu du pouvoir général que lui confère l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, légiférer dans ce domaine; voir *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726 (D.P.I.), le juge Collier, à la p. 746. (Je ne dis cependant rien au sujet de la question de savoir si la Commission en cause dans cette affaire respectait d'autres exigences constitutionnelles.) En ce qui concerne certaines matières tout au moins, il peut également être nécessaire ou souhaitable de recourir au pouvoir qu'a le Parlement en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* de constituer une autre cour pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada. C'est ce qui a été fait quand le Conseil canadien de la magistrature (qui a pour fonction notamment d'enquêter sur les plaintes et les allégations visant des juges nommés par le fédéral) a été constitué en 1971; voir la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), chap. J-1, partie II.

Pour conclure, les organismes qui, dans le cours de leurs fonctions, sont appelés à examiner la conduite adoptée par un juge de cour supérieure dans l'exercice de fonctions judiciaires, de même que ceux créés à cette fin, doivent être constitués de manière à respecter la lettre et l'objet fondamental des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire. Les organismes d'enquête ne peuvent pas non plus agir d'une manière susceptible de diminuer sensiblement la protection accordée par l'art. 99 ou l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Un bon nombre des points qu'il faut garder à l'esprit en structurant ces organismes sont décrits avec perspicacité dans un arrêt cité par le juge Cory: *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986). Bien que les dispositions constitutionnelles américaines diffèrent des nôtres jusqu'à un certain point, une bonne partie de ce qu'on y dit est également applicable ici. Bien que la Commission en cause soit indéniablement composée de juristes très compétents et très expérimentés, ceux-ci n'agissent évidemment pas alors en cette qualité, et la structure institutionnelle et les modalités de la Commission ne sont pas réellement façonnées pour enquê-



may well run afoul of the judicature provisions of the Constitution.

I should add that I also agree with McLachlin J.'s views that the Commission's mandate does not trench on the criminal law power.

I would dismiss the appeals.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—These appeals raise the question of whether an investigative commission of inquiry can compel judges involved in the matters being investigated to testify as to the reasons for their judicial decision and the composition of the panel that heard the case.

### Background

#### *The Actors Involved*

It will be useful to first identify the various actors involved in these appeals. On November 5, 1971, Donald Marshall, Jr., a 17-year-old native adolescent boy around whom most of these appeals turn, was convicted of the murder of Sandford William Seale, who had died from knife wounds inflicted on May 28-29, 1971. Marshall consistently maintained his innocence from the day he was first arrested, throughout his trial and subsequent imprisonment, to the date of his eventual release in May of 1983. He was released after favourable resolution of a reference made by the federal Minister of Justice to the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, pursuant to s. 617(b) (now s. 690(b)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He had been in prison some 11 years before his claim of innocence was finally upheld. The failure of the Nova Scotian justice system in Donald Marshall, Jr.'s case led the Attorney General of Nova Scotia in October 1986 to establish a Royal Commission pursuant to the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, with a mandate to inquire into the prosecution of, and

ter sur des fonctions judiciaires comme celles dont il est question en l'espèce. En conséquence, tout à fait indépendamment de la question du partage des compétences, il se peut bien qu'une commission aille à l'encontre des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire.

J'ajouterais que je souscris également à l'opinion du juge McLachlin que le mandat de la Commission n'empiète pas sur la compétence en matière de droit criminel.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Ces pourvois soulèvent la question de savoir si une commission d'enquête peut contraindre des juges qui ont joué un rôle dans les affaires faisant l'objet de l'enquête à témoigner concernant les raisons de leurs décisions et concernant la composition du banc qui a entendu l'affaire.

### Historique

#### *Les participants*

Commençons par décrire les différentes personnes dont il est question dans les présents pourvois. Le 5 novembre 1971, Donald Marshall, fils, un autochtone de 17 ans, qui est visé par la plupart de ces pourvois, a été déclaré coupable du meurtre de Sandford William Seale, décédé après avoir été poignardé à plusieurs reprises dans la nuit du 28 au 29 mai 1971. Depuis le moment de son arrestation, au cours de son procès, pendant son incarcération jusqu'à son élargissement en mai 1983, Marshall a toujours protesté de son innocence. Il a été mis en liberté à la suite d'une décision favorable rendue au sujet d'un renvoi adressé par le ministre fédéral de la Justice à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, conformément à l'al. 617(b) (maintenant l'al. 690(b)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Il avait purgé quelque 11 années de sa peine d'emprisonnement avant que son innocence soit finalement reconnue. Devant la défaillance du système de justice de la Nouvelle-Écosse dans le cas de Donald Marshall, fils, le procureur général de ladite province a établi en octobre 1986, conformé-

subsequent handling of, Donald Marshall, Jr.'s case.

T. Alexander Hickman (Chief Justice of the Trial Division, Supreme Court of Newfoundland), Lawrence A. Poitras (Associate Chief Justice of the Superior Court of Québec) and Gregory Thomas Evans (Justice of the High Court of Ontario) are the Commissioners appointed by the Attorney General of Nova Scotia under the *Public Inquiries Act* to inquire into the prosecution of Donald Marshall, Jr.

Ian M. MacKeigan (Chief Justice of Nova Scotia (as he then was)), Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and Leonard Pace are the five judges who heard and determined the Reference of Donald Marshall, Jr.'s conviction. It should be noted that Pace J.A. was the Attorney General of Nova Scotia at the time that Marshall was convicted.

The Attorney General is the last actor involved in these proceedings. He appears before this Court as the representative of Her Majesty's Government for the province of Nova Scotia.

*The Trial of Donald Marshall, Jr. and the Immediately Ensuing Events*

As I have already mentioned, Donald Marshall, Jr. was wrongly convicted of a murder he did not commit. During his trial, two "eye witnesses", Maynard Chant and John Pratico, testified that they saw Marshall stab Seale. Another witness, Patricia Harriss, testified that she had seen Seale and Marshall together in the area where the stabbing of Seale occurred just prior to the time of that incident. Marshall testified in his own defence that he and Seale had a conversation with two people who were dressed like priests and that one of these people had stabbed Seale.

Ten days after Marshall's conviction, James MacNeil went to the Sydney police and advised that on the night of the stabbing, he and Roy

ment à la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, une commission royale chargée d'enquêter sur la façon dont les poursuites contre Donald Marshall, fils, ont été menées et dont son dossier a été traité par la suite.

T. Alexander Hickman (Juge en chef de la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve), Lawrence A. Poitras (Juge en chef adjoint de la Cour supérieure du Québec) et Gregory Thomas Evans (juge de la Haute Cour de l'Ontario) sont les commissaires que le procureur général de la Nouvelle-Écosse a nommés, en vertu de la *Public Inquiries Act*, pour enquêter sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, fils.

Ian M. MacKeigan (alors Juge en chef de la Nouvelle-Écosse), Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et Leonard Pace sont les cinq juges qui ont entendu et tranché le renvoi relatif au verdict de culpabilité prononcé contre Donald Marshall, fils. Il convient de noter que le juge Pace était procureur général de la Nouvelle-Écosse à l'époque où Marshall a été déclaré coupable.

Finalement, il y a le procureur général. Celui-ci comparaît devant notre Cour en qualité de représentant du gouvernement de Sa Majesté pour la province de la Nouvelle-Écosse.

*Le procès de Donald Marshall, fils, et les événements qui ont suivi immédiatement*

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, Donald Marshall, fils, a été erronément déclaré coupable d'un meurtre qu'il n'a pas commis. Au cours de son procès, deux «témoins oculaires», Maynard Chant et John Pratico, ont affirmé avoir vu Marshall poignarder Seale. Un autre témoin, Patricia Harriss, a déclaré avoir vu Seale et Marshall ensemble dans le secteur où Seale a été poignardé, et ce, juste avant l'incident. Marshall a témoigné pour sa propre défense que Seale et lui-même avaient eu une conversation avec deux personnes vêtues comme des prêtres et qu'une de celles-ci avait poignardé Seale.

Dix jours après la déclaration de culpabilité de Marshall, James MacNeil s'est présenté à la police de Sydney et a affirmé que, le soir du meurtre,

Ebsary were attacked by Seale and Marshall and that Seale had been stabbed by Ebsary during the robbery attempt. MacNeil and Ebsary were the two individuals who matched the description given at trial by Marshall and given to the Sydney police by Marshall the day following the stabbing. Neither MacNeil nor Ebsary had been located during the investigation or prior to the trial.

On the same day that MacNeil made these admissions to the Sydney police, the police located and interviewed Ebsary and some of his relatives. They reported to the Crown Prosecutor who, in turn, reported to his superiors in the Attorney General's office in Halifax. The Attorney General at this time was the Honourable Leonard Pace. The investigation was turned over to the R.C.M.P.

The R.C.M.P. conducted polygraph tests of MacNeil and Ebsary and concluded that Ebsary was telling the truth when he said that he had not stabbed Seale and that MacNeil's evidence was inconclusive. The results of these tests were relayed to the Crown Prosecutor and, according to evidence now before the Commission, from the Crown Prosecutor to the Attorney General's office, possibly to Attorney General Pace himself. The Crown Prosecutor is now dead and, therefore, unavailable to testify as to this possible conversation with Attorney General Pace.

*The Re-investigations and the Reference to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia*

In 1982, Marshall's lawyer provided the Sydney police with new information. They asked the R.C.M.P. and Crown Prosecutor of Cape Breton to carry out a second investigation of the Marshall affair. During this investigation, former witnesses Chant, Pratico and Harriss all recanted their evidence at trial and stated that they had been under pressure by certain members of the Sydney Police Department to tell the stories they had told at trial. On the basis of this fresh evidence, the federal Minister of Justice, the Honourable Jean Chrétien, referred the conviction to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia,

Roy Ebsary et lui-même avaient été attaqués par Seale et Marshall et qu'Ebsary avait poignardé Seale pendant la tentative de vol. MacNeil et Ebsary étaient les deux individus qui répondaient à la description que Marshall avait donnée au procès et qu'il avait également donnée à la police de Sydney le lendemain du meurtre. Ni MacNeil ni Ebsary n'avaient été retracés au cours de l'enquête ni avant le procès.

Le jour même où MacNeil a fait ses aveux à la police de Sydney, la police a retracé et interrogé Ebsary et certains membres de sa parenté. Elle a fait rapport au substitut du procureur général qui, à son tour, a fait rapport à ses supérieurs au bureau du procureur général à Halifax. À l'époque, le procureur général était l'honorable Leonard Pace. L'enquête a été confiée à la GRC.

La GRC a fait subir des tests polygraphiques à MacNeil et à Ebsary et a conclu qu'Ebsary disait la vérité quand il affirmait ne pas avoir poignardé Seale et que le témoignage de MacNeil n'était pas concluant. Les résultats de ces tests ont été remis au substitut du procureur général qui, suivant la preuve maintenant devant la Commission, les a remis au bureau du procureur général, peut-être au procureur général Pace lui-même. Étant maintenant décédé, le substitut du procureur général n'est donc plus là pour témoigner quant à la conversation qu'il a pu avoir avec le procureur général Pace.

*Les nouvelles enquêtes et le renvoi à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse*

En 1982, l'avocat de Marshall a fourni de nouveaux renseignements à la police de Sydney. Celle-ci a demandé à la GRC et au substitut du procureur général du Cap Breton d'ouvrir une seconde enquête sur l'affaire Marshall. Au cours de cette enquête, les témoins Chant, Pratico et Harriss sont tous revenus sur le témoignage qu'ils avaient donné au procès et ont affirmé qu'ils avaient subi des pressions de la part de certains membres du service de police de Sydney pour qu'ils fassent les récits qu'ils avaient faits au procès. Sur la foi de ces nouveaux éléments de preuve, le ministre fédéral de la Justice, l'honora-

pursuant to s. 617(b) of the *Criminal Code*, for a redetermination.

Both Marshall and the Crown applied for leave to introduce fresh evidence. Affidavits in support of the applications were filed from Chant, Pratico and Harriss, John F. MacIntyre and William Urquhart (Sydney Police Officers in charge of the Marshall investigation), Stephen Aronson, Dr. M. A. Mian, Terence Patrick Gushue, Barbara Mary Floyd, Sandra V. Cotie, James William MacNeil, Gregory Allan Ebsary, Mary P. Ebsary, Wayne Robert Magee, Donna Elaine Ebsary, Adolphus James Evers, Keith Beaver, George William MacNeil, Simon J. Khattar, C. M. Rosenblum, Harry F. Wheaton and Donald Marshall, Jr. The applications were heard by a bench consisting of the Chief Justice and Hart, Jones, Morrison and Macdonald J.J.A. The applications were allowed in respect of certain witnesses, namely Marshall himself, Chant, Harriss, James MacNeil, Donna Ebsary, Gregory Ebsary and Adolphus Evers. In respect of the other applications to introduce fresh evidence, both oral or by way of affidavits, the Court said:

We reserve decision on the applications made today for the examination of persons other than those named above. We also reserve decision on the applications to receive in evidence any of the affidavits tendered.

The Court then heard evidence on December 1 and 2, 1982. The Bench consisted of the Chief Justice and Hart, Jones, Macdonald and Pace J.J.A.

On May 10, 1983, the Court of Appeal rendered its judgment. It quashed Marshall's conviction and directed an acquittal. At the end of its judgment, the Court makes the following comments ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286, at pp. 321-22):

Donald Marshall, Jr. was convicted of murder and served a lengthy period of incarceration. That conviction is now to be set aside. Any miscarriage of justice is, however, more apparent than real.

ble Jean Chrétien, a renvoyé la déclaration de culpabilité à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, conformément à l'al. 617b) du *Code criminel*, pour qu'elle rende  
a une nouvelle décision.

Marshall et le ministère public ont demandé l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve. Des affidavits à l'appui de ces demandes ont été produits par Chant, Pratico et Harriss, John F. MacIntyre et William Urquhart (les agents de la police de Sydney chargés de l'enquête Marshall), Stephen Aronson, le Dr M. A. Mian, Terence Patrick Gushue, Barbara Mary Floyd, Sandra V. Cotie, James William MacNeil, Gregory Allan Ebsary, Mary P. Ebsary, Wayne Robert Magee, Donna Elaine Ebsary, Adolphus James Evers, Keith Beaver, George William MacNeil, Simon J. Khattar, C. M. Rosenblum, Harry F. Wheaton et Donald Marshall, fils. Le Juge en chef et les juges Hart, Jones, Morrison et Macdonald ont procédé à l'audition des demandes qui ont été accueillies à l'égard de certains témoins, savoir Marshall lui-même, Chant, Harriss, James MacNeil, Donna Ebsary, Gregory Ebsary et Adolphus Evers. Quant aux autres demandes d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, oralement ou par voie d'affidavits, la cour a dit:

[TRADUCTION] Nous ne rendons pas de décision sur les demandes présentées aujourd'hui en vue d'obtenir l'autorisation d'interroger des personnes autres que celles susnommées. Nous ne statuons pas non plus sur les demandes d'admission en preuve de l'un ou l'autre des affidavits présentés.

La cour a alors entendu les témoignages les 1<sup>er</sup> et 2 décembre 1982. Elle était composée du Juge en chef et des juges Hart, Jones, Macdonald et Pace.

La Cour d'appel a rendu son jugement le 10 mai 1983. Elle a annulé la déclaration de culpabilité de Marshall et ordonné un acquittement. À la fin de son jugement, la cour fait les commentaires suivants ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286, aux pp. 321 et 322):

[TRADUCTION] Donald Marshall, fils, a été déclaré coupable de meurtre et a purgé une longue période d'incarcération. Cette déclaration de culpabilité est maintenant annulée. Toute erreur judiciaire est cependant plus apparente que réelle.

In attempting to defend himself against the charge of murder Mr. Marshall admittedly committed perjury for which he still could be charged.

By lying he helped secure his own conviction. He misled his lawyers and presented to the jury a version of the facts he now says is false, a version that was so far-fetched as to be incapable of belief.

By planning a robbery with the aid of Mr. Seale he triggered a series of events which unfortunately ended in the death of Mr. Seale.

By hiding the facts from his lawyers and the police Mr. Marshall effectively prevented development of the only defence available to him, namely, that during a robbery Seale was stabbed by one of the intended victims. He now says that he knew approximately where the man lived who stabbed Seale and had a pretty good description of him. With this information the truth of the matter might well have been uncovered by the police.

Even at the time of taking the fresh evidence, although he had little more to lose and much to gain if he could obtain his acquittal, Mr. Marshall was far from being straightforward on the stand. He continued to be evasive about the robbery and assault and even refused to answer questions until the court ordered him to do so. There can be no doubt but that Donald Marshall's untruthfulness through this whole affair contributed in large measure to his conviction.

We accordingly allow the appeal, quash the conviction and direct that a verdict of acquittal be entered. [Emphasis added.]

After his acquittal, Marshall's solicitors sought compensation from federal and provincial authorities for the time that Marshall had spent in prison. Marshall was eventually paid approximately \$250,000 by the provincial government and executed a complete release of all claims he might have against that government. It is evident from the materials before the Court, however, that the comments of the Court of Appeal had an impact on the *quantum* of that payment.

#### *The Institution of the Royal Commission*

On October 28, 1986, the Governor in Council instituted the present Royal Commission with a mandate to "inquire into, report [their] findings,

En tentant de se défendre contre l'accusation de meurtre, M. Marshall a de son propre aveu commis un parjure qui peut encore faire l'objet d'accusations.

En mentant, il a contribué à sa propre déclaration de culpabilité. Il a trompé ses avocats et a présenté au jury une version des faits qu'il qualifie maintenant de fausse, une version tellement tirée par les cheveux qu'il était impossible de la croire.

En préparant un vol avec l'aide de M. Seale, il a déclenché une série d'événements qui se sont malheureusement terminés par la mort de M. Seale.

En cachant les faits à ses avocats et à la police, M. Marshall a en fait empêché la préparation du seul moyen de défense dont il pouvait se prévaloir, savoir qu'au cours d'un vol Seale a été poignardé par une des victimes visées. Il affirme maintenant qu'il savait à peu près où demeurait l'homme qui a poignardé Seale et qu'il avait une assez bonne description de lui. Si ces renseignements avaient été fournis, la police aurait bien pu découvrir la vérité.

Même lorsqu'on a recueilli les nouveaux éléments de preuve, quoiqu'il ait eu bien peu à perdre et beaucoup à gagner s'il pouvait obtenir un acquittement, M. Marshall a été loin d'être franc à la barre des témoins. Il a continué d'être évasif au sujet du vol et de l'agression et a même refusé de répondre à des questions jusqu'à ce que la cour lui ordonne de le faire. Il ne peut y avoir de doute que le manque de franchise de Donald Marshall tout au long de cette affaire a contribué dans une large mesure à sa déclaration de culpabilité.

Nous accueillons donc l'appel, annulons la déclaration de culpabilité et ordonnons l'inscription d'un verdict d'acquittal. [Je souligne.]

Après l'acquittal de leur client, les procureurs de Marshall ont demandé aux autorités fédérales et provinciales le versement d'une indemnité pour le temps qu'il avait passé en prison. Le gouvernement provincial a finalement versé environ 250 000 \$ à Marshall qui a signé une renonciation complète à toutes les réclamations qu'il pourrait avoir contre ce gouvernement. Il ressort cependant des documents dont dispose notre Cour que les commentaires de la Cour d'appel ont eu des répercussions sur le montant de ce versement.

#### *L'établissement de la Commission royale*

Le 28 octobre 1986, le gouverneur en conseil a établi la présente commission royale chargée [TRA-DUCTION] «d'enquêter, de faire rapport de ses

and make recommendations to the Governor in Council respecting the investigation of the death of Sandford William Seale on the 28th-29th day of May, A.D., 1971; the charging and prosecution of Donald Marshall, Jr. with that death; the subsequent conviction and sentencing of Donald Marshall, Jr. for the non-capital murder of Sandford William Seale for which he was subsequently found to be not guilty; and such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry”.

In his opening remarks on September 9, 1987, Chairperson Hickman cited these terms of reference and stated:

These Terms of Reference, therefore, include the murder investigation, the charging of Mr. Marshall, the conduct of the trial and the appeal, Mr. Marshall's years in prison, the eventual acquittal by the Nova Scotia Court of Appeal and the process through which compensation was granted to him in 1984. The R.C.M.P. reinvestigations of Mr. Seale's murder will also be reviewed. This will cover the period from the time . . . of Mr. Seale's death in 1971 to the time this Royal Commission was appointed.

In order to develop meaningful recommendations, all contributing factors must be carefully and critically examined in the context of the current state of administration of justice in Nova Scotia. As I indicated in my opening statement at the Hearings held in May, to consider the matter of funding, we will also examine among other things, the role of the Attorney General as a member of Cabinet, the relationship of Crown prosecutors with defence counsel and with the police, as well as related matters. In addition, I advised that we intend to give consideration to the allegations that minorities of this Province are not treated equitably by the Justice system. It is our ultimate aim to make recommendations which will ensure that the unfortunate events surrounding Mr. Marshall will not be repeated; to do this we must satisfy ourselves that the present state of the administration of criminal justice in Nova Scotia is sound. We will not avoid a discussion of these issues.

In the same opening remarks, the Commission indicated that it had given full standing to, amongst others, Donald Marshall, Jr. and the

conclusions et de formuler des recommandations au gouverneur en conseil au sujet de l'enquête sur le décès de Sandford William Seale survenu le 28 ou le 29 mai 1971, de l'inculpation de Donald Marshall, fils, et des poursuites engagées contre lui relativement à ce décès, du verdict de culpabilité subséquemment rendu contre Donald Marshall, fils, et de sa condamnation pour le meurtre non qualifié de Sandford William Seale, infraction dont il a par la suite été déclaré non coupable, et au sujet d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête».

Dans ses remarques préliminaires le 9 septembre 1987, le président Hickman a cité ce mandat et affirmé:

[TRADUCTION] Ce mandat comprend donc l'enquête sur le meurtre, l'inculpation de M. Marshall, la tenue du procès et de l'appel, les années que M. Marshall a passées en prison, l'acquittement prononcé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et le processus qui a amené le versement de l'indemnité en 1984. Les nouvelles enquêtes menées par la GRC sur le meurtre de M. Seale seront également examinées. Cela portera sur la période allant du moment où M. Seale est décédé en 1971 jusqu'à l'établissement de la présente commission royale.

Pour formuler des recommandations utiles, tous les éléments contributifs doivent être examinés de manière attentive et critique dans le contexte de l'état actuel de l'administration de la justice en Nouvelle-Écosse. Comme je l'ai signalé dans mon allocution préliminaire à l'audience tenue en mai, nous avons l'intention d'examiner la question du financement et, notamment, le rôle du procureur général en tant que membre du cabinet, les rapports entre les substituts du procureur général et les avocats de la défense et la police ainsi que d'autres questions connexes. J'ai également dit que nous avons l'intention d'examiner les allégations selon lesquelles les minorités de cette province ne sont pas traitées équitablement par la justice. Notre but ultime est de faire des recommandations qui assureront que les événements malheureux touchant M. Marshall ne se répètent pas; pour ce faire, nous devons nous convaincre que l'état actuel de l'administration de la justice criminelle en Nouvelle-Écosse est bon. Nous ne nous soustrairons pas à l'analyse de ces questions.

Dans les mêmes remarques préliminaires, la Commission a indiqué qu'elle avait accordé pleine qualité pour agir, notamment, à Donald Marshall, fils,

Attorney General of Nova Scotia and the Department of the Attorney General.

Earlier, in April of 1987, Attorney General Terence Donahoe himself described the mandate of the Commission in the Legislative Assembly in the following terms:

[The Commissioners'] business is to hear what representations are made to [them] and to make a judgment on the basis of those representations as to what their opinion then is as to the state of the administration of justice during the relevant period of time, namely, the time the unfortunate circumstances implicating or involving Mr. Donald Marshall, Jr. began and the time the commission opens its inquiry.

*The Questions Sought to be Asked of the Reference Justices*

Since the opening of the Commission's Inquiry, it has heard from numerous witnesses, including the witness who believes that he overheard the Crown Prosecutor (now deceased) discuss over the telephone with the then Attorney General Pace the information provided to the police by MacNeil ten days after Marshall's conviction.

As a result of this and other testimony before it, the Commission sought to question the justices who had sat on the Reference. On January 5, 1988, Counsel for the Commission wrote to Justice MacKeigan of the Court of Appeal, and requested his attendance. Similar letters were sent to the other members of the Bench that heard that Reference. The letter to MacKeigan J.A. reads as follows:

January 5, 1988

Hon. Mr. Justice Ian MacKeigan  
Supreme Court of Nova Scotia  
Appeal Division  
1815 Upper Water Street  
Law Courts Building  
Halifax, Nova Scotia  
B3J 1S7

My Lord:

As part of its mandate, the Commission is reviewing the 1982 Reference to the Court of Appeal by the Federal Minister of Justice. As a result of this Reference, the Court set aside Mr. Marshall's 1971 conviction and directed that a verdict of acquittal be entered.

au procureur général de la Nouvelle-Écosse et au ministère du Procureur général.

Plus tôt, en avril 1987, le procureur général Terence Donahoe lui-même avait décrit ainsi le mandat de la Commission devant l'Assemblée législative:

[TRADUCTION] Le rôle [des commissaires] est d'entendre les observations qui [leur] sont présentées et, à partir de ces observations, de porter un jugement sur l'opinion qu'ils se sont formée sur l'état de l'administration de la justice pendant la période en cause, savoir depuis le début des circonstances malheureuses impliquant M. Donald Marshall, fils, jusqu'à l'ouverture de l'enquête de la Commission.

*Les questions qu'on demande à poser aux juges saisis du renvoi*

Depuis le début de l'enquête, la Commission a entendu de nombreux témoins, dont celui qui croit avoir entendu le substitut du procureur général (maintenant décédé) discuter au téléphone avec le procureur général Pace des renseignements que MacNeil avait fournis à la police dix jours après la déclaration de culpabilité de Marshall.

Par suite de ce témoignage et d'autres dépositions, la Commission a cherché à interroger les juges qui avaient été saisis du renvoi. Le 5 janvier 1988, les procureurs de la Commission ont écrit au juge MacKeigan de la Cour d'appel et ont demandé sa comparution. Des lettres semblables ont été expédiées aux autres membres du banc qui a entendu le renvoi. Voici la teneur de la lettre adressée au juge MacKeigan:

[TRADUCTION]

Le 5 janvier 1988

L'honorable juge Ian MacKeigan  
Cour suprême de la Nouvelle-Écosse  
Division d'appel  
1815, rue Upper Water  
Palais de Justice  
Halifax (Nouvelle-Écosse)  
B3J 1S7

Monsieur le juge,

Dans l'exécution de son mandat, la Commission examine le renvoi de 1982 que le ministre fédéral de la Justice a adressé à la Cour d'appel. Par suite de ce renvoi, la cour a annulé la déclaration de culpabilité de M. Marshall prononcée en 1971 et ordonné l'inscription d'un verdict d'acquiescement.

The decision in the Reference has been subject to some public criticism for the apparently *obiter* comments in the last two pages. These comments were directed at Mr. Marshall's responsibility for his predicament and were later referred to frequently by those considering compensation for Mr. Marshall. In addition, a question has been raised concerning the participation in the Reference by Mr. Justice Pace, who was Attorney General at the time of Mr. Marshall's conviction.

After our own review, we are unsure of the record relied on by the Court in reaching its conclusions. It is not clear what affidavits were before the Court—reference is made in the reasons to certain affidavits but the transcript suggests that the affidavits were not in fact before the Court. In addition, we would like to understand why the affidavits (and cross-examination) of the potential police witnesses were not admitted, given the possible importance of these witnesses in determining why 1971 witnesses were now recanting.

On May 10, 1983, your letter of transmittal to the Honourable Mark MacGuigan indicated that the judgement of the Court contained "an opinion on the many factors which led to this miscarriage of justice within the judicial system". We would be interested in knowing precisely what these factors were, if in your opinion there was in fact a miscarriage of justice as contemplated by section 613(1)(a)(iii) of the Criminal Code, and whether the judgement is intended to indicate that there was or was not in fact such a miscarriage of justice.

Commission Counsel believe it is necessary and appropriate to request your attendance at the Inquiry to respond to questions arising from the issues noted above. We are not unmindful of concerns which surround a judge's giving testimony in any proceeding, and we would like to schedule any appearance for early February. George MacDonald and I would be grateful for an early opportunity to meet with you to discuss your attendance before the Inquiry.

Yours very truly,

"David Orsborn"  
David B. Orsborn  
Commission Counsel

The five justices declined to appear and Orders to Attend were accordingly issued by the Commis-

La décision rendue dans ce renvoi a fait l'objet de certaines critiques publiques pour les observations apparemment incidentes qui figurent aux deux dernières pages. Ces observations portaient sur la responsabilité de M. Marshall quant à sa situation fâcheuse et ceux qui ont examiné la question de l'indemnité à verser à M. Marshall les ont plus tard mentionnées fréquemment. En outre, une question s'est posée concernant la participation au renvoi du juge Pace, qui était procureur général à l'époque de la déclaration de culpabilité de M. Marshall.

Après avoir effectué notre propre examen, nous ne sommes pas certains du contenu du dossier sur lequel la cour s'est fondée pour arriver à ses conclusions. On ne sait pas exactement quels affidavits étaient devant la cour—les motifs font état de certains affidavits mais les transcriptions laissent entendre qu'en fait la cour ne les avait pas devant elle. En outre, nous aimerions comprendre pourquoi les affidavits (et les contre-interrogatoires) d'éventuels témoins policiers n'ont pas été admis, étant donné l'importance que peuvent avoir ces témoins pour déterminer pourquoi des témoins de 1971 reviennent maintenant sur leurs dépositions.

Votre lettre d'accompagnement du 10 mai 1983 adressée à l'honorable Mark MacGuigan indique que le jugement de la cour contenait «une opinion sur les nombreux facteurs qui sont à l'origine de cette erreur judiciaire au sein du système judiciaire». Nous serions intéressés de savoir précisément quels sont ces facteurs, si jamais vous êtes d'avis qu'il y a vraiment eu une erreur judiciaire au sens du sous-al. 613(1)a)(iii) du Code criminel, et si le jugement entend indiquer qu'en fait il y a eu ou il n'y a pas eu d'erreur judiciaire.

Les procureurs de la Commission croient qu'il est nécessaire et approprié de demander votre comparution à l'enquête pour répondre aux questions qui découlent des points signalés précédemment. Nous ne sommes pas sans connaître les réserves qui entourent le témoignage d'un juge dans une procédure, et nous aimerions fixer toute comparution au début de février. George MacDonald et moi-même vous serions reconnaissants de vous rencontrer bientôt pour discuter de votre comparution devant la Commission.

Veillez recevoir, Monsieur le juge, l'expression de mes sentiments distingués.

«David Orsborn»  
David B. Orsborn  
Procureur de la Commission

Les cinq juges ont refusé de comparaître et la Commission a donc rendu des ordonnances de



sion. The justices targeted by these Orders to Attend applied for a declaration that the Commission had no authority to compel their attendance by virtue of judicial immunity and for orders quashing the Orders to Attend and prohibiting the Commission from inquiring into their operations, deliberations, decisions and orders in respect of the Reference.

#### The Proceedings in the Courts Below

Glube C.J. heard the application, granted the declaration, and quashed the Orders to Attend. She based her decision on the common law immunity or privilege enjoyed by judges for over 300 years, a common law immunity which, in her eyes, the Commissioners were compelled to respect by virtue of s. 4 of the *Public Inquiries Act*. Her judgment is now reported at (1988), 43 C.C.C. (3d) 287 (N.S.S.C., T.D.) At page 333, she states:

I accept that the commission has the authority to compel persons to appear and testify. Although s. 3 of the Act appears to confer unlimited power to subpoena "any person as witness", there is nothing in the section which takes away the common law privileges and immunities of a witness if they exist. Section 4 makes it clear that commissioners only have the powers of a superior court judge. There is no legislation which gives this commission authority to exceed those powers. Thus, I find that this commission has no more power than a superior court.

She went on to review authorities, Canadian and English, which unanimously were of the position that judges were absolutely immune from being compelled to testify in relation to their judicial duties. She accordingly determined, at p. 337, that "the judges must be totally immune from testifying about matters which arose while engaged in their judicial duties, and in particular, the plaintiffs, while hearing the 1982-83 reference; they are not permitted nor obliged to testify".

The Commissioners appealed the Chief Justice's decision to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia. Their appeal was dismissed.

comparution. Les juges visés par ces ordonnances ont demandé une déclaration portant que la Commission n'avait pas le pouvoir de les contraindre à comparaître en raison de l'immunité judiciaire, ainsi que des ordonnances qui annuleraient les ordonnances de comparution et interdiraient à la Commission d'enquêter sur leurs actes, délibérations, décisions et ordonnances en ce qui concerne le renvoi.

#### Les procédures devant les tribunaux d'instance inférieure

Le juge en chef Glube a entendu la demande, accordé la déclaration et annulé les ordonnances de comparution. Elle a fondé sa décision sur l'immunité ou le privilège de *common law* dont jouissent les juges depuis plus de 300 ans, une immunité de *common law* qu'à son avis les commissaires devaient respecter en vertu de l'art. 4 de la *Public Inquiries Act*. Son jugement est maintenant publié à (1988), 43 C.C.C. (3d) 287 (C.S.N.-É., D.P.I.) À la page 333, elle affirme ceci:

[TRADUCTION] Je reconnais que la Commission a le pouvoir de contraindre des personnes à comparaître et à témoigner. Bien que l'art. 3 de la Loi paraisse accorder un pouvoir illimité d'assigner «toute personne comme témoin», rien dans l'article n'écarte les privilèges et immunités de *common law* dont peut jouir un témoin. L'article 4 précise que les commissaires n'ont que les pouvoirs d'un juge de cour supérieure. Aucun texte de loi n'accorde à cette commission l'autorisation d'excéder ces pouvoirs. Ainsi, je conclus que cette commission n'a pas plus de pouvoir qu'un juge de cour supérieure.

Elle a ensuite examiné la jurisprudence canadienne et anglaise qui porte à l'unanimité que les juges échappent de façon absolue à l'obligation de témoigner relativement à leurs fonctions judiciaires. Elle a donc conclu que (à la p. 337) [TRADUCTION] «les juges doivent être totalement exemptés de l'obligation de témoigner sur des questions qui se sont posées dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires et, en particulier, c'est le cas des demandeurs pour ce qui est du renvoi de 1982-83; ils ne sont pas autorisés à témoigner et ils ne sont pas tenus de le faire».

Les commissaires ont interjeté appel contre la décision du Juge en chef devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Leur

Burchell J. (*ad hoc*) gave judgment for the Court of Appeal ((1988), 87 N.S.R. (2d) 443 (S.C., App. Div.)) He rejected the appellants' arguments that the five justices, being "persons" as that word is used in ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*, can be compelled to testify, saying at p. 444:

That approach [proposed by the Appellants] would ignore an opposite trend that is apparent in a long and unbroken line of cases holding that judges are not compellable witnesses as to any matters touching upon the performance of their judicial duties. Where such immunity was once recognized only in the case of high court justices, it has been extended in Canada in recent years to a variety of functionaries who, although they are not necessarily judges themselves, perform duties that are judicial in function or character.

The appellants appeal to this Court from the decision of the Court of Appeal.

#### The Issues

These appeals raise two issues. The first issue is whether ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* may be used to compel superior court judges to testify before the Commission, either with respect to how and why they reached their decision or with respect to the composition of the panel that heard the case.

The second question is whether the direction to the Commission to inquire into a reference by the Minister of Justice is *ultra vires* the Province because it is a matter of criminal law and procedure reserved exclusively to the federal Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

I shall deal with each of these questions in turn.

#### 1. Whether the *Public Inquiries Act* Authorizes the Commission to Compel Judges to Testify

The appellants submit that the judges who sat on the Marshall appeal are required to testify before the Commission by reason of ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*. The respondents main-

appel a été rejeté. Le juge Burchell (*ad hoc*) a rendu le jugement de la Cour d'appel ((1988), 87 N.S.R. (2d) 443 (Div. app. C.S.)) Il a rejeté les arguments des appelants selon lesquels les cinq juges, étant des «personnes» au sens où ce mot est employé aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, peuvent être contraints à témoigner, affirmant à la p. 444:

[TRADUCTION] Cette interprétation [proposée par les appelants] ignore une tendance opposée qui ressort d'un courant de jurisprudence ancien et ininterrompu, suivant lequel les juges ne sont pas des témoins contraignables en ce qui concerne toute question relative à l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Alors que cette immunité était reconnue seulement dans le cas des juges de juridiction supérieure, elle a été étendue au Canada au cours des dernières années à une variété de fonctionnaires qui, bien qu'ils ne soient pas nécessairement juges eux-mêmes, exécutent des fonctions de nature judiciaire.

Les appelants se pourvoient devant notre Cour contre cet arrêt de la Cour d'appel.

#### Les questions en litige

Ces pourvois soulèvent deux questions litigieuses. La première est de savoir si on peut recourir aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* pour contraindre des juges de cours supérieures à témoigner devant la Commission, soit quant à savoir comment et pourquoi ils sont arrivés à leur décision, soit quant à la composition du banc qui a entendu l'affaire.

La seconde question est de savoir si la directive ordonnant à la Commission d'enquêter sur un renvoi adressé par le ministre de la Justice excède les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel et de procédure en matière criminelle que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* réserve exclusivement au Parlement fédéral.

J'examinerai ces questions dans l'ordre où elles sont posées.

#### 1. La *Public Inquiries Act* permet-elle à la Commission de contraindre des juges à témoigner?

Les appelants allèguent que les juges qui ont entendu l'appel de Marshall sont tenus de témoigner devant la Commission en raison des art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*. Les intimés soutiennent

tain that judges are immune from testifying at common law and as a matter of constitutional principle.

The differences between the parties lie in the interpretation they adopt of ss. 3 and 4 of the Act, and in their different views of the nature of judicial immunity. The appellants contend that s. 3 of the Act, which entitles the Commission to summon "any person" to testify, encompasses judges. While they do not deny that judges may in some circumstances be immune from testifying, they contend that the privilege is not absolute, but relative, subject to override where the public interest demands, as they submit it does in this case.

The respondents, on the other hand, assert that s. 3, read in the context of the Act, and particularly in the context of s. 4, which confines the powers of the Commission to compel testimony to those enjoyed by a judge of the Supreme Court, does not empower the commission to compel judges to testify, given the long-standing and fundamental principle of judicial immunity. Alternatively, they contend that if s. 3 did have this effect, it would be unconstitutional on the ground that it infringes the fundamental constitutional principle of judicial independence.

I turn first to the interpretation of ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*, which provide:

3 The commissioner or commissioners shall have the power of summoning before him or them any persons as witnesses and of requiring them to give evidence on oath orally or in writing (or on solemn affirmation if they are entitled to affirm in civil matters), and to produce such documents and things as the commissioner or commissioners deem requisite to the full investigation of the matters into which he or they are appointed to inquire.

4 The commissioner or commissioners shall have the same power to enforce the attendance of persons as witnesses and to compel them to give evidence and produce documents and things as is vested in the Supreme Court or a judge thereof in civil cases, and the same privileges and immunities as a judge of the Supreme Court of Nova Scotia.

It is my opinion that these sections, interpreted in accordance with the governing rules of construc-

que les juges sont exemptés de témoigner en raison de la *common law* et d'un principe constitutionnel.

<sup>a</sup> La divergence d'opinions entre les parties réside dans l'interprétation qu'elles donnent aux art. 3 et 4 de la Loi et dans leurs perceptions différentes de la nature de l'immunité judiciaire. Les appelants prétendent que l'art. 3 de la Loi, qui autorise la Commission à assigner «toute personne» à témoigner, vise également les juges. Tout en ne niant pas que les juges peuvent dans certaines circonstances être exemptés de témoigner, ils prétendent que ce privilège n'est pas absolu, mais relatif et susceptible d'être écarté lorsque l'intérêt public l'exige, comme c'est le cas selon eux en l'espèce.

<sup>d</sup> Les intimés affirment d'autre part que l'art. 3, interprété dans le contexte de la Loi et particulièrement dans le contexte de l'art. 4 qui limite les pouvoirs de la Commission de contraindre à témoigner à ceux dont jouit un juge de la Cour suprême, ne donne pas à la Commission le pouvoir de contraindre des juges à témoigner, compte tenu du principe fondamental, établi depuis longtemps, de l'immunité judiciaire. Subsidiairement, ils prétendent que si l'art. 3 avait cet effet, il serait inconstitutionnel pour le motif qu'il violerait le principe constitutionnel fondamental de l'indépendance judiciaire.

Abordons d'abord l'interprétation des art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* qui disposent:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] 3 Le ou les commissaires ont le pouvoir d'assigner devant eux toute personne comme témoin et de lui enjoindre de déposer oralement ou par écrit sous la foi du serment (ou d'une affirmation solennelle si celle-ci en a le droit en matière civile), et de produire les documents et autres pièces qu'ils jugent nécessaires en vue de procéder d'une manière approfondie à l'enquête dont ils sont chargés.

<sup>i</sup> 4 Le ou les commissaires ont, pour contraindre des personnes à comparaître comme témoins et pour les forcer à témoigner et à produire des documents et autres pièces, les pouvoirs de la Cour suprême ou d'un de ses juges en matière civile, et les mêmes privilèges et immunités qu'un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

<sup>j</sup> Je suis d'avis que ces articles, interprétés conformément aux règles d'interprétation qui s'appli-

tion, do not empower the Commission to compel the judges to testify on the matters at issue in this case.

I start from the fundamental principle of construction that provisions of a statute dealing with the same subject should be read together, where possible, so as to avoid conflict: Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), p. 66. In this way, the true intention of the legislature is more likely to be ascertained. Reading ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* together, it appears that while the Commission is granted power to “summon” any person, when it comes to enforcement of attendance and production—compelling witnesses to testify against their will—the Commission does not have greater powers than those exercisable by a Supreme Court judge sitting on a civil case.

This raises the question of whether a Supreme Court judge sitting on a civil case can compel another judge to testify: (a) on how and why he or she arrived at a particular judicial decision; and, (b) on why a certain judge sat on a particular panel of the court. The answer to these questions depends on the nature and character of the principle of judicial independence, to which I now turn.

### *The Principle of Judicial Independence*

This Court has spoken of this cardinal principle, albeit in the context of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in two recent decisions, *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, and *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56. In *Valente v. The Queen*, *supra*, Le Dain J., speaking for the Court at p. 687, observes that the “constitutional” principle of judicial independence has two major elements, an individual element and an institutional element:

It is generally agreed that judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge, as reflected in such matters as security of tenure, and the institutional independence of the court or tribunal over which he or she presides, as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government.

quent, ne donnent pas à la Commission le pouvoir de contraindre les juges à témoigner sur les questions en litige en l'espèce.

a Je pars du principe fondamental d'interprétation que les dispositions d'une loi traitant du même sujet doivent être interprétées ensemble, si cela est possible, de manière à éviter tout conflit: Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 66.  
 b Ainsi, il y a plus de chance de dégager l'intention véritable du législateur. Si on interprète ensemble les art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, il appert que, bien que la Commission reçoive le pouvoir d'«assigner» toute personne, quand il s'agit d'assurer la comparution et la production—en contraignant des témoins à déposer contre leur volonté—la Commission n'a pas plus de pouvoirs que ceux d'un juge de la Cour suprême siégeant en matière civile.

Cela soulève la question de savoir si un juge de la Cour suprême siégeant en matière civile peut contraindre un autre juge à témoigner sur les questions de savoir a) comment et pourquoi il est arrivé à une décision judiciaire donnée, et b) pourquoi un certain juge a fait partie d'un banc donné de la cour. La réponse à ces questions dépend de la nature du principe de l'indépendance judiciaire, ce à quoi je passe maintenant.

### *Le principe de l'indépendance judiciaire*

Notre Cour a parlé de ce principe capital, quoique dans le contexte de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans deux arrêts récents: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, et *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56. Dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, précité, le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour, fait observer que le principe «constitutionnel» de l'indépendance judiciaire comporte deux éléments principaux, un élément individuel et un élément institutionnel (à la p. 687):

On admet généralement que l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle de la cour ou du tribunal qu'il préside, qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement.

In *Valente v. The Queen*, Le Dain J. trains his mind upon the function of the judiciary as the impartial adjudicator. The discussion turns on the relationship between judicial impartiality—a state of mind—and judicial independence—the relationship between judges and others, particularly others in the executive branch of government. Le Dain J., for the Court, enunciates three “essential conditions” for judicial independence: (1) security of tenure; (2) financial security; and (3) the institutional independence of judicial tribunals regarding matters affecting adjudication. Having enunciated these conditions, Le Dain J. makes it clear that he is not attempting an exhaustive codification of the elements necessary for judicial independence: identification of the essential conditions, he confesses, is a matter of some difficulty; moreover, the conditions themselves may vary and evolve with time and circumstances.

It should be noted that the independence of the judiciary must not be confused with impartiality of the judiciary. As Le Dain J. points out in *Valente v. The Queen*, impartiality relates to the mental state possessed by a judge; judicial independence, in contrast, denotes the underlying relationship between the judiciary and other branches of government which serves to ensure that the court will function and be perceived to function impartially. Thus the question in a case such as this is not whether the government action in question would in fact affect a judge’s impartiality, but rather whether it threatens the independence which is the underlying condition of judicial impartiality in the particular case.

In *Beauregard v. Canada*, *supra*, the present Chief Justice (Estey and Lamer JJ. concurring; Beetz and McIntyre JJ. dissenting in part) quotes Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, as above, and explains at p. 70 why the principle of judicial independence is so important in the liberal democratic society that is Canada:

Dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, le juge Le Dain se concentre sur la fonction du pouvoir judiciaire en tant qu’arbitre impartial. L’analyse porte sur la relation entre l’impartialité judiciaire—un état d’esprit—et l’indépendance judiciaire—la relation entre les juges et les autres, en particulier les autres qui font partie de l’organe exécutif du gouvernement. Le juge Le Dain, s’exprimant au nom de la Cour, énonce trois «conditions essentielles» de l’indépendance judiciaire: (1) l’inamovibilité, (2) la sécurité financière, et (3) l’indépendance institutionnelle des tribunaux judiciaires en ce qui concerne les questions touchant la prise de décisions. Ayant énoncé ces conditions, le juge Le Dain dit clairement qu’il ne tente pas de faire une codification exhaustive des éléments nécessaires à l’indépendance judiciaire. L’identification des conditions essentielles, avoue-t-il, comporte quelque difficulté; de plus, les conditions elles-mêmes peuvent varier et évoluer avec le temps et selon les circonstances.

Il faut remarquer que l’indépendance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confondue avec l’impartialité du pouvoir judiciaire. Comme le souligne le juge Le Dain dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, l’impartialité a trait à l’état d’esprit d’un juge; l’indépendance judiciaire, par contre, se rapporte à la relation sous-jacente qu’il y a entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement, qui assure que la cour fonctionnera de façon impartiale et sera perçue comme tel. Ainsi, la question qui se pose dans une affaire comme la présente n’est pas de savoir si l’acte du gouvernement en question aura en fait des répercussions sur l’impartialité d’un juge, mais plutôt de savoir s’il menace l’indépendance qui est la condition fondamentale de l’impartialité judiciaire dans un cas donné.

Dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, précité, le juge en chef Dickson (les juges Estey et Lamer souscrivant à son opinion; les juges Beetz et McIntyre étant dissidents en partie) cite l’opinion précitée du juge Le Dain dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, et explique, à la p. 70, pourquoi le principe de l’indépendance judiciaire est si important dans la société démocratique libérale qu’est le Canada:

The rationale for this two-pronged modern understanding of judicial independence is recognition that the courts are not charged solely with the adjudication of individual cases. That is, of course, one role. It is also the context for a second, different and equally important role, namely as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it—rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important. In other words, judicial independence is essential for fair and just dispute-resolution in individual cases. It is also the lifeblood of constitutionalism in democratic societies.

In *Beauregard v. Canada*, the discussion of the concept of judicial function is broadened to encompass not only the idea of impartial adjudication, but also the notion of the Court as protector of the Constitution. Both these functions must be borne in mind when determining the “reasonable ambit of judicial independence”. The test, according to Dickson C.J., is stringent; the courts’ function “as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution” requires that they be completely separate in “authority and function” from all other branches of government.

It is important to note that what is proposed in *Beauregard v. Canada* is not the absolute separation of the judiciary, in the sense of total absence of relations from the other branches of government, but separation of its authority and function. It is impossible to conceive of a judiciary devoid of any relationship to the legislative and executive branches of government. Statutes govern the appointment and retirement of judges; laws dictate the terms upon which they sit and are remunerated. Parliament retains the power to impeach federally-appointed judges for cause, and enactments such as the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, stipulate on such matters as the number of judges required for a quorum. It is inevitable and necessary that relations of this sort exist between the judicial and legislative branches of government. The critical requirement for the maintenance of judicial independence is that the relations between the judiciary and other branches of gov-

La raison d’être de cette conception moderne à deux volets de l’indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s’agit là évidemment d’un rôle. C’est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées—la primauté du droit, la justice fondamentale, l’égalité, la préservation du processus démocratique, pour n’en nommer peut-être que les plus importantes. En d’autres termes, l’indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges dans les affaires individuelles. Il constitue également l’élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques.

Dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, l’analyse du concept de la fonction judiciaire est élargie de manière à englober non seulement l’idée de la prise de décisions impartiales, mais également la notion de la cour en tant que protectrice de la Constitution. Il ne faut pas oublier ces deux fonctions quand on détermine la «portée raisonnable de l’indépendance judiciaire». Selon le juge en chef Dickson, le critère est strict; la fonction des tribunaux «en tant qu’arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution» exige qu’ils soient complètement séparés «sur le plan des pouvoirs et des fonctions» de tous les autres organes du gouvernement.

Il importe de souligner que, dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, on propose non pas la séparation absolue du pouvoir judiciaire, dans le sens d’une absence totale de rapports avec les autres organes du gouvernement, mais une séparation de ses pouvoirs et fonctions. Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. Les lois régissent la nomination et la mise à la retraite des juges; elles dictent les modalités de l’exercice de leurs fonctions et de leur rémunération. Le Parlement détient le pouvoir de destituer pour un motif déterminé les juges nommés par le fédéral, et des textes de loi comme la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, traitent de matières telles que le nombre de juges requis pour qu’il y ait quorum. Des relations de ce genre sont inévitables et nécessaires entre les organes judiciaire et législatif du gouvernement. La condition capitale du maintien de l’indépendance judi-

ernment not impinge on the essential “authority and function”, to borrow Dickson C.J.’s term, of the court. What is required, as I read *Beauregard v. Canada*, is avoidance of incidents and relationships which could affect the independence of the judiciary in relation to the two critical judicial functions —judicial impartiality in adjudication and the judiciary’s role as arbiter and protector of the Constitution.

To summarize, judicial independence as a constitutional principle fundamental to the Canadian system of government possesses both individual and institutional elements. Actions by other branches of government which undermine the independence of the judiciary therefore attack the integrity of our Constitution. As protectors of our Constitution, the Courts will not consider such intrusions lightly.

Against this background, I turn to the issues on these appeals.

Construction of ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*

*Judicial Independence and the Immunity of Judges from Testifying on their Grounds for Decision*

The immunity of judges from testifying on the grounds for their decisions is established by the authorities and by the general principles of judicial independence summarized in *Valente v. The Queen* and *Beauregard v. Canada*.

I turn first to the cases where the question has arisen. One of the earliest assertions of this immunity dates to *Knowles’ Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167. Two justices were called before a committee of the House of Lords to explain why they had quashed an indictment for murder. In reply to this request, Holt L.C.J. stated at p. 1179:

I gave judgment as it appears on the record.

ciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les «pouvoirs et fonctions» essentiels du tribunal, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson. Suivant mon interprétation de l’arrêt *Beauregard c. Canada*, il est nécessaire d’éviter des incidents et des rapports qui pourraient avoir des répercussions sur l’indépendance du pouvoir judiciaire relativement à deux fonctions judiciaires cruciales: l’impartialité judiciaire dans la prise de décisions et le rôle du pouvoir judiciaire en tant qu’arbitre et protecteur de la Constitution.

En résumé, en tant que principe constitutionnel fondamental du régime de gouvernement canadien, l’indépendance judiciaire comporte à la fois des éléments individuels et des éléments institutionnels. Les actes des autres organes du gouvernement qui minent l’indépendance du pouvoir judiciaire nuisent donc à l’intégrité de notre Constitution. En tant que protecteurs de notre Constitution, les tribunaux ne prendront pas ces empiètements à la légère.

Tenant compte de cet historique, j’aborde maintenant les questions en litige dans ces pourvois.

L’interprétation des art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*

*L’indépendance judiciaire et l’exemption dont jouissent les juges de l’obligation de témoigner quant aux motifs de leurs décisions*

L’exemption dont jouissent les juges de l’obligation de témoigner quant aux motifs de leurs décisions est établie par la jurisprudence et par les principes généraux de l’indépendance judiciaire résumés dans les arrêts *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*.

Abordons d’abord les affaires où la question s’est posée. Une des premières affirmations de cette exemption remonte à l’arrêt *Knowles’ Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167. Deux juges avaient été enjoins de comparaître devant un comité de la Chambre des lords pour expliquer pourquoi ils avaient annulé un acte d’accusation de meurtre. En réponse à cette demande, le lord juge en chef Holt affirme, à la p. 1179:

[TRADUCTION] J’ai rendu le jugement qui paraît au dossier.

It would be a submitting to an arraignment for having given judgment if I should give any reasons here. I gave my reasons in another place at large.

If your lordships report this to the House, I desire to know when you do so, that I may then desire to be heard in point of law.

The judgment is questionable in a proper method, but I am not to be questioned for my judgment.

Mr. Justice Eyres (who then sat on the bench with me, and concurred with me and the other judges) is living. I am not any way to be arraigned for what I do judicially. The judgment may be arraigned in a proper method by writ of error. I might answer if I would, but I think it safest for me to keep myself under the protection the law has given me; I look upon this as an arraignment; I insist upon it, if I am arraigned, I ought not to answer.

Eyres J. also was asked to testify before the Committee and stated at p. 1180:

I remember we adjudged the earl of Banbury's plea to be good in law; he was indicted by the name of Charles Knowles, esq. he pleaded a patent to his grandfather from king Charles the first, and claimed by descent from him; we all held it a good plea, and I was of that opinion, I own it, it was according to my judgment and conscience.

The king intrusts me with the administration of justice. I have ever given my opinion upon the greatest consideration and upon my conscience.

I humbly beg pardon if I say I ought not by the law to be called to account for the reasons of my opinion. If we err, the judgment may be rectified by writ of error, but the law acquits us.

I humbly beg pardon as to the reasons for my opinion; if the matter comes before the lords by writ of error I shall give my reasons as well as my opinion, being called by writ *ad consulendum*. I humbly beg your pardon for giving no reasons at present.

The two justices were later called before the House of Lords "to give . . . an account why [they] had so done" (at p. 1181). Holt L.C.J. repeated what he had said to the Committee and later, on being forced to attend again, he stated at p. 1182:

Ce serait me soumettre à une interpellation pour avoir rendu jugement si je devais donner des raisons ici. J'ai exposé mes motifs ailleurs publiquement.

Si vos Seigneuries en font rapport à la Chambre, je désire savoir quand, car je peux alors vouloir être entendu sur un point de droit.

Le jugement peut être attaqué suivant une procédure appropriée, mais je ne dois pas être attaqué pour mon jugement.

Monsieur le juge Eyres (qui siégeait alors avec moi et a exprimé son accord avec moi et les autres juges) vit toujours. Je ne dois en aucune façon être interpellé pour ce que je fais d'une façon judiciaire. Le jugement peut être contesté par voie de bref d'erreur qui est la procédure appropriée. Je pourrais répondre si je le voulais, mais je crois plus prudent de rester sous la protection que la loi m'a accordée; je considère ceci comme une interpellation; je le répète, si je suis interpellé, je me dois de ne pas répondre.

Le juge Eyres à qui on avait également demandé de témoigner devant le comité affirme, à la p. 1180:

[TRADUCTION] Je me souviens que nous avons conclu que le plaidoyer du comte de Banbury était bien fondé en droit; il a été accusé sous le nom de Charles Knowles; il a invoqué des lettres patentes accordées à son grand-père par le roi Charles premier et a allégué la possession par voie d'héritage; son plaidoyer était bien fondé et j'étais de cet avis, et ce, suivant mon jugement et ma conscience.

Le roi me confie l'administration de la justice. J'ai toujours donné mon opinion après l'examen le plus approfondi et suivant ma conscience.

En toute déférence, je regrette de devoir dire que la loi interdit que je sois cité à comparaître pour rendre compte des motifs de mon opinion. Si nous commettons une erreur, le jugement peut être rectifié par bref d'erreur, mais la loi nous acquitte.

En toute déférence, ce sont là les motifs de mon opinion; si les lords sont saisis de cette affaire par voie de bref d'erreur, j'exposerai mes motifs ainsi que mon opinion si je suis assigné par bref *ad consulendum*. Mais permettez-moi de ne pas donner de motifs aujourd'hui.

Les deux juges ont plus tard été cités à comparaître devant la Chambre des lords [TRADUCTION] «pour expliquer pourquoi [ils] avaient agi ainsi» (à la p. 1181). Le lord juge en chef Holt a répété ce qu'il avait dit au comité et plus tard, étant de nouveau forcé à comparaître, il a dit à la p. 1182:



I never heard of any such thing demanded of any judge as to give reasons for his judgment. I did think myself not obliged by law to give that answer.

What a judge does in open court he can never be arraigned for it as a judge.

In the end, the justices' assertions of immunity were heeded (at p. 1204).

I observe that the principle of judicial immunity in *Knowles' Trial* was maintained on a constitutional basis, the King having entrusted the justices with the administration of the law. Subsequent cases have affirmed the immunity of judges from compulsion to testify about judicial proceedings in which they have been involved: *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230 (C.A.); *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476 (Q.B.); *Scott v. Smith* (1931), 4 M.P.R. 23 (N.B.C.A.); *Re Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville* (1976), 75 D.L.R. (3d) 33 (Ont. H.C.); *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137 (C.A.); *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257 (C.A.); *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Div. Ct.)

The judge's right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence: *Valente v. The Queen, supra*; *Beauregard v. Canada, supra*. The judge must not fear that after issuance of his or her decision, he or she may be called upon to justify it to another branch of government. The analysis in *Beauregard v. Canada* supports the conclusion that judicial immunity is central to the concept of judicial independence. As stated by Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada*, the judiciary, if it is to play the proper constitutional role, must be completely separate in authority and function from the other arms of government. It is implicit in that separa-

[TRANSDUCTION] Je n'ai jamais entendu dire qu'on a demandé à un juge de donner les raisons ayant motivé son jugement. Je ne crois pas que la loi m'oblige à donner cette réponse.

On ne peut jamais interpellier un juge pour ce qu'il a fait en audience.

Finalement, on a respecté les assertions d'immunité des juges (à la p. 1204).

Je souligne que le principe de l'immunité judiciaire, énoncé dans l'arrêt *Knowles' Trial*, a été maintenu sur une base constitutionnelle, le Roi ayant confié aux juges l'application du droit. Des arrêts subséquents sont venus confirmer que les juges étaient exemptés de l'obligation de témoigner relativement aux procédures judiciaires dans lesquelles ils avaient joué un rôle: *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230 (C.A.); *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476 (B.R.); *Scott v. Smith* (1931), 4 M.P.R. 23 (C.A.N.-B.); *Re Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville* (1976), 75 D.L.R. (3d) 33 (H.C. Ont.); *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137 (C.A.); *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55 (C. dist. Ont.); *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257 (C.A.); *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (C. div.)

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*, précités. Le juge ne doit pas craindre qu'après avoir rendu sa décision, il puisse être appelé à la justifier devant un autre organe du gouvernement. L'analyse faite dans l'arrêt *Beauregard c. Canada* appuie la conclusion que l'immunité judiciaire est au cœur du concept de l'indépendance judiciaire. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, pour jouer le bon rôle constitutionnel, le pouvoir judiciaire doit être complètement séparé, sur le plan des pouvoirs et des

tion that a judge cannot be required by the executive or legislative branches of government to explain and account for his or her judgment. To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence.

I return to ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*. Nothing in the language of those sections suggests that the legislators intended to clothe the Commission with power to abrogate the fundamental principle that judges cannot be compelled to testify as to how and why they arrived at their decisions. I note in this connection the principle that vague and general statutory language should not be read as displacing fundamental rights: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739. Reading ss. 3 and 4 together in accordance with the established principles of statutory construction, I conclude that the Act does not empower the Commission to compel the justices who sat on the Marshall appeal to testify as to the grounds for their decision, including the record relied on.

*The Immunity of Judges from Testifying as to the Reason for the Composition of a Given Court*

The next question is whether the general words of ss. 3 and 4 empower the Commission to compel a judge to testify as to why a particular judge sat on a particular case? I note that subsequent to the decisions under appeal, the judge in question, Pace J.A., has been questioned and has advised that he had not had any conversations which might have disqualified him. Nevertheless, the Commission presumably wishes to question the Chief Justice as to why he placed Pace J.A. on the panel, given that Pace J.A. had served as Attorney General during critical aspects of the Marshall case.

fonctions, des autres organes du gouvernement. Cette séparation signifie implicitement que les organes exécutif ou législatif du gouvernement ne peuvent pas exiger d'un juge qu'il explique son jugement et en rende compte. Donner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire.

Je reviens aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*. Rien dans le texte de ces articles ne laisse entendre que le législateur a voulu investir la Commission du pouvoir d'abroger le principe fondamental selon lequel un juge ne peut être contraint à témoigner quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à sa décision. Je souligne à cet égard le principe selon lequel un langage vague et général de la loi ne saurait être interprété comme écartant des droits fondamentaux: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739. Interprétant les art. 3 et 4 ensemble conformément aux principes reconnus d'interprétation législative, je conclus que la Loi ne donne pas à la Commission le pouvoir de contraindre les juges qui ont siégé dans l'appel Marshall à témoigner quant aux motifs de leur décision et notamment quant au contenu du dossier sur lequel ils se sont fondés.

*L'exemption dont jouissent les juges de l'obligation de témoigner quant aux motifs de la composition d'un banc donné*

La question suivante est de savoir si les termes généraux des art. 3 et 4 habilent la Commission à contraindre un juge à témoigner sur les raisons pour lesquelles un juge particulier a siégé dans une affaire donnée. Je souligne qu'après les décisions en appel le juge en question, savoir le juge Pace, a été interrogé et a déclaré qu'il n'avait eu aucune conversation qui aurait pu le rendre inhabile à siéger. Néanmoins, la Commission semble vouloir interroger le Juge en chef afin de savoir pourquoi il a désigné le juge Pace comme membre du banc, étant donné que celui-ci avait été procureur général à l'époque des événements cruciaux de l'affaire Marshall.

This question goes to the administrative or institutional aspect of judicial independence: *Valente v. The Queen, supra; Beauregard v. Canada, supra*. In *Valente v. The Queen* and *Beauregard v. Canada* this Court affirmed in the strongest terms the necessity that the courts control administrative matters related to adjudication without interference from the Legislature or executive. In *Valente v. The Queen* the importance of the courts' having exclusive control over the assignment of judges was considered central to the institutional independence of the judiciary. In *Beauregard v. Canada*, the Chief Justice stated in this respect, at p. 73, that the very role of the courts "as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system" (his emphasis).

I do not say that the power in the courts to control their own administration is absolute, if by absolute what is meant is that in no circumstances can the Legislature or Parliament enact laws relating to the functioning of the courts or enquire into the conduct of particular judges. As noted earlier, Parliament and the Legislatures have long enacted legislation establishing courts and setting general guidelines as to how they function. Nor is there any doubt that Parliament may impeach a federally appointed judge for dereliction of duty. To this extent the fundamental principle of judicial independence must leave scope for another cardinal doctrine—the principle of Parliamentary supremacy. But at the same time, it is clear that Parliament and the Legislatures cannot act so as to trammel what Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada* refers to as the authority and function of the courts. As Le Dain J. puts it in *Valente v. The Queen*, at p. 709, the third essential condition for judicial independence, the collective independence of tribunals, extends to matters directly affecting adjudication—"assignment of judges, sittings of the court, and court lists—as well as the related matters of allocation of court rooms and direction

Cette question touche l'aspect administratif ou institutionnel de l'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*, précités. Dans les arrêts *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*, notre Cour a confirmé très vigoureusement la nécessité que les tribunaux contrôlent les questions administratives relatives à la prise de décision sans intervention de la part des organes législatif ou exécutif. Dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, on a estimé que le contrôle exclusif des tribunaux sur l'assignation des juges était essentiel à l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire. Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, le Juge en chef a affirmé à cet égard que le rôle même des tribunaux «en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire» (souligné par le Juge en chef), à la p. 73.

Je ne dis pas que le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration est absolu, si, par absolu, on veut dire que l'Assemblée législative ou le Parlement ne peut en aucun cas adopter des lois relatives au fonctionnement des tribunaux ni enquêter sur la conduite de certains juges. Comme je l'ai déjà souligné, le Parlement et les assemblées législatives ont depuis longtemps adopté des lois créant des tribunaux et établissant des lignes directrices générales concernant leur fonctionnement. Il ne fait également pas de doute que le Parlement peut destituer un juge nommé par le fédéral pour manquement à son devoir. Dans cette mesure, le principe fondamental de l'indépendance judiciaire doit laisser place à un autre principe essentiel, celui de la suprématie du Parlement. Mais en même temps il est évident que le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent agir de manière à entraver ce que le juge en chef Dickson appelle dans l'arrêt *Beauregard c. Canada* les pouvoirs et fonctions des tribunaux. Comme l'affirme le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, à la p. 709, la troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire, l'indépendance collective des tribunaux, porte sur des questions qui influent directement sur la prise de décision, savoir «l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines

of the administrative staff engaged in carrying out these functions.”

It thus appears clear beyond doubt that the assignment of judges is a matter exclusively within the purview of the court. It would be unthinkable for the Minister of Justice or Attorney General to instruct the Chief Justice as to who should or should not sit on a particular case; that prerogative belongs exclusively to the Chief Justice as the head of the Court. To allow the executive a role in selecting what judges hear what cases would constitute an unacceptable interference with the independence of the judiciary. Inquiries after the fact must be similarly barred, in my view. A Chief Justice who knows that he or she may be examined and cross-examined by the executive or its emanation on why he or she assigned a particular judge to a particular case may feel, consciously or unconsciously, pressure to select someone pleasing to the executive. Even if the Chief Justice did not permit himself or herself to be influenced by such a prospect, the public perception that he or she might have been influenced could harm the esteem in which our system of justice is held. In short, the principle of judicial independence which underlies judicial impartiality and the proper functioning of the courts would be threatened by the possibility of public inquiries as to the reason for the assignment of particular judges to particular cases.

In view of these principles, I conclude that ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* should not be read as empowering the Commission to trammel on the exclusive right of the judiciary, through its Chief Justices, to control the assignment of judges, free from constraint, whether before or after the event, from other agencies. I should not, however, be taken as suggesting that a judge could never be called to answer in any forum for the process by which the judge reached a decision or the composition of the court on a particular case. I leave to other cases the determination of whether judges might be called on matters such as these before other bodies which have express powers to compel such testimony and which possess sufficient safe-

connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions.»

Il semble donc tout à fait clair que l'assignation de juges est une question qui relève exclusivement de la cour. Il serait impensable que le ministre de la Justice ou le procureur général donne au Juge en chef des directives quant à savoir qui doit ou ne doit pas siéger dans une affaire donnée; cette prerogative appartient exclusivement au Juge en chef en tant que directeur de la cour. Accorder au pouvoir exécutif un rôle quant à savoir quels juges entendent quelles causes constituerait une atteinte inacceptable à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les enquêtes après coup doivent également être interdites à mon avis. Un juge en chef qui sait qu'il peut être interrogé et contre-interrogé par le pouvoir exécutif ou son représentant quant à savoir pourquoi il a assigné un juge en particulier à une affaire donnée peut se sentir obligé, consciemment ou non, de choisir quelqu'un qui plaît au pouvoir exécutif. Même si le Juge en chef ne se laissait pas influencer par une telle éventualité, le public pourrait penser qu'il a pu être influencé, ce qui pourrait déconsidérer notre système de justice. En résumé, le principe de l'indépendance judiciaire qui soutient l'impartialité judiciaire et le bon fonctionnement des tribunaux serait menacé par la possibilité de la tenue d'enquêtes publiques quant aux motifs de l'assignation de certains juges à des affaires données.

g

Compte tenu de ces principes, je conclus qu'il ne faut pas interpréter les art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* comme habilitant la Commission à entraver l'exercice du droit exclusif qu'ont les tribunaux, par l'intermédiaire de leurs juges en chef, de contrôler l'assignation des juges indépendamment de toute contrainte, avant ou après coup, de la part d'autres organismes. On ne doit pas penser que je suggère qu'un juge ne pourrait jamais être appelé à rendre compte devant une tribune de la façon dont il est arrivé à une décision ou de la composition de la cour dans une affaire donnée. Je m'abstiens en l'espèce de trancher la question de savoir si des juges pourraient être appelés à témoigner sur des questions comme celle-ci devant d'au-

guards to protect the integrity of the principle of judicial independence.

2. Whether the Direction to the Commission to Enquire into the Reference by the Minister of Justice is *Ultra Vires* the Province

The first question is whether a provincially appointed commission can inquire into a reference by the federal Minister of Justice under s. 617(b) of the *Criminal Code*. It is contended that such an inquiry is invalid because it trenches on the exclusive federal power with respect to the criminal law.

The answer to this contention lies in the mandate of the Commission. Section 1 of the *Public Inquiries Act* authorizes such an inquiry provided that the inquiry concerns a “public matter in relation to which the Legislature of Nova Scotia may make laws.” The question is whether the inquiry is “into the administration of justice”, in which case it falls within the Province’s powers under s. 92(14), or into the “criminal law” or “criminal procedure”, in which case it infringes the federal criminal law power.

The answer to this question depends on how the phrase “administration of justice” is construed in relation to the federal power over criminal law and procedure. In *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, this Court held that “administration of justice” should be interpreted broadly as including criminal justice. At pages 199-200, the Court stated:

The question in the present case is whether the words “The Administration of Justice in the Province” are to be given a fair, large and liberal construction or, whether by reason of the abstraction of criminal law and criminal procedure, they must receive such attenuated interpretation as would confine “administration of justice” to nothing more than “administration of civil justice”. In my opinion, Canadian legislative history, as

tres organismes qui ont des pouvoirs exprès d’exiger ce témoignage et qui offrent des garanties suffisantes pour protéger l’intégrité du principe de l’indépendance judiciaire.

2. La directive ordonnant à la Commission d’enquêter sur le renvoi adressé par le ministre de la Justice excède-t-elle les pouvoirs de la province?

Il s’agit d’abord de savoir si une commission établie par une province peut enquêter sur un renvoi adressé par le ministre fédéral de la Justice en vertu de l’al. 617b) du *Code criminel*. On prétend qu’une telle enquête est invalide parce qu’elle empiète sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel.

La réponse à cette question se trouve dans le mandat de la Commission. L’article premier de la *Public Inquiries Act* autorise une telle enquête pourvu qu’elle porte sur une [TRADUCTION] «matière de nature publique sur laquelle l’Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse peut légiférer». La question est de savoir si l’enquête porte sur «l’administration de la justice», auquel cas elle relèverait des pouvoirs de la province en vertu du par. 92(14), ou sur le «droit criminel» ou la «procédure en matière criminelle», auquel cas elle empiéterait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel.

La réponse à cette question dépend de l’interprétation que l’on donne à l’expression «administration de la justice» relativement à la compétence fédérale en matière de droit criminel et de procédure en matière criminelle. Dans l’arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, notre Cour a conclu que l’expression «administration de la justice» devait recevoir une interprétation large de manière à comprendre la justice criminelle. La Cour a dit aux pp. 199 et 200:

La question à résoudre en l’espèce est s’il faut interpréter de façon juste, large et libérale les mots «l’administration de la justice dans la province» ou, si en raison de la soustraction du droit criminel et de la procédure en matière criminelle, on doit les interpréter si restrictivement que «l’administration de la justice» s’applique uniquement à «l’administration de la justice en matière civile». Selon moi, l’historique de la législation cana-

well as the development of legal institutions within the Provinces since Confederation, favour the broader construction as do, by and large, the authorities, admittedly few in number, which touch upon the subject under consideration.

*Di Iorio v. Warden of Montreal Jail* establishes, at p. 205, that the police, criminal investigations, prosecutions, corrections, and the court system, all comprise part of the “administration of justice”. These are all matters under investigation by the Commission. The term “criminal procedure”, reserved exclusively to the federal government, should not be confused with the larger concept of “criminal justice.” As stated in *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, at pp. 209-10:

It is not necessary and perhaps impossible, to find a satisfactory definition of “criminal procedure”. Although I would reject the view which would confine criminal procedure to that which takes place within the courtroom on a prosecution, I am equally of the opinion that “criminal procedure” is not co-extensive with “criminal justice” or that the phrase “criminal procedure” as used in the *B.N.A. Act* can drain from the words “administration of justice” in s. 92(14) that which gives those words much of their substance—the element of “criminal justice”.

I am satisfied that the Province has constitutional jurisdiction to inquire into the investigation, charging, prosecution, conviction and subsequent release of Donald Marshall, Jr. These are matters pertaining to the administration of justice within the Province, and, subject to the *caveat* expressed by Pigeon J. in *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218, that no provincially constituted commission of inquiry can inquire into the actual management or operation of the federal activity or entity in question (there the R.C.M.P.), they do not constitute an attempt to interfere with the valid federal interest in the enactment of and provision for a uniform system of procedures and rules governing criminal justice in the country: *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, *supra*; *O'Hara*

diennne, aussi bien que l'évolution des institutions juridiques à l'intérieur de la province depuis la Confédération, favorise l'interprétation large. Dans l'ensemble, les précédents peu nombreux, il est vrai, vont dans le même sens.

L'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal* établit que la police, les enquêtes et poursuites criminelles, les prisons et l'organisation des tribunaux font tous partie de «l'administration de la justice» (à la p. 205). Ce sont toutes des questions visées par l'enquête de la Commission. L'expression «procédure en matière criminelle», réservée exclusivement au gouvernement fédéral, ne doit pas être confondue avec le concept plus large de la «justice criminelle». Comme on l'affirme dans l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, aux pp. 209 et 210:

Il n'est pas nécessaire et il est peut-être impossible de rechercher une définition satisfaisante de la «procédure en matière criminelle». Même si je rejette l'opinion qui limiterait la procédure criminelle à ce qui se passe dans la salle d'audience lors d'une poursuite, je suis également d'avis que «procédure en matière criminelle» n'est pas synonyme de «justice criminelle» et que l'expression «procédure en matière criminelle» employée dans l'*A.A.N.B.* ne retranche pas des mots «l'administration de la justice» au par. (14) de l'art. 92 une partie essentielle de leur signification—l'élément «justice criminelle».

Je suis persuadée que la province a la compétence constitutionnelle pour examiner l'enquête, la mise en accusation, la poursuite, la déclaration de culpabilité et la libération subséquente de Donald Marshall, fils. Ce sont des questions qui ont trait à l'administration de la justice dans la province et, exception faite de la réserve formulée par le juge Pigeon dans l'arrêt *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218, qu'aucune commission d'enquête constituée par une province ne peut faire enquête sur la gestion ou le fonctionnement de l'activité ou entité fédérale en question (la GRC dans cette affaire), l'examen de ces questions ne constitue pas une tentative de porter atteinte à l'intérêt valide qu'a le gouvernement fédéral à ce que soit adopté un système uniforme de procédures et de règles régissant la justice criminelle au Canada: *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, précité; *O'Hara*

v. *British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 610.

In view of my conclusion that the judges are not required to testify before the Commission, I need not consider the question of whether such a requirement would infringe the federal power over federally appointed judges under ss. 96 and 63 of the *Constitution Act, 1867*.

### Conclusion

I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting in part)—I have read with great interest the reasons of my colleague Justice McLachlin. Although I am in almost complete agreement, I differ in part from the conclusions which she has reached. In the special circumstances of this case I would allow the appeals to the extent necessary to permit interrogation on two of the three questions sought to be posed on behalf of the Commission of Inquiry. Namely, the two questions are those concerning first, the make-up of the appellate panel, particularly the inclusion of Pace J.A. who was Attorney General at the time of Mr. Marshall's conviction, and secondly, the composition of the record before the court at the time of the reference, specifically directed at determining which affidavits formed part of that record.

### Background to the Appointment of the Hickman Commission

In May of 1971, when he was but seventeen years of age, Donald Marshall, Jr. was involved in events which gave rise to his wrongful conviction in November of that year of murder, an offence which since Cain slew Abel, has been considered to be the most grievous of violent crimes. He served eleven long years for a murder he did not commit. In 1983, on the basis of new evidence which had been collected, the Federal Minister of Justice referred the conviction to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia pursuant to s. 617(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c.

c. *Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 610.

Compte tenu de ma conclusion que les juges ne sont pas tenus de témoigner devant la Commission, je n'ai pas à examiner la question de savoir si une telle exigence porterait atteinte à la compétence qu'a le Parlement sur les juges nommés par le fédéral en vertu des art. 96 et 63 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

e Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident en partie)—J'ai lu avec beaucoup d'intérêt les motifs rédigés par ma collègue le juge McLachlin. Bien que je sois presque entièrement d'accord avec elle, j'arrive à une conclusion partiellement différente de la sienne. Vu les circonstances spéciales de la présente affaire, je suis d'avis d'accueillir les pourvois dans la mesure nécessaire pour permettre l'interrogatoire relativement à deux des trois questions que l'on cherche à poser au nom de la Commission d'enquête. Ce sont les deux questions qui concernent d'abord la composition du banc qui a entendu l'appel, particulièrement en ce qui concerne la présence du juge Pace qui était procureur général à l'époque de la déclaration de culpabilité de M. Marshall, et ensuite le contenu du dossier dont disposait la cour au moment du renvoi, particulièrement pour ce qui est de savoir quels affidavits faisaient partie de ce dossier.

### Historique de l'établissement de la Commission Hickman

h En mai 1971, alors qu'il n'avait que dix-sept ans, Donald Marshall, fils, a été impliqué dans des événements qui ont abouti en novembre de la même année à sa déclaration erronée de culpabilité de meurtre, une infraction qui depuis Caïn et Abel est considérée comme le plus grave des crimes avec violence. Il a purgé onze longues années d'emprisonnement pour un meurtre qu'il n'a pas commis. En 1983, se fondant sur de nouveaux éléments de preuve, le ministre fédéral de la Justice a renvoyé la déclaration de culpabilité à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, confor-

C-34, for a redetermination. The panel hearing the Reference was composed of the Chief Justice of Nova Scotia and Hart, Jones, Macdonald and Pace J.J.A. Pace J.A. had been the Attorney General of Nova Scotia at the time of Marshall's conviction. Applications were made to a panel of the Court of Appeal for the introduction of fresh evidence on behalf of both the Crown and the defence. It is difficult if not impossible to determine what material or affidavits made up the record of the Court upon the Reference. Mention was made in the reasons of certain affidavits although the transcript strongly suggests that they were not before the court.

When it rendered its decision ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286) quashing Marshall's conviction and directing his acquittal, the court added these paragraphs at its conclusion at pp. 321-22:

Donald Marshall, Jr. was convicted of murder and served a lengthy period of incarceration. That conviction is now to be set aside. Any miscarriage of justice is, however, more apparent than real.

In attempting to defend himself against the charge of murder Mr. Marshall admittedly committed perjury for which he still could be charged.

By lying he helped secure his own conviction. He misled his lawyers and presented to the jury a version of the facts he now says is false, a version that was so far-fetched as to be incapable of belief.

By planning a robbery with the aid of Mr. Seale he triggered a series of events which unfortunately ended in the death of Mr. Seale.

By hiding the facts from his lawyers and the police Mr. Marshall effectively prevented development of the only defence available to him, namely, that during a robbery Seale was stabbed by one of the intended victims. He now says that he knew approximately where the man lived who stabbed Seale and had a pretty good description of him. With this information the truth of the matter might well have been uncovered by the police.

Even at the time of taking the fresh evidence, although he had little more to lose and much to gain if he could obtain his acquittal, Mr. Marshall was far from being straightforward on the stand. He continued to be

mément à l'al. 617b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, pour qu'elle rende une nouvelle décision. Le banc qui a entendu le renvoi était composé du Juge en chef de la Nouvelle-Écosse et des juges Hart, Jones, Macdonald et Pace. Le juge Pace était procureur général de la Nouvelle-Écosse à l'époque de la déclaration de culpabilité de Marshall. La poursuite et la défense ont demandé à un banc de la Cour d'appel l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve. Il est difficile, voire impossible, de déterminer quels documents ou affidavits composaient le dossier de la cour aux fins du renvoi. Les motifs font état de certains affidavits bien que la transcription laisse fortement entendre que la cour ne les avait pas en main.

Dans sa décision ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286) annulant la déclaration de culpabilité de Marshall et ordonnant son acquittement, la cour a ajouté les paragraphes suivants à sa conclusion aux pp. 321 et 322:

[TRADUCTION] Donald Marshall, fils, a été déclaré coupable de meurtre et a purgé une longue période d'incarcération. Cette déclaration de culpabilité est maintenant annulée. Toute erreur judiciaire est cependant plus apparente que réelle.

En tentant de se défendre contre l'accusation de meurtre, M. Marshall a de son propre aveu commis un parjure qui peut encore faire l'objet d'accusations.

En mentant, il a contribué à sa propre déclaration de culpabilité. Il a trompé ses avocats et a présenté au jury une version des faits qu'il qualifie maintenant de fausse, une version tellement tirée par les cheveux qu'il était impossible de la croire.

En préparant un vol avec l'aide de M. Seale, il a déclenché une série d'événements qui se sont malheureusement terminés par la mort de M. Seale.

En cachant les faits à ses avocats et à la police, M. Marshall a en fait empêché la préparation du seul moyen de défense dont il pouvait se prévaloir, savoir qu'au cours d'un vol Seale a été poignardé par une des victimes visées. Il affirme maintenant qu'il savait à peu près où demeurait l'homme qui a poignardé Seale et qu'il avait une assez bonne description de lui. Si ces renseignements avaient été fournis, la police aurait bien pu découvrir la vérité.

Même lorsqu'on a recueilli les nouveaux éléments de preuve, quoiqu'il ait eu bien peu à perdre et beaucoup à gagner s'il pouvait obtenir un acquittement, M. Marshall a été loin d'être franc à la barre des témoins. Il a



evasive about the robbery and assault and even refused to answer questions until the court ordered him to do so. There can be no doubt but that Donald Marshall's untruthfulness through this whole affair contributed in large measure to his conviction.

We accordingly allow the appeal, quash the conviction and direct that a verdict of acquittal be entered.

Upon his acquittal, Marshall was eventually paid some \$250,000 by the Province of Nova Scotia and in return he executed a complete release of all claims he might have had against the government. Not unexpectedly it appears that the derogatory comments made by the Court of Appeal quoted above had an adverse impact on the quantum of compensation which was paid to Marshall. Despite these adverse comments, Marshall as the successful appellant could have no recourse by further appeal.

The inescapable conclusion is that the administration of justice failed Donald Marshall, Jr. He was wrongfully convicted and imprisoned for a murder he did not commit. The panel hearing the directed reference included a member who could appear (no matter how erroneous that appearance might be) to a layman to be biased. It would have been impossible for Marshall to know what affidavits were actually before the court. As a party, he was entitled to know the material which was to be a part of the record in order to meet the case presented against him. Something went seriously awry in the functioning of the judicial system in this case with tragic results for Donald Marshall, Jr.

#### The Appointment of the Hickman Commission

The Province of Nova Scotia took steps to learn why and how the administration of justice had failed in this case. Three very experienced, well-respected and eminent jurists were appointed to a Commission of Inquiry. Hickman C.J. was named as chairman with Poitras A.C.J. and Evans J. as members. Hickman C.J. was appointed Chief Justice of the High Court of Newfoundland in 1975.

continué d'être évasif au sujet du vol et de l'agression et a même refusé de répondre à des questions jusqu'à ce que la cour lui ordonne de le faire. Il ne peut y avoir de doute que le manque de franchise de Donald Marshall tout au long de cette affaire a contribué dans une large mesure à sa déclaration de culpabilité.

Nous accueillons donc l'appel, annulons la déclaration de culpabilité et ordonnons l'inscription d'un verdict d'acquittal.

Après son acquittement, Marshall a finalement reçu quelque 250 000 \$ de la province de la Nouvelle-Écosse en échange de quoi il a signé une renonciation complète à toutes les réclamations qu'il pourrait avoir contre le gouvernement. Il appert, ce qui n'est guère surprenant, que les commentaires dérogatoires de la Cour d'appel, que je viens de citer, ont eu des répercussions défavorables sur le montant de l'indemniti  versée à Marshall. Malgré ces commentaires défavorables, étant donné qu'il avait eu gain de cause en tant qu'appellant, Marshall n'avait plus aucun autre recours par voie d'appel.

La conclusion inévitable est que l'administration de la justice a été défaillante en ce qui concerne Donald Marshall, fils. Il a été reconnu coupable et emprisonné à tort pour un meurtre qu'il n'a pas commis. Le banc qui a entendu le renvoi comprenait un membre qui, aux yeux d'un profane pouvait paraître partial (peu importe jusqu'à quel point cette apparence peut être fausse). Il aurait été impossible que Marshall sache de quels affidavits disposait réellement la cour.   titre de partie, il avait le droit de savoir quels documents feraient partie du dossier de manière à pouvoir contredire la preuve présentée contre lui. Quelque chose a vraiment mal fonctionné dans le système judiciaire en l'espèce, ce qui a entraîné des résultats désastreux pour Donald Marshall, fils.

#### L'établissement de la Commission Hickman

La province de la Nouvelle-Écosse a pris des mesures pour savoir pourquoi et comment l'administration de justice avait été défaillante dans cette affaire. Trois éminents juristes très expérimentés et respectés ont été désignés pour faire partie d'une commission d'enquête. Le juge en chef Hickman a été nommé président et le juge en chef adjoint Poitras et le juge Evans ont été nommés membres.

Poitras A.C.J. was named to the Superior Court of Quebec in 1975 and was appointed Associate Chief Justice of the Superior Court of that Province in 1983. Evans J. was appointed to the High Court of Ontario in 1964 and, a year later, to the Ontario Court of Appeal. He served as Chief Justice of the High Court of Ontario from 1976-1985, at which time he retired as Chief Justice and became a puisne judge of that court. I have stressed the eminence and experience of these Commissioners to demonstrate that this was not a commission of bureaucratic commissars with no knowledge of the role of judges or judicial administration; rather it was composed of highly qualified and experienced jurists who would well understand the importance of all aspects of the independence of the judiciary, including the administration of courts and court affairs. All the members in their work as chief justices have known the problems of court administration and the need for reasonable judicial independence in that domain.

The Commissioners were granted the following broad mandate:

... to be, during pleasure, Our Commissioners under the Public Inquiries Act to constitute a Commission under the Chairmanship of the Honourable Mr. Justice T. Alexander Hickman with power to inquire into, report your findings, and make recommendations to the Governor in Council respecting the investigation of the death of Sandford William Seale on the 28th-29th day of May, A.D., 1971; the charging and prosecution of Donald Marshall Jr., with that death; the subsequent conviction and sentencing of Donald Marshall Jr., for the non-capital murder of Sandford William Seale for which he was subsequently found to be not guilty; and such other related matters which the Commissioners consider relevant . . .

In my view the terms of the appointment of the Commission were broad enough to include an inquiry into not only the wrongful conviction of Donald Marshall, Jr. but also into the reaction of the judicial system upon the Reference to the Court of Appeal to that error, and the eventual

Le juge en chef Hickman a été nommé juge en chef de la Haute Cour de Terre-Neuve en 1975. Le juge en chef adjoint Poitras a été nommé à la Cour supérieure du Québec en 1975, puis juge en chef adjoint de la Cour supérieure de cette province en 1983. Le juge Evans a été nommé à la Haute Cour de l'Ontario en 1964 et, l'année suivante, à la Cour d'appel de l'Ontario. Il a été juge en chef de la Haute Cour de l'Ontario de 1976 à 1985, année où il a abandonné le poste de juge en chef pour devenir juge puîné de cette cour. J'ai mis l'accent sur l'éminence et l'expérience de ces commissaires pour démontrer qu'il ne s'agissait pas d'une commission formée de bureaucrates qui n'avaient aucune connaissance du rôle des juges ou de l'administration judiciaire; elle était plutôt composée de juristes hautement qualifiés et expérimentés qui saisissaient bien l'importance de tous les aspects de l'indépendance du pouvoir judiciaire, y compris l'administration des tribunaux et des affaires judiciaires. Dans leur rôle de juges en chef, tous les membres ont connu les problèmes de l'administration d'une cour et senti la nécessité d'une indépendance judiciaire raisonnable dans ce domaine.

Les commissaires se sont vu confier le large mandat suivant:

[TRADUCTION] ... pour être, à titre amovible, nos commissaires en vertu de la Public Inquiries Act afin de constituer une commission sous la présidence de l'honorable juge T. Alexander Hickman, chargée d'enquêter, de faire rapport de ses conclusions et de formuler des recommandations au gouverneur en conseil au sujet de l'enquête sur le décès de Sandford William Seale survenu le 28 ou le 29 mai 1971, de l'inculpation de Donald Marshall, fils, et des poursuites engagées contre lui relativement à ce décès, du verdict de culpabilité subéquemment rendu contre Donald Marshall, fils, et de sa condamnation pour le meurtre non qualifié de Sandford William Seale, infraction dont il a par la suite été déclaré non coupable, et au sujet d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes . . .

À mon avis, le mandat de la Commission est suffisamment large pour comprendre une enquête non seulement sur la déclaration erronée de culpabilité de Donald Marshall, fils, mais aussi sur la réaction du système judiciaire suite au renvoi de cette erreur à la Cour d'appel et sur le paiement de

payment of compensation to Marshall. These items would come within the purview of the Commission as "... such other related matters which the Commissioners consider relevant".

Counsel for the Commission requested MacKeigan J.A. to attend before the Commission to answer questions pertaining to three matters: (1) the inclusion of Pace J.A. on the panel hearing the Reference; (2) the composition of the record that was in fact before the Court of Appeal on the Reference; and (3) questions with regard to what the factors were which, in the opinion of the Chief Justice, constituted a miscarriage of justice and with regard to whether in fact there was such a miscarriage of justice. In my opinion it was appropriate for the Commission to put questions to MacKeigan J.A. on the first two matters but not on the third.

#### The Scope of Judicial Immunity to Testify

Wigmore in his treatise on *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961) § 2192 pointed out that all privileges of exemption from the duty to testify are exceptional and ought to be discountenanced unless there is good reason plainly shown for their existence. He put it in this way at p. 73:

The pettiness and personality of the individual trial disappears when we reflect that our duty to bear testimony runs not to the parties in that present cause, but to the community at large and forever.

It follows ... that *all privileges of exemption from this duty are exceptional*, and are therefore to be discountenanced. There must be good reason, plainly shown, for their existence. [Emphasis in original.]

Nevertheless, I hasten to agree with my colleague that there is for very good reason an absolute privilege accorded to the judiciary exempting them from testifying as to their mental processes in arriving at a judgment or as to how they reached a decision in any case that came before them. This has been the law since *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167, and has continued to be so with unabated force to the present time. See for example the decision of the Ontario Court

l'indemnité que Marshall a finalement obtenu. Ces points relevaient du mandat de la Commission à titre «... d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes».

<sup>a</sup> Les procureurs de la Commission ont demandé au juge MacKeigan de comparaître devant la Commission pour répondre à des questions relatives à trois sujets: (1) l'inclusion du juge Pace dans le banc qui a entendu le renvoi, (2) le contenu du dossier dont disposait effectivement la Cour d'appel lors du renvoi, et (3) les facteurs qui, de l'avis du Juge en chef, ont constitué une erreur judiciaire et quant à savoir s'il y a réellement eu erreur judiciaire. À mon avis, il convient que la Commission pose des questions au juge MacKeigan sur les deux premiers sujets mais non sur le troisième.

<sup>d</sup> La portée de l'exemption de l'obligation de témoigner dont jouissent les juges

<sup>e</sup> Dans son traité intitulé *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton, édition révisée 1961) § 2192, Wigmore souligne que tous les privilèges et exemptions relatifs à l'obligation de témoigner sont exceptionnels et devraient être restreints à moins que leur existence ne soit justifiée par une bonne raison clairement démontrée. Voici ce qu'il affirme, à la p. 73:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Le caractère restreint et individuel du procès disparaît lorsque nous pensons que notre obligation de témoigner est due non pas aux parties en cause, mais à la collectivité en général et pour toujours.

<sup>g</sup> Il s'ensuit [...] que *tous les privilèges et exemptions relatifs à cette obligation sont exceptionnels* et qu'ils doivent donc être restreints. Leur existence doit être justifiée par une bonne raison clairement démontrée. [En italique dans l'original.]

<sup>h</sup> Néanmoins, je m'empresse de dire que je partage l'avis de ma collègue qu'il existe pour de très bonnes raisons un privilège absolu accordé aux juges qui les exempte de l'obligation de témoigner quant au processus mental suivi pour rendre un jugement ou quant à savoir comment ils sont arrivés à une décision dans une affaire dont ils étaient saisis. C'est la règle qui s'applique depuis l'arrêt *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167, et il en a toujours été invariablement ainsi

of Appeal in *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257, at p. 269, *per* Martin J.A.

A judgment and a judge's reasons for judgment must be put on record and are subject to scrutiny on appeal by the legal community and by the public at large. It is vital to the preservation of our system of justice that a judge not be required to answer any questions as to how a decision was reached. The reasons and the decisions speak for themselves. If they are to be questioned an effective and comprehensive means of challenging them is provided by appellate procedures.

As well a large measure of judicial immunity from testifying in respect of the administration of the work of the courts is an important and necessary factor in the functioning of the judicial system. For example, it would be unthinkable that an outside agency, whether it be a ministry of government, an agency of government or a bar associate, could designate which judge was to hear a particular case or which members of an appellate court were to sit on an appeal of a case. It is important that there be immunity for judges with regard to their conversations with administrative staff, as much as with their colleagues and clerks. Nonetheless there is an important distinction to be drawn between the two types of judicial immunity. There is first the privilege of the judiciary not to be questioned as to the decisions they have made on cases. This adjudicative privilege is of fundamental importance and is absolute in nature. Secondly, there is the privilege as to the administration of the courts. This administrative privilege is not of the same fundamental importance and is qualified in nature.

The privilege relating to administrative functions is an adjunct to the adjudicative privilege. In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, Le Dain J., writing for this Court, reviewed the basis for and extent of judicial independence as set forth in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He referred to the distinction between adjudicative independence and administrative independence. He noted that adjudicative independence lies at the very core and

jusqu'à nos jours. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257, à la p. 269, le juge Martin.

Un jugement et les motifs de jugement d'un juge doivent être consignés et peuvent faire l'objet d'un examen par voie d'appel interjeté par la communauté juridique ou par le public en général. Il est essentiel à la préservation de notre système de justice qu'un juge ne soit pas tenu de répondre à des questions concernant la façon dont il est arrivé à une décision. Les motifs et les décisions parlent d'eux-mêmes. S'ils doivent être mis en doute, les procédures d'appel fournissent un moyen efficace et complet de les contester.

De même, une large exemption de l'obligation de témoigner de la part des juges à l'égard de l'administration des travaux des tribunaux constitue un facteur important et nécessaire dans le fonctionnement du système judiciaire. Par exemple, il serait impensable qu'un organisme extérieur, fût-il un ministère ou un organisme gouvernemental ou encore un barreau, puisse dire quel juge entendra une affaire en particulier ou quels membres d'une cour d'appel siégeront dans un appel. Il est important que les juges jouissent d'une exemption relativement à leurs conversations avec le personnel administratif tout autant qu'avec leurs collègues et leurs clerks. Néanmoins, une distinction importante doit être établie entre les deux types d'immunité judiciaire. Il y a d'abord le privilège des juges de ne pas être interrogés quant aux décisions qu'ils ont rendues. Ce privilège attaché à l'adjudication est d'importance fondamentale et de nature absolue. Ensuite, il y a le privilège relatif à l'administration des tribunaux. Ce privilège attaché à l'administration n'a pas la même importance fondamentale et est de nature restreinte.

Le privilège relatif aux fonctions administratives est un auxiliaire du privilège attaché à l'adjudication. Dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, le juge Le Dain, s'exprimant au nom de notre Cour, a examiné le fondement et l'étendue de l'indépendance judiciaire visée à l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a mentionné la distinction entre l'indépendance décisionnelle et l'indépendance administrative. Il a souligné que l'indépendance décisionnelle constitue

essence of judicial independence whereas the administrative aspect functions as an adjunct. At page 712 he put forward his position in this way:

The essentials of institutional independence which may be reasonably perceived as sufficient for purposes of s. 11(d) . . . may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. To the extent that the distinction between administrative independence and adjudicative independence is intended to reflect that limitation, I can see no objection to it. It may be open to objection, however, in so far as the desirable or recommended degree of administrative autonomy or independence of the courts is concerned. In my opinion, the fact that . . . the Executive exercised administrative control over certain discretionary benefits or advantages affecting the judges did not prevent the Provincial Court (Criminal Division) . . . from being reasonably perceived as possessing the essential institutional independence required for purposes of s. 11(d).

These reasons make it apparent that judicial independence may not necessarily be compromised by all executive or legislative action which affects the administration of the courts.

The administrative privilege of judges is not as vital to the integrity of the administration of justice as is the adjudicative privilege. It is appropriate that the administrative privilege be qualified and limited in its scope. A leading American case on the aspect of judicial privilege relating to administration specifically describes it as qualified and not absolute. It was put in these words in *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986) at p. 1520:

We conclude, therefore, that there exists a privilege (albeit a qualified one . . .) protecting confidential communications among judges and their staffs in the performance of their judicial duties . . .

A party raising a claim of judicial privilege has the burden of demonstrating that the matters under inquiry fall within the confines of the privilege. The judicial privilege is grounded in the need for confidentiality in the effective discharge of the federal judge's duties. In

le point central et essentiel de l'indépendance judiciaire alors que l'aspect administratif joue le rôle d'auxiliaire. Il s'exprime ainsi, à la p. 712:

Les aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'al. 11d) [...] [peuvent se] résumer comme étant le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Dans la mesure où la distinction entre l'indépendance dans l'administration et l'indépendance dans les décisions se veut le reflet de cette limitation, je n'y vois aucune objection. On peut s'y opposer toutefois dans la mesure où le degré souhaitable ou recommandé d'indépendance ou d'autonomie administrative des tribunaux est concerné. À mon avis, le fait que [...] l'exécutif exerce un contrôle administratif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires touchant les juges, n'empêchait pas la Cour provinciale (Division criminelle) [...] d'être raisonnablement perçue comme possédant l'indépendance institutionnelle essentielle pour les fins de l'al. 11d).

Ces motifs montrent que l'indépendance judiciaire n'est pas nécessairement compromise par tous les actes du pouvoir exécutif ou législatif qui portent sur l'administration des tribunaux.

Le privilège attaché à l'administration dont jouissent les juges n'est pas aussi essentiel à l'intégrité de l'administration de la justice que le privilège attaché à l'adjudication. Il convient que le privilège attaché à l'administration soit de portée restreinte et limitée. Un arrêt de principe américain sur l'aspect du privilège judiciaire relatif à l'administration le décrit spécifiquement comme étant restreint et non absolu. Voici comment on l'a formulé dans l'arrêt *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986), à la p. 1520:

[TRADUCTION] Nous concluons donc à l'existence d'un privilège (quoique restreint . . .) qui protège les communications confidentielles entre les juges et leur personnel dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires [...]

Il incombe à la partie qui invoque le privilège judiciaire de démontrer que l'objet de l'enquête relève bien de ce privilège. Le privilège judiciaire est fondé sur le besoin de caractère confidentiel dans l'exercice efficace des fonctions du juge fédéral. Somme toute, le privilège

the main, the privilege can extend only to communications among judges and others relating to official business such as, for example, the framing and researching of opinions, orders, and rulings. [Emphasis added.]

Although he was dealing with executive privilege, the words of La Forest J. speaking for the Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, are apposite to this case. At page 660 referring to *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), he stated:

The Court recognized the need to protect communications between high government officials. It gave some weight to the candour argument, but it also noted the importance of protecting the President from being harassed by vexatious and unnecessary subpoenas.

On the other hand, the need for confidentiality in government, the court thought, must be weighed against the historic commitment to the rule of law. The integrity of the judicial system and public confidence in it depended on full disclosure of all facts within the framework of the rules of evidence, particularly in criminal matters.

He went on to conclude at p. 673:

Divulgence is all the more important in our day when more open government is sought by the public. It serves to reinforce the faith of the citizen in his governmental institutions. This has important implications for the administration of justice, which is of prime concern to the courts.

The qualified privilege of judges on administrative matters will clearly apply in most situations. However, there are exceptional cases such as this one where the qualified privilege of immunity from testifying must give way; this will occur when it is necessary to reaffirm public confidence in the administration of justice.

To take an extreme example, if an appeal court panel consisted of three judges, all of whom at one time or another had acted as Crown counsel in the prosecution of the appellant, the judicial immunity from testifying should not prevail. In such circumstances a properly constituted and qualified com-

ne peut s'appliquer qu'aux communications entre les juges et d'autres personnes relativement aux fonctions judiciaires officielles comme, par exemple la rédaction et la recherche d'opinions, d'ordonnances et de décisions.

<sup>a</sup> [Je souligne.]

Même s'ils portaient sur le privilège du pouvoir exécutif, les propos que le juge La Forest a tenus au nom de la Cour dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, sont pertinents en l'espèce. Voici ce qu'il écrit à la p. 660, au sujet de l'affaire *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974):

La cour a reconnu la nécessité de protéger les communications entre personnes occupant des charges importantes dans le gouvernement. Elle a accordé un certain poids à l'argument relatif à la franchise, mais elle a aussi souligné l'importance de protéger le Président contre tout harcèlement par des *subpoenas* vexatoires et inutiles.

<sup>d</sup> D'un autre côté, la nécessité d'assurer la confidentialité au sein du gouvernement, selon la cour, doit être soupesée par rapport à la reconnaissance historique de la suprématie du droit. L'intégrité du système judiciaire et la confiance du public en celui-ci dépendaient de la divulgation intégrale de tous les faits dans les limites prescrites par les règles de la preuve, particulièrement en matière pénale.

Puis il conclut, à la p. 673:

<sup>f</sup> La divulgation est d'autant plus importante de nos jours que le public revendique un gouvernement plus ouvert. La divulgation sert à renforcer la confiance du citoyen en ses institutions gouvernementales. Cela est lourd de conséquences pour l'administration de la justice qui constitue une préoccupation majeure pour les tribunaux.

<sup>h</sup> Le privilège restreint des juges relativement aux questions administratives s'applique clairement dans la plupart des cas. Il y a cependant des cas exceptionnels comme celui-ci où le privilège restreint qui exempte de l'obligation de témoigner doit céder le pas; cela se produit lorsqu'il est nécessaire de réaffirmer la confiance du public dans l'administration de la justice.

<sup>j</sup> Prenons un exemple extrême. Si le banc d'une cour d'appel était de trois juges ayant tous à un moment ou à un autre agi comme substitut du procureur général dans les poursuites engagées contre l'appelant, l'exemption de témoigner dont jouissent les juges ne devrait pas tenir. Dans ces

mission of inquiry (such as the one involved in this case) should be entitled to pose questions and receive answers as to the basis for the make-up of the appellate panel. An administrative decision such as this, unlike a judgment or reasons for judgment, is not subject to review by appeal procedures. A review of administrative decisions by an appropriate body in cases of apparent abuse will have a salutary effect and ensure continued public confidence in the work of the courts. To paraphrase a well known adage, not only must absolute fairness be exercised in making administrative decisions pertaining to the courts, but the public must be able to perceive that there has been absolute fairness exercised in these decisions.

In this case it is appropriate to review some of the administrative decisions. The wrongful conviction of Marshall of the crime of murder in itself called for a public inquiry. Later the composition of the panel which heard his appeal could have been the subject of public criticism. The lack of any certainty as to what material comprised the record on the appeal was disquieting. Like the wrongful conviction, these last two matters are of grave concern. They can probably be readily and completely answered, but answered they should be.

In my view there is at common law a qualified but not an absolute privilege or immunity that exists for judges which will generally excuse them from testifying as to decisions made in the course of administering the affairs of the court. In exceptional situations such as those that pertain in this case that qualified privilege should not and cannot prevail. In my opinion a judge of the Superior court could determine that the qualified privilege should not apply in this case and compel appearance and testimony as to the administrative decisions. It follows that the Commission, pursuant to ss. 3 or 4 of the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, has jurisdiction to compel attendance in order to pose and receive answers to the two questions to which I have referred.

circunstances, une commission d'enquête régulièrement constituée et qualifiée (comme celle en l'espèce) devrait avoir le droit de poser des questions et de recevoir des réponses quant aux motifs de la composition du banc qui a entendu l'appel. Une décision administrative comme celle-là, contrairement à un jugement ou à des motifs de jugement, ne peut être révisée par la voie de procédures d'appel. Le contrôle des décisions administratives par un organisme approprié dans des cas d'abus évidents aura un effet salutaire et assurera le maintien de la confiance du public dans le travail des tribunaux. Pour paraphraser un adage bien connu, non seulement une équité absolue doit-elle être démontrée dans les décisions administratives relatives aux tribunaux, mais le public doit être en mesure de sentir qu'une équité absolue a été démontrée dans ces décisions.

En l'espèce, il convient d'examiner certaines décisions administratives. En soi, la déclaration erronée de culpabilité de Marshall pour le crime de meurtre exige une enquête publique. Plus tard, la composition du banc qui a entendu son appel aurait pu faire l'objet de critiques de la part du public. L'incertitude quant aux documents qui composaient le dossier d'appel est troublante. Tout comme la déclaration erronée de culpabilité, ces deux derniers points soulèvent de graves inquiétudes. On peut probablement y répondre facilement et complètement, mais il faut y répondre.

À mon avis, il existe en *common law* un privilège ou une immunité restreinte mais non absolue dont bénéficient les juges et qui, de façon générale, les exemptera de témoigner quant aux décisions rendues dans le cours de l'administration des affaires de la cour. Dans des circonstances exceptionnelles comme celles qui se présentent en l'espèce, ce privilège restreint ne doit ni ne peut tenir. À mon avis, un juge de cour supérieure peut décider que le privilège restreint ne doit pas s'appliquer en l'espèce et exiger la comparution et le témoignage quant aux décisions administratives. Il s'ensuit que, conformément aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, la Commission a compétence pour exiger la comparution pour obtenir des réponses aux deux questions que j'ai mentionnées.

McLachlin J. expressly refrained from assessing the constitutionality of s. 3 of the *Public Inquiries Act* as a result of her decision that the testimony of the justices could not be compelled as a matter of statutory construction. My interpretation of the same statute lead me to conclude that there is a limited power within s. 3 to compel the justices to testify on the very narrow issue of the composition of the record and of the panel. As a result, it is not necessary to undertake a detailed examination of the question of whether s. 3, in its limited scope, would violate the constitutional precept of judicial independence. It is sufficient to state that whether it is described as a rule of common law or as a fundamental constitutional norm, the principle of judicial independence is not absolute. As noted earlier, the adjudicative privilege of judicial immunity must be distinguished from the privilege as to the administration of the courts. While the first is absolute, the second is qualified and must give way albeit only in rare and special circumstances such as those which exist in this case. This qualified administrative privilege must be regarded as a necessary qualification to any constitutional expression of the principle of judicial independence. As a result, I would conclude that s. 3 does not violate the constitutional principle of judicial independence.

It is true that in *Valente v. The Queen, supra*, Le Dain J. observed at p. 709:

Judicial control over the matters referred to by Howland C.J.O.—assignment of judges, sittings of the court, and court lists—as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions, has generally been considered the essential or minimum requirement for institutional or “collective” independence. See Lederman, “The Independence of the Judiciary” in *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), pp. 9-10; Deschênes, *Masters in their own house*, pp. 81 and 124.

Nonetheless he had earlier stated at p. 689:

Le juge McLachlin s’est expressément abstenue d’évaluer la constitutionnalité de l’art. 3 de la *Public Inquiries Act*, à la suite de sa décision que, sur le plan de l’interprétation des lois, les juges ne pouvaient être contraints à témoigner. Mon interprétation de cette même loi m’amène à conclure que l’art. 3 confère un pouvoir limité de contraindre les juges à témoigner sur la question très restreinte du contenu du dossier et de la composition du banc. En conséquence, il n’est pas nécessaire d’entreprendre un examen détaillé de la question de savoir si l’art. 3, dans sa portée limitée, viole la précepte constitutionnel de l’indépendance judiciaire. Il suffit de dire que peu importe qu’on le qualifie de règle de *common law* ou de norme constitutionnelle fondamentale, le principe de l’indépendance judiciaire n’est pas absolu. Comme nous l’avons déjà vu, le privilège attaché aux décisions que comporte l’immunité judiciaire doit être distingué du privilège attaché à l’administration des tribunaux. Le premier est absolu alors que le second est restreint et doit céder le pas quoique seulement dans des circonstances rares et particulières comme celles qui se présentent en l’espèce. Ce privilège restreint attaché à l’administration doit être perçu comme une restriction nécessaire de toute expression constitutionnelle du principe de l’indépendance judiciaire. Par conséquent, je suis d’avis de conclure que l’art. 3 ne viole pas le principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire.

Il est vrai que dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, précité, le juge Le Dain fait observer à la p. 709:

Le contrôle judiciaire sur les questions mentionnées par le juge en chef Howland, savoir l’assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l’allocation de salles d’audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions, a généralement été considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l’indépendance institutionnelle ou «collective». Voir Lederman, «The Independence of the Judiciary», dans *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), aux pp. 9 et 10; Deschênes, *Maîtres chez eux*, aux pp. 83, 84 et 130.

Néanmoins, il avait affirmé auparavant, à la p. 689:



Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. [Emphasis added.]

The aim and goal of all aspects of judicial independence is to preserve and foster public confidence in the administration of justice. Without public confidence the courts cannot effectively fulfil their role in society. Where as here the public confidence in the administration of justice has been called into question then in the interest of that public confidence which is essential to the functioning of the courts the qualified privilege should give way.

It follows that in the case at bar where public confidence in the administration of justice is at stake, questions as to the composition of the panel and of the record would not violate the constitutional principle of judicial independence. These questions pertain primarily to the manner in which justice was administered in this case, a matter of public concern and they are within the jurisdiction of the province and of the Commission.

#### Limitation of the Answers Sought

The third area in which the Commission sought to pose questions was put in this form by the Commission counsel:

On May 10, 1983, your letter of transmittal to the Honourable Mark MacGuigan indicated that the judgment of the Court contained "an opinion on the many factors which led to this miscarriage of justice within the judicial system". We would be interested in knowing precisely what these factors were, if in your opinion there was in fact a miscarriage of justice as contemplated by section 613(1)(a)(iii) of the Criminal Code, and whether the judgement is intended to indicate that there was or was not in fact such a miscarriage of justice.

This question should not be answered. It would require a judge to give an answer as to how a conclusion was reached on a matter which formed

Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception . . . [Je souligne.]

L'indépendance judiciaire, sous tous ses aspects, vise à préserver et à favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice. Sans la confiance du public, il est impossible pour les tribunaux de jouer efficacement leur rôle dans la société. Si, comme en l'espèce, la confiance du public dans l'administration de la justice a été mise en doute, alors dans l'intérêt de cette confiance qui est essentielle au fonctionnement des tribunaux, le privilège restreint devrait céder le pas.

Il s'ensuit que, dans la présente affaire où la confiance du public dans l'administration de la justice est en jeu, des questions concernant la composition du banc et le contenu du dossier ne violeraient pas le principe de l'indépendance judiciaire. Ces questions portent avant tout sur la façon dont la justice a été administrée en l'espèce, un sujet d'intérêt public, et elles relèvent de la compétence de la province et de la Commission.

#### Restriction quant aux réponses demandées

Le troisième sujet sur lequel la Commission désire poser des questions est formulé de la manière suivante par les procureurs de la Commission:

[TRADUCTION] Votre lettre d'accompagnement du 10 mai 1983 adressée à l'honorable Mark MacGuigan indique que le jugement de la cour contenait «une opinion sur les nombreux facteurs qui sont à l'origine de cette erreur judiciaire au sein du système judiciaire». Nous serions intéressés de savoir précisément quels sont ces facteurs, si jamais vous êtes d'avis qu'il y a vraiment eu une erreur judiciaire au sens du sous-al. 613(1)a)(iii) du Code criminel, et si le jugement entend indiquer qu'en fait il y a eu ou il n'y a pas eu d'erreur judiciaire.

On ne devrait pas répondre à cette question. Cela obligerait un juge à expliquer comment on est arrivé à une conclusion sur une question qui faisait

a part of the judgment. It therefore comes within the absolute immunity pertaining to judgments and reasons for judgment. As well, the questions which counsel for Marshall sought to have answered come within the same category and, for the same reason, should not be permitted.

### Conclusion

I would therefore grant the appeals to the extent that the answers requested by the Commission as to the composition of the panel and as to the material which comprised the record before the Court of Appeal on the Reference must be given.

*Appeals dismissed, WILSON and CORY JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras and Gregory Thomas Evans: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.*

*Solicitors for Donald Marshall, Jr.: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitors for Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and Leonard L. Pace: Cox, Downie & Goodfellow, Halifax.*

*Solicitors for the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitors for the Attorney General of Nova Scotia: Patterson Kitz, Halifax.*

partie du jugement. La question relève donc de l'immunité absolue applicable aux jugements et aux motifs de jugement. De même, les questions que l'avocat de Marshall voulait poser relèvent de la même catégorie et, pour la même raison, ne doivent pas être autorisées.

### Conclusion

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois dans la mesure où doivent être données les réponses demandées par la Commission quant à la composition du banc et quant aux documents qui faisaient partie du dossier devant la Cour d'appel lors du renvoi.

*Pourvois rejetés, les juges WILSON et CORY sont dissidents en partie.*

*Procureurs de T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras et Gregory Thomas Evans: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.*

*Procureurs de Donald Marshall, fils: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureurs de Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et Leonard L. Pace: Cox, Downie & Goodfellow, Halifax.*

*Procureurs du procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureurs du procureur général de la Nouvelle-Écosse: Patterson Kitz, Halifax.*

**IN THE MATTER of an application for an order for prohibition;**

**AND IN THE MATTER of the *Architects Act*, being chapter A-44.1 of the Revised Statutes of Alberta, 1980, as amended;**

**AND IN THE MATTER of the Practice Review Board of the Alberta Association of Architects;**

between

**Sheldon Harvey Chandler, S. H. Chandler Architect Ltd., Gordon Gerald Kennedy, G. G. Kennedy Architect Ltd., Brian William Kilpatrick, Brian W. Kilpatrick Architect Ltd., Peter Juergen Dandyk and Peter J. Dandyk Architect Ltd. *Appellants***

v.

**Alberta Association of Architects, the Practice Review Board of the Alberta Association of Architects, Trevor H. Edwards, James P. M. Waugh and Mary K. Green *Respondents***

INDEXED AS: CHANDLER v. ALBERTA ASSOCIATION OF ARCHITECTS

File No.: 19722.

1989: January 30; 1989: October 12.

Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Continuation of original proceedings — Functus officio — Inquiry into the practices of a firm of architects — Board conducting a valid hearing but issuing ultra vires findings and orders — Board's findings and orders quashed — Board failing to consider whether it should make recommendations as required by legislation — Whether Board empowered to continue original proceedings — Architects Act, R.S.A. 1980, c. A-44.1, s. 39(3) — Alberta Regulation, 175/83, s. 11(1).*

Pursuant to s. 39 of the *Architects Act*, the Practice Review Board of the Alberta Association of Architects conducted a hearing to review the practices of a firm of

**DANS L'AFFAIRE d'une demande d'ordonnance de prohibition;**

**ET DANS L'AFFAIRE de l'*Architects Act*, chapitre A-44.1 des Revised Statutes of Alberta, 1980, et modifications;**

**ET DANS L'AFFAIRE de la Practice Review Board de l'Alberta Association of Architects;**

entre

**Sheldon Harvey Chandler, S. H. Chandler Architect Ltd., Gordon Gerald Kennedy, G. G. Kennedy Architect Ltd., Brian William Kilpatrick, Brian W. Kilpatrick Architect Ltd., Peter Juergen Dandyk et Peter J. Dandyk Architect Ltd. *Appellants***

d c.

**Alberta Association of Architects, la Practice Review Board de l'Alberta Association of Architects, Trevor H. Edwards, James P. M. Waugh et Mary K. Green *Intimés***

RÉPERTORIÉ: CHANDLER c. ALBERTA ASSOCIATION OF ARCHITECTS

f N° du greffe: 19722.

1989: 30 janvier; 1989: 12 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

*Droit administratif — Commissions et tribunaux administratifs — Compétence — Continuation des procédures initiales — Functus officio — Enquête sur les pratiques d'un cabinet d'architectes — La Commission a tenu une audience valide mais a formulé des conclusions et des ordonnances ultra vires — Annulation des conclusions et ordonnances de la Commission — La Commission a omis de se demander si elle devait faire des recommandations comme l'exige la loi — La Commission a-t-elle le pouvoir de continuer les procédures initiales? — Architects Act, R.S.A. 1980, chap. A-44.1, art. 39(3) — Alberta Regulation, 175/83, art. 11(1).*

Conformément à l'art. 39 de l'*Architects Act*, la Commission de révision des pratiques de l'Association des architectes de l'Alberta a tenu une audience en vue

architects which went bankrupt and issued a report. Although the hearing was intended to be a practice review, the Board, in its report, made 21 findings of unprofessional conduct against the firm and six of the architects, levied fines, imposed suspensions and ordered them to pay the costs of the hearing. The Court of Queen's Bench allowed appellants' application for *certiorari* and quashed the Board's findings and orders. The Court of Appeal upheld the decision holding that the Board lacked jurisdiction to make findings or orders relating to disciplinary matters or costs. Under s. 39(3) of the Act, the Board is simply responsible for reporting to the Council of the Alberta Association of Architects and for making appropriate recommendations.

The Board notified the appellants that it intended to continue the original hearing to consider whether a further report should be prepared for consideration by the Council and whether the matter should be referred to the Complaint Review Committee. The Court of Queen's Bench allowed appellants' application to prohibit the Board from proceeding further in the matter. The court found that the Board had completed and fulfilled its function and that it was therefore *functus officio*. The Court of Appeal vacated the order of prohibition. It held that s. 39(3) of the Act and s. 11(1) of the Regulations require the Board to consider whether or not to make recommendations to the Council or the Complaint Review Committee. The Board did not do so and therefore did not exhaust its jurisdiction.

*Held* (La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Wilson and Sopinka JJ.: The Board was not *functus officio*. As a general rule, once an administrative tribunal has reached a final decision in respect of the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip in drawing up the decision or there has been an error in expressing the manifest intention of the tribunal. To this extent, the principle of *functus officio* applies to an administrative tribunal. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than on the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal. Its application in respect to administrative tri-

de réviser les pratiques d'un cabinet d'architectes en faillite et a présenté un rapport. Même si l'audience devait constituer une révision des pratiques, la Commission, dans son rapport, a tiré 21 conclusions de conduite contraire à la profession à l'encontre du cabinet et de six de ses architectes, imposé des amendes et des suspensions et leur a ordonné de payer les frais de l'audience. La Cour du Banc de la Reine a accueilli la demande de *certiorari* des appelants et a annulé les conclusions et ordonnances de la Commission. La Cour d'appel a confirmé la décision et a conclu que la Commission n'avait pas compétence pour formuler des conclusions ou des ordonnances en matière de discipline ou de frais. En vertu du par. 39(3) de la Loi, la Commission est tenue simplement de rendre compte au Conseil de l'Association des architectes de l'Alberta et de faire les recommandations qui s'imposent.

La Commission a avisé les appelants qu'elle avait l'intention de poursuivre l'audience initiale afin de décider s'il y aurait lieu de rédiger un nouveau rapport à l'intention du Conseil et de renvoyer toute l'affaire au Comité d'examen des plaintes. La Cour du Banc de la Reine a accueilli la demande des appelants visant à interdire à la Commission de poursuivre l'affaire. La cour a conclu que la Commission s'était acquittée de sa fonction et qu'elle était donc *functus officio*. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance de prohibition. Elle a conclu que le par. 39(3) de la Loi et le par. 11(1) du Règlement imposent à la Commission l'obligation d'envisager la possibilité de faire ou non une recommandation au Conseil ou au Comité d'examen des plaintes. La Commission ne l'a pas fait et, par conséquent, elle n'a pas épuisé sa compétence.

*Arrêt* (les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et Sopinka: La Commission n'est pas *functus officio*. En règle générale, lorsqu'un tribunal administratif a statué définitivement sur une question dont il est saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou si un lapsus a été commis en rédigeant la décision ou s'il y a eu une erreur dans l'expression de l'intention manifeste du tribunal. Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure à un tribunal administratif. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel

bunals which are subject to appeal only on a point of law must thus be more flexible and less formalistic.

Here, the Board failed to dispose of the matter before it in a manner permitted by the Act. The Board conducted a hearing into the appellants' practices but issued findings and orders that were *ultra vires*. The Board erroneously thought it had the power of the Complaint Review Committee and proceeded accordingly. It did not consider making recommendations as required by the Regulations and s. 39(3) of the Act. While the Board intended to make a final disposition of the matter before it, that disposition was a nullity and amounted in law to no disposition at all. In these circumstances, the Board, which conducted a valid hearing until it came to dispose of the matter, should be entitled to continue the original proceedings to consider disposition of the matter on a proper basis. On the continuation of the original proceedings, however, either party should be allowed to supplement the evidence and make further representations which are pertinent to disposition of the matter in accordance with the Act and Regulations.

*Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting):* When an administrative tribunal has reached its decision, it cannot afterwards, in the absence of statutory authority, alter its award except to correct clerical mistakes or errors arising from an accidental slip or omission. In this case, the Board was *functus officio* when it handed down its decision. Its function was completed when it rendered its final report. The fact that the original decision was wrong or made without jurisdiction is irrelevant to the issue of *functus officio*.

If the Board had discretion to consider making recommendations, and chose not to do so, it should be the end of the matter. There is no authority in the Act that permits the Board to change its mind on its own initiative. Furthermore, once a board acts outside its jurisdiction it should not be allowed to rectify the infirmities of its disposition according to its own predilections. Standards of consistency and finality must be preserved for the effective development of the complex administrative tribunal system in Canada. Either a board is compelled to act in a prescribed manner, or it is prohibited from so acting. Allowing the Board to reopen the hearing, without an explicit provision in the enabling statute, would create considerable confusion in the law relating to powers of administrative tribunals to rehear or redetermine matters. Finally, as a general rule, a tribunal should not

en bonne et due forme. Son application doit donc être plus souple et moins formaliste dans le cas des tribunaux administratifs dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit.

<sup>a</sup> En l'espèce, la Commission n'a pas statué sur la question dont elle était saisie d'une manière permise par la Loi. La Commission a tenu une audience valide au sujet des pratiques des appelants, mais elle a formulé des conclusions et des ordonnances qui étaient *ultra vires*.  
<sup>b</sup> Ayant cru erronément qu'elle était investie des pouvoirs du Comité d'examen des plaintes et ayant agi en conséquence, la Commission n'a pas envisagé de faire les recommandations requises par le Règlement et le par. 39(3) de la Loi. La Commission a voulu statuer sur la question de façon définitive, mais sa décision est nulle de nullité absolue, ce qui équivaut en droit à une absence totale de décision. Dans ces circonstances, la Commission, qui a tenu une audience valide jusqu'au moment de statuer sur la question, devrait pouvoir continuer les procédures initiales afin d'examiner la possibilité de trancher la question d'une façon appropriée. Cependant, à la continuation des procédures initiales, chaque partie devrait pouvoir compléter la preuve et présenter d'autres arguments pertinents aux fins de régler l'affaire conformément à la Loi et au Règlement.

<sup>e</sup> *Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents):* Sans autorisation de la loi, un tribunal administratif ne peut modifier sa décision après l'avoir rendue, sauf afin de rectifier des fautes matérielles ou des erreurs imputables à un lapsus ou à une omission. En l'espèce, la Commission était *functus officio* lorsqu'elle a prononcé sa décision. Elle avait complété sa fonction quand elle a rendu son rapport final. Le fait que la décision initiale soit erronée ou que le tribunal ait agi sans compétence ne revêt aucune pertinence en ce qui a trait à la question du *functus officio*.

<sup>f</sup> Si la Commission pouvait à sa discrétion envisager de faire des recommandations et qu'elle a choisi de s'en abstenir, l'affaire s'arrête là. La Loi n'autorise aucunement la Commission à changer d'avis de sa propre initiative. En outre, une fois qu'une commission excède sa compétence, elle ne devrait pas pouvoir corriger les déficiences de sa décision selon son bon vouloir. Les normes de constance, de certitude et de caractère définitif des décisions doivent être préservées si on veut assurer l'efficacité du système complexe des tribunaux administratifs au Canada. De deux choses l'une: ou bien une commission est tenue d'agir de la manière prescrite ou bien il lui est interdit d'agir. Permettre à la Commission de rouvrir l'audition, sans que la loi habilitante ne le prévoit expressément, serait de nature à créer une confusion considérable dans le droit en ce qui concerne les

be allowed to reserve the exercise of its remaining powers for a later date. The Board could not attempt to retain jurisdiction to make recommendations once it had made a final order, as the parties would never have the security of knowing that the decision rendered has finally determined their respective rights in the matter.

If the Board had a duty to consider making recommendations which it failed to fulfill, it could, depending on the circumstances of the case, be directed to review the entire matter afresh, and could be required to conduct a new hearing. Any re-examination, however, should not be construed as a "continuation of the Board's original proceedings". It would set a dangerous precedent in expanding the powers of administrative tribunals beyond the wording or intent of the enabling statute. It would also erode the protection of fairness and natural justice which is expected of administrative tribunals. In the particular circumstances of this case, a rehearing would not be appropriate.

The Court of Appeal erred in applying the principles of mandamus to the present situation.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Referred to:** *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186; *Huneault v. Central Mortgage and Housing Corp.* (1981), 41 N.R. 214; *Re Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232; *Posluns v. Toronto Stock Exchange*, [1968] S.C.R. 330; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Re V.G.M. Holdings, Ltd.*, [1941] 3 All E.R. 417; *Re Nelsons Laundries Ltd. and Laundry, Dry Cleaning and Dye House Workers' International Union, Local No. 292* (1964), 44 D.L.R. (2d) 463; *Lewis v. Grand Trunk Pacific Railway Co.* (1913), 13 D.L.R. 152; *M. Hodge and Sons Ltd. v. Monaghan* (1983), 43 Nfld. & P.E.I.R. 162; *Huneault v. Central Mortgage and Housing Corp.* (1981), 41 N.R. 214; *Lodger's International Ltd. v.*

pouvoirs qu'ont les tribunaux administratifs de réentendre ou de décider à nouveau une affaire. Enfin, en règle générale, il ne devrait pas être loisible à un tribunal de réserver pour une date ultérieure l'exercice de ses autres pouvoirs. Une fois prononcée son ordonnance définitive, la Commission ne pouvait tenter de conserver son pouvoir de faire des recommandations, car les parties n'auraient jamais eu la certitude que la décision rendue avait déterminé leurs droits respectifs de façon définitive.

Si la Commission a omis de remplir une obligation qui lui incombait de faire des recommandations, il peut lui être ordonné, selon les circonstances de l'espèce, de reprendre l'examen de toute l'affaire et elle peut alors être tenue de procéder à une nouvelle audition. Cependant, tout réexamen de l'affaire ne devrait pas être considéré comme «la continuation des procédures initiales par la Commission». Ce serait là créer un précédent dangereux que d'étendre les pouvoirs des tribunaux administratifs au-delà du texte ou de l'intention de leur loi habilitante. De plus, ce serait de nature à éroder la garantie d'équité et de justice naturelle dont on s'attend de la part des tribunaux administratifs. En l'espèce, il ne conviendrait pas d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience, vu les circonstances particulières de cette affaire.

La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant les principes du *mandamus* au présent cas.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186; *Huneault c. Société centrale d'hypothèques et de logement* (1981), 41 N.R. 214; *Re Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232; *Posluns v. Toronto Stock Exchange*, [1968] R.C.S. 330; *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Re V.G.M. Holdings, Ltd.*, [1941] 3 All E.R. 417; *Re Nelsons Laundries Ltd. and Laundry, Dry Cleaning and Dye House Workers' International Union, Local No. 292* (1964), 44 D.L.R. (2d) 463; *Lewis v. Grand Trunk Pacific Railway Co.* (1913), 13 D.L.R. 152; *M. Hodge and Sons Ltd. v. Monaghan* (1983), 43 Nfld. & P.E.I.R. 162; *Huneault c. Société centrale d'hypothèques et de logement* (1981), 41 N.R. 214; *Lodger's International*

*O'Brien* (1983), 45 N.B.R. (2d) 342; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1985] 1 F.C. 253 (C.A.), aff'd [1989] 1 S.C.R. 1038; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *Cité de Jonquière v. Munger*, [1964] S.C.R. 45; *Re Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232; *Canadian Industries Ltd. v. Development Appeal Board of Edmonton* (1969), 71 W.W.R. 635; *Karavos v. Toronto*, [1948] 3 D.L.R. 294.

### Statutes and Regulations Cited

Alberta Regulation, 175/83, s. 11.  
*Architects Act*, R.S.A. 1980, c. A-44.1, ss. 9(1)(j.1) [ad. 1981, c. 5, s. 6], 39 [am. 1981, c. 5, s. 16].  
*Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 11(4).  
*National Telecommunications Powers and Procedures Act*, R.S.C., 1985, c. N-20 [formerly *National Transportation Act*], s. 66.  
*Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1980, c. 347, s. 42.

### Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "functus officio".  
*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, "functus officio".  
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1985), 67 A.R. 255, allowing respondents' appeal from a decision of the Court of Queen's Bench<sup>1</sup>, granting appellants' application for an order for prohibition against the Practice Review Board. Appeal dismissed, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

*W. E. Code, Q.C.*, and *B. G. Kapusianyk*, for the appellants.

No one appearing for the respondents.

<sup>1</sup> Alta. Q.B., No. 8501-19113, October 8, 1985 (Brennan J.)

*Ltd. v. O'Brien* (1983), 45 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 342; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1985] 1 C.F. 253 (C.A.), conf. [1989] 1 R.C.S. 1038; *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *Cité de Jonquière v. Munger*, [1964] R.C.S. 45; *Re Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232; *Canadian Industries Ltd. v. Development Appeal Board of Edmonton* (1969), 71 W.W.R. 635; *Karavos v. Toronto*, [1948] 3 D.L.R. 294.

### Lois et règlements cités

<sup>c</sup> Alberta Regulation, 175/83, art. 11.  
*Architects Act*, R.S.A. 1980, chap. A-44.1, art. 9(1)j.1) [aj. 1981, chap. 5, art. 6], 39 [mod. 1981, chap. 5, art. 16].  
*Labour Relations Code*, S.A. 1988, chap. L-1.2, art. 11(4).  
<sup>d</sup> *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), chap. N-20 [auparavant la *Loi nationale sur les transports*], art. 66.  
<sup>e</sup> *Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 347, art. 42.

### Doctrine citée

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "functus officio".  
<sup>f</sup> *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, "functus officio".  
<sup>g</sup> Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

<sup>h</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1985), 67 A.R. 255, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés à l'encontre d'une décision de la Cour du Banc de la Reine<sup>1</sup>, qui avait accueilli la demande des appelants visant à obtenir une ordonnance de prohibition contre la Practice Review Board. Pourvoi rejeté, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

*W. E. Code, c.r.*, et *B. G. Kapusianyk*, pour les appelants.

<sup>j</sup> Personne n'a comparu pour les intimés.

<sup>1</sup>B.R. Alb., n° 8501-19113, 8 octobre 1985 (le juge Brennan).

The judgment of Dickson C.J. and Wilson and Sopinka JJ. was delivered by

SOPINKA J.—The issue in this appeal is whether the Practice Review Board of the Alberta Association of Architects was *functus officio* after delivering a report on the practices leading to the bankruptcy of the Chandler Kennedy Architectural Group. The Alberta Court of Appeal allowed an appeal from the decision of the Alberta Court of Queen's Bench granting the appellants' application for an order prohibiting the Practice Review Board from proceeding on the grounds that the Board no longer had jurisdiction to deal with the matter and was *functus officio*.

#### Facts

As a result of the Chandler Kennedy Architectural Group filing for voluntary insolvency in June 1984, the Practice Review Board of the Alberta Association of Architects decided on its own initiative pursuant to s. 39(1)(b) of the *Architects Act*, R.S.A. 1980, c. A-44.1, to undertake a review of the practice of the Group and a number of the individual members of the Group. Hearings were commenced on August 14, 1984 and continued for a total of eighteen days. Final submissions were heard on December 17, 1984 and the report of the Board was issued on March 6, 1985.

The 71-page report made 21 specific findings of unprofessional conduct against the firm and several of the partners. Fines totalling \$127,500 were imposed upon six members of the firm. The same six partners were also issued suspensions from practicing architecture for periods from six months to two years. As well, the appellants were required to pay the costs of the hearing, approximating \$200,000.

#### Proceedings in the Courts Below

The appellants filed notice of intention to appeal the decision of the Board to the Council of the Alberta Association of Architects pursuant to s. 55

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson et Sopinka rendu par

LE JUGE SOPINKA—Dans ce pourvoi, il s'agit de déterminer si la Practice Review Board (la «Commission de révision des pratiques») de l'Alberta Association of Architects («l'Association des architectes de l'Alberta») était *functus officio* après avoir établi un rapport sur les pratiques ayant entraîné la faillite du Chandler Kennedy Architectural Group. La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli l'appel interjeté contre la décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta qui avait accordé l'ordonnance de prohibition, demandée par les appelants, visant à interdire à la Commission de poursuivre l'affaire, pour le motif que la Commission n'avait plus compétence et qu'elle était *functus officio*.

#### Les faits

En juin 1984, le Chandler Kennedy Architectural Group s'est déclaré insolvable. La Commission de révision des pratiques de l'Association des architectes de l'Alberta a alors décidé, de sa propre initiative, de procéder à une révision des pratiques du groupe et d'un certain nombre de ses membres, conformément à l'al. 39(1)(b) de l'*Architects Act*, R.S.A. 1980, chap. A-44.1. Les audiences ont débuté le 14 août 1984 et se sont poursuivies pendant dix-huit jours. Les dernières plaidoiries ont été entendues le 17 décembre 1984 et la Commission a présenté son rapport le 6 mars 1985.

Le rapport de 71 pages comportait 21 conclusions précises de conduite contraire à la profession à l'encontre du cabinet et de plusieurs de ses membres. Des amendes s'élevant à 127 500 \$ ont été imposées à six membres du cabinet. Ces mêmes six membres ont également été suspendus de l'exercice de la profession d'architecte pour des périodes de six mois à deux ans. De même, les appelants devaient payer les frais de l'audience, soit environ 200 000 \$.

#### Les tribunaux d'instance inférieure

Les appelants ont déposé un avis d'intention d'interjeter appel contre la décision de la Commission auprès du Council of the Alberta Association



of the *Architects Act*. However, prior to the commencement of the appeal, the appellants brought an application before the Alberta Court of Queen's Bench for an order in the nature of *certiorari* to quash the findings and order of the Practice Review Board. Kryczka J. granted the order requested and held that the failure to inform the appellants that they were facing any charges or allegations of unprofessional conduct offended the principles of natural justice. Kryczka J. held that the comments of the Chairman of the Board clearly indicated that the hearings were intended to be a practice review rather than an inquiry into allegations of unprofessional conduct.

This decision was appealed by the Alberta Association of Architects to the Alberta Court of Appeal. In the Court of Appeal (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 320, Prowse J.A. speaking for the court, upheld the decision of Kryczka J. but on different grounds. Prowse J.A. held that the Practice Review Board lacked jurisdiction to make findings or orders relating to disciplinary matters or costs. Disciplinary powers were said to be reserved for another body within the Alberta Association of Architects, the Complaint Review Committee. Under s. 39(3) of the *Architects Act* the Board is simply responsible for reporting to the Council and making whatever recommendations it feels are appropriate. Therefore, the Court of Appeal dismissed the appeal on the grounds that the *Architects Act* did not give to the Board the powers it purported to exercise.

A month after the decision of the Court of Appeal, the Practice Review Board gave notice to the appellants that it intended to continue the original hearing in order that consideration could be given to preparing a further report to the Council of the Alberta Association of Architects and consideration could also be given to referring the matter to the Complaint Review Committee.

of Architects («Conseil de l'Association des architectes de l'Alberta»), conformément à l'art. 55 de l'*Architects Act*. Toutefois, avant même l'audition de l'appel, les appelants ont présenté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta une requête visant à obtenir une ordonnance tenant d'un *certiorari* qui annulerait les conclusions et l'ordonnance de la Commission de révision des pratiques. Le juge Kryczka a accordé l'ordonnance demandée et conclu que l'omission d'aviser les appelants qu'ils faisaient l'objet d'accusations ou d'allégations de conduite contraire à la profession contrevenait aux principes de justice naturelle. Le juge Kryczka a statué que les commentaires du président de la Commission indiquaient clairement que les audiences devaient constituer une révision des pratiques plutôt qu'une enquête portant sur des allégations de conduite contraire à la profession.

L'Association des architectes de l'Alberta a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Alberta. Dans l'arrêt de la Cour d'appel (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 320, le juge Prowse a maintenu, au nom de la cour, la décision du juge Kryczka, en se fondant toutefois sur des motifs différents. Le juge Prowse a conclu que la Commission de révision des pratiques n'avait pas compétence pour formuler des conclusions ou des ordonnances en matière de discipline ou de frais. Il a estimé que les pouvoirs disciplinaires étaient conférés à un autre organe de l'Association des architectes de l'Alberta, savoir le Comité d'examen des plaintes. En vertu du par. 39(3) de l'*Architects Act*, la Commission est tenue simplement de rendre compte au Conseil et de faire les recommandations qu'elle juge appropriées. Par conséquent, la Cour d'appel a rejeté l'appel pour le motif que l'*Architects Act* ne conférait pas à la Commission les pouvoirs qu'elle prétendait exercer.

Un mois après la décision de la Cour d'appel, la Commission de révision des pratiques a avisé les appelants qu'elle avait l'intention de poursuivre l'audience initiale afin d'envisager la possibilité de rédiger un nouveau rapport à l'intention du Conseil de l'Association des architectes de l'Alberta et de renvoyer toute l'affaire au Comité d'examen des plaintes.

The appellants then brought an application before the Court of Queen's Bench to prohibit the Board from proceeding further with the continuation of the matter. Brennan J. held that the Board had completed and fulfilled the function for which it was constituted and it was therefore *functus officio* and lacked jurisdiction to continue its hearing. This decision was also appealed to the Alberta Court of Appeal.

The Court of Appeal (1985), 67 A.R. 255 allowed the appeal and vacated the order of prohibition. Kerans J.A. for the court held that s. 39(3) of the *Architects Act* and Regulation 175/83, s. 11(1) impose on the Board the duty to consider whether or not to make a recommendation. Kerans J.A. held that the Board did not consider whether to make a recommendation that the matter be referred to the Complaint Review Committee and therefore it did not exhaust its jurisdiction. *Functus officio* was held not to apply here as there was a failure to consider matters which were part of the Board's statutory duty. It is from this decision that the present appeal arises.

### Statutory Powers of the Board

In order to determine whether the Board was empowered to continue its proceedings against the appellants it is necessary to examine the statutory framework within which it operates. The Act does not purport to confer on the Board the power to rescind, vary, amend or reconsider a final decision that it has made. Such a provision is not uncommon in the enabling statutes of many tribunals. See *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 11(4); *Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1980, c. 347, s. 42; and *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, R.S.C., 1985, c. N-20, s. 66 (formerly the *National Transportation Act*). It is therefore necessary to consider (a) whether it had made a final decision, and (b) whether it was, therefore, *functus officio*.

Les appelants ont alors soumis une requête à la Cour du Banc de la Reine en vue d'interdire à la Commission de poursuivre l'affaire. Le juge Brennan a conclu que la Commission s'était acquittée de la fonction pour laquelle elle avait été constituée, qu'elle était donc *functus officio* et n'avait pas compétence pour poursuivre l'audience. Cette décision a également fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel de l'Alberta.

La Cour d'appel (1985), 67 A.R. 255 a accueilli l'appel et annulé l'ordonnance de prohibition. Le juge Kerans a conclu, au nom de la cour, que le par. 39(3) de l'*Architects Act* et le par. 11(1) du règlement 175/83 imposaient à la Commission l'obligation d'envisager la possibilité de faire ou non une recommandation. Le juge a statué que la Commission n'avait pas envisagé de recommander le renvoi de l'affaire devant le Comité d'examen des plaintes et que, par conséquent, elle n'avait pas épuisé sa compétence. On a jugé que le principe du *functus officio* ne s'appliquait pas dans ce cas puisque la Commission avait omis d'examiner des questions qu'elle avait le devoir d'examiner en vertu de la loi. C'est cette décision qui fait l'objet du présent pourvoi.

### f Les pouvoirs conférés à la Commission par la Loi

Pour déterminer si la Commission avait le pouvoir de poursuivre les procédures engagées contre les appelants, il est nécessaire d'examiner le contexte légal dans lequel elle fonctionne. La Loi n'a pas pour objet de conférer à la Commission le pouvoir d'abroger, de réviser ou de modifier une décision définitive qu'elle a rendue, ni de revenir sur une telle décision. Une telle disposition est courante dans les lois habilitantes de nombreux tribunaux. Voir le *Labour Relations Code*, S.A. 1988, chap. L-1.2, par. 11(4), la *Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 347, art. 42, et la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), chap. N-20, art. 66 (auparavant la *Loi nationale sur les transports*). Il convient donc de décider a) si elle avait rendu une décision définitive et b) si elle était, par conséquent, *functus officio*.

The Board on its own initiative launched an inquiry into the practices of the appellants pursuant to s. 39 of the Act which provides:

**39(1) The Board**

(a) shall, on its own initiative or at the request of the Council, inquire into and report to and advise the Council in respect of

(i) the assessment of existing and the development of new educational standards and experience requirements that are conditions precedent to obtaining and continuing registration under this Act,

(ii) the evaluation of desirable standards of competence of authorized entities generally,

(iii) any other matter that the Council from time to time considers necessary or appropriate in connection with the exercise of its powers and the performance of its duties in relation to competence in the practice of architecture under this Act and the regulations, and

(iv) the practice of architecture by authorized entities generally,

and

(b) may conduct a review of the practice of an authorized entity in accordance with this Act and the regulations.

(2) A person requested to appear at an inquiry under this section by the Board is entitled to be represented by counsel.

(3) The Board shall after each inquiry under this section make a written report to the Council on the inquiry and may make any recommendations to the Council that the Board considers appropriate in connection with the matter inquired into, with reasons for the recommendations.

(4) If it is in the public interest to do so, the Council may direct that the whole or any portion of any inquiry by the Board under this section shall be held in private.

It is apparent that s. 39 does not deal with discipline but rather with practices in the profession with a view to their improvement. If, however, in the course of the inquiry into practices it appears to the Board that a matter may require investigation by the Complaint Review Committee, provision is made for referral of that matter to that Committee. Section 9(1)(j.1) of the Act empowers the Council to make regulations:

La Commission a entrepris, de sa propre initiative, une enquête sur les pratiques des appelants, conformément à l'art. 39 de la Loi dont voici le texte:

**a [TRADUCTION] 39(1) La Commission**

a) doit, de sa propre initiative ou à la demande du Conseil, enquêter, faire rapport au Conseil et le conseiller au sujet de

(i) l'évaluation des normes actuelles et l'élaboration de nouvelles normes en matière de formation et d'expérience préalablement nécessaires à l'obtention et au maintien de l'enregistrement en vertu de la présente loi,

(ii) l'évaluation des normes de compétence souhaitables pour les entités autorisées en général,

(iii) toute autre question que le Conseil juge nécessaire ou appropriée en rapport avec l'exercice de ses pouvoirs et l'exécution de ses fonctions relativement à la compétence dans l'exercice de la profession d'architecte, en vertu de la présente loi et des règlements, et

(iv) l'exercice de l'architecture par des entités autorisées en général,

et

b) peut procéder à la révision des pratiques d'une entité autorisée, conformément à la présente loi et aux règlements.

(2) Toute personne citée à témoigner par la Commission, lors d'une enquête tenue en vertu du présent article, peut y être représentée par un avocat.

(3) Après chaque enquête tenue en vertu du présent article, la Commission doit soumettre un rapport écrit au Conseil et peut lui faire les recommandations motivées qu'elle juge appropriées en rapport avec l'affaire en cause.

(4) Le Conseil peut ordonner qu'une enquête tenue par la Commission en vertu du présent article ait lieu à huis clos, en totalité ou en partie, s'il est dans l'intérêt public de le faire.

Il est évident que l'art. 39 porte non pas sur la discipline mais bien sur les pratiques ayant cours au sein de la profession et vise l'amélioration de celles-ci. Toutefois, si dans le cours d'une enquête sur les pratiques, la Commission estime qu'une question devrait être confiée au Comité d'examen des plaintes, la Loi prévoit le renvoi de cette question à ce comité. L'alinéa 9(1)j.1) de la Loi confère au Conseil le pouvoir d'adopter des règlements:

(j.1) respecting the powers, duties and functions of the Practice Review Board including, but not limited to, the referral of matters by that Board to the Council or the Complaint Review Committee and appeals from decisions of that Board;

Section 11 of Regulation 175/83 passed pursuant to s. 9(1)(j.1) provides as follows:

11(1) The Board may shall [*sic*] make one or more of the following directions or recommendations:

(a) make one or more recommendations to the authorized entity or licensed interior designer, the subject of a practice review, respecting desired improvements in the practice reviewed;

(b) direct that a reviewer conduct a follow-up practice review to determine whether or not the Board's recommendations have been adopted and whether they have resulted in the desired improvements being made in the practice of the entity concerned;

(c) if it considers any one or more of the following matters to be of a sufficiently serious nature to require investigation by the Complaint Review Committee, direct that the matter be referred to the Complaint Review Committee for investigation:

(i) the unco-operative manner of an authorized entity or licensed interior designer in the course of a practice review or a follow up review;

(ii) a failure to comply with the Act, Professional Practice Regulation, Code of Ethics, Interior Design Regulation or General By-laws;

(iii) a failure to adopt and implement the recommendations respecting desired improvements in the practice of the entity concerned;

(iv) any apparent fraud, negligence or misrepresentation, or any disregard of the generally accepted standards of the practice of architecture or practice of licensed interior designers;

(d) if the Board determines in the course of its practice review that the conduct of an authorized entity or licensed interior designer constitutes

(i) unskilled practice of architecture or unprofessional conduct or both, or

(ii) unskilled practice of interior design or unprofessional conduct, or both

[TRADUCTION] j.1) concernant les pouvoirs, obligations et fonctions de la Commission de révision des pratiques, dont le renvoi de questions par la Commission au Conseil ou au Comité d'examen des plaintes, et les appels interjetés à l'encontre de décisions rendues par la Commission;

L'article 11 du règlement 175/83 adopté en vertu de l'al. 9(1)j.1) prévoit que:

11(1) La Commission peut doit (*sic*) formuler une ou plusieurs des directives ou recommandations suivantes:

a) faire une ou plusieurs recommandations à l'entité autorisée ou au dessinateur d'intérieurs agréé dont les pratiques font l'objet d'une révision, au sujet des améliorations qu'il est souhaitable d'apporter à la pratique qui fait l'objet d'une révision;

b) ordonner qu'un réviseur assure le suivi de la révision des pratiques afin de déterminer si les recommandations de la Commission ont été adoptées et si elles ont entraîné les améliorations souhaitées dans les pratiques de l'entité en cause;

c) si, à son avis, l'une des questions suivantes est assez grave pour que le Comité d'examen des plaintes fasse enquête, ordonner que la question soit renvoyée au Comité d'examen des plaintes pour fins d'enquête:

(i) manque de collaboration d'une entité autorisée ou d'un dessinateur d'intérieurs agréé dans le cadre d'une révision des pratiques ou d'un suivi;

(ii) manquement à la Loi, au Règlement sur l'exercice de la profession, au Code de déontologie, au Règlement sur le dessin d'intérieurs ou aux règlements généraux;

(iii) défaut d'adopter et d'appliquer les recommandations relatives à l'amélioration souhaitée des pratiques de l'entité en cause;

(iv) toute apparence de fraude, négligence ou fausses déclarations, ou tout manquement aux normes généralement acceptées pour l'exercice de la profession d'architecte et de la profession de dessinateur d'intérieurs;

d) si, dans le cadre de sa révision des pratiques, la Commission estime que la conduite d'une entité autorisée ou d'un dessinateur d'intérieurs agréé constitue

(i) un manque de compétence dans l'exercice de la profession d'architecte ou une conduite contraire à la profession, ou les deux à la fois,

(ii) un manque de compétence dans l'exercice de la profession de dessinateur d'intérieurs ou une conduite contraire à la profession, ou les deux à la fois,

the Board shall deal with the matter in accordance with sections 50 to 53 of the Act;

(e) indicate that it has no recommendations to make or that the practice reviewed is satisfactory;

(f) comment on a practice maintained at a high standard and with the consent of the authorized entity or licensed interior designer concerned, publicize the high standard and the persons concerned;

(g) make recommendations to the Council with a view to the establishment of new standards related to specific or general areas of the practice of architecture.

(2) The Board shall not impose any sanction under subsection (1)(d) unless the authorized entity or professional interior designer concerned

(a) has made representations to the Board, or

(b) after a notice under section 42 of the Act has been given, fails to attend the hearing or does not make representations.

The Board's inquiry proceeded as an inquiry into practices in accordance with the Act. The following statements made by the Chairman during the course of the inquiry aptly describe the nature of the inquiry:

The first thing that I would like to make very clear and I believe that you alluded to this in the beginning, that this is not a complaint review, this is a practice review, and as a result we are not dealing with a specific case of wrongdoing which I think you are alluding to and you are obviously experienced in the court. We are dealing with a review of the practice of the various authorized entities and that means a total review. So, as a result, the entire course of this Hearing has been to review the total practice. It has not been a process of reviewing specific points. The Board has been concerned to develop a full and as broad an understanding of the practice of the various entities as is humanly possible under the circumstances.

As a result of the review of those authorized entities, it is our responsibility and our duty to make recommendations and to make findings and we of course are going to be doing that following this.

Following each and every individual, we have provided an opportunity for questioning. The Board will have to take into consideration all of the evidence that has been put before it and has been spending a great deal of time in making certain it is listening and trying to understand

la Commission procédera conformément aux articles 50 à 53 de la Loi;

e) indiquer qu'elle n'a aucune recommandation à faire ou que la pratique faisant l'objet d'une révision s'est avérée satisfaisante;

f) faire des commentaires sur le maintien d'un idéal élevé de pratique et, avec le consentement de l'entité autorisée ou du dessinateur d'intérieurs agréé en cause, faire connaître cet idéal élevé ainsi que le nom des personnes visées;

g) faire au Conseil des recommandations visant l'établissement de nouvelles normes dans des domaines précis ou généraux de l'architecture.

(2) La Commission ne peut imposer de sanction en vertu de l'alinéa (1)d) que si l'entité autorisée ou le dessinateur d'intérieurs professionnel en cause

a) a présenté ses arguments à la Commission, ou

b) n'a pas assisté à l'audience ni présenté d'arguments, après avoir reçu un préavis donné en vertu de l'article 42 de la Loi.

La Commission a procédé à une enquête sur les pratiques conformément à la Loi. Au cours de l'enquête, le président a fait les observations suivantes qui décrivent bien la nature de l'enquête:

[TRADUCTION] J'aimerais tout d'abord établir très clairement, et je crois que vous y aviez fait allusion au début, qu'il s'agit non pas de l'examen d'une plainte mais bien d'une révision des pratiques et que, par conséquent, nous ne sommes pas saisis d'un cas précis d'actes répréhensibles, ce à quoi vous faites allusion, je crois, et pour lesquels vous avez beaucoup d'expérience devant les tribunaux. Il s'agit de la révision des pratiques des diverses entités autorisées et donc, d'une révision complète. Par conséquent, cette audience a uniquement pour but de réviser les pratiques dans leur ensemble. Il ne s'agit pas de réviser des points précis. La Commission a voulu comprendre entièrement et de façon aussi globale que possible, dans les circonstances, les pratiques de ces diverses entités.

À la suite de la révision de ces entités autorisées, il nous incombe de faire des recommandations et de tirer des conclusions, ce que nous allons faire ci-après.

Après chaque témoignage, nous avons permis que le témoin soit questionné. La Commission devra tenir compte de toute la preuve qui lui a été soumise et elle a consacré beaucoup de temps à s'assurer qu'elle écoutait et essayait de comprendre tout ce qui s'était passé. Mais

everything that has taken place. But again, as I said to your counsel, a few minutes ago, this is not a complaint review where we are trying to find fault or guilt on specific complaints. This is a practice review, and as a result we are given the responsibility of trying to review and understand at the fullest extent possible what has taken place, and as a result of the fullest extent of which has taken place, make findings and recommendations to the profession. [Emphasis added.]

Nevertheless, when it came to issue directions and recommendations, instead of proceeding under s. 39(3) of the Act as amplified by s. 11(1)(a), (b), (c), (e), (f) or (g) of the Regulation, the Board proceeded under s. 11(1)(d) of the Regulation, a provision that the Court of Appeal in the first appeal held to be *ultra vires*. The Court of Appeal held that ss. 50 to 53 deal with disciplinary matters which are beyond the competence of the Board. This decision of the Court of Appeal has not been challenged. Accordingly, the result of the decision of the Court of Appeal is that the Board conducted a valid hearing into the appellants' practice but issued findings and orders that were *ultra vires* and have been quashed.

In view of the fact that the Board erroneously thought it had the power of the Complaint Review Committee and proceeded accordingly, it did not consider recommendations under s. 39(3) of the Act or under s. 11(1)(a), (b), (c), (e), (f) or (g), and in particular (c), of the Regulation.

Kerans J.A. based his conclusion that the Board was not *functus officio* on the ground that the Board had a duty to consider whether to make a recommendation. He stated, at p. 257:

While the board has, under s. 39(3) and perhaps also the regulations, a discretion whether to make any recommendation, we think that the section imposes upon the board the duty to consider whether to make a recommendation. The report does not say that the board did so. If the board did not so consider, then, contrary to the finding of the learned Queen's Bench judge, the board has not exhausted its jurisdiction.

In view of the inexplicable use of "may/shall" in Regulation 11(1), it is difficult to determine precisely what the Board was obliged to do. Certainly

encore une fois, comme je l'ai dit à votre avocat il y a quelques minutes, il ne s'agit pas d'un examen de plaintes où nous essayons de déterminer la faute ou la culpabilité à l'égard de plaintes précises. Il s'agit d'une révision des pratiques et, en conséquence, il nous incombe de tenter de revoir et de comprendre le mieux possible ce qui s'est passé et, par conséquent, de tirer des conclusions et de faire des recommandations à la profession. [Je souligne.]

Néanmoins, lorsque vint le temps de donner des directives et de faire des recommandations, la Commission a procédé en vertu de l'al. 11(1)d) du Règlement, que la Cour d'appel a jugé *ultra vires* dans le premier appel, au lieu d'agir sous le régime du par. 39(3) de la Loi, précisé par les al. 11(1)a), b), c), e), f) ou g) du Règlement. La Cour d'appel a statué que les art. 50 à 53 portaient sur des questions disciplinaires qui outrepassent la compétence de la Commission. Cette décision de la Cour d'appel n'a pas été contestée. Par conséquent, il en résulte que la Commission a tenu une audience valide sur les pratiques des appelants, mais qu'elle a formulé des conclusions et des ordonnances qui étaient *ultra vires* et qui ont été annulées.

Ayant cru erronément qu'elle était investie des pouvoirs du Comité d'examen des plaintes et ayant agi en conséquence, la Commission n'a pas envisagé de faire des recommandations en vertu du par. 39(3) de la Loi ou des al. 11(1)a), b), c), e), f) ou g), et en particulier de l'al. c), du Règlement.

Le juge Kerans a conclu que la Commission n'était pas *functus officio* parce qu'elle avait l'obligation d'envisager la possibilité de faire une recommandation. Voici ce qu'il a affirmé à la p. 257:

[TRADUCTION] Même si la commission a, en vertu du par. 39(3) et peut-être également du règlement, le pouvoir discrétionnaire de faire ou non une recommandation, nous estimons que cette disposition impose à la commission l'obligation d'envisager la possibilité de faire une recommandation. Le rapport n'indique pas que la commission l'a fait. Si la commission n'a pas envisagé cette possibilité alors, contrairement à ce que le juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu, elle n'a pas épuisé sa compétence.

Étant donné l'emploi inexplicable de l'expression «peut/doit» au par. 11(1) du Règlement, il est difficile de préciser ce que la Commission était

it would be strange if the Board were empowered to conduct a lengthy practice review and had no duty to consider making recommendations, either to the parties or to Council, or to consider a referral to the Complaint Review Committee. Therefore, I agree with Kerans J.A. that the Board had the duty to consider making recommendations pursuant to the Regulation and s. 39(3) of the *Architects Act*.

I am, however, of the opinion that the application of the *functus officio* principle is more appropriately dealt with in the context of the following characterization of the current state of the Board's proceedings. The Board held a valid hearing into certain practices of the appellants. At the conclusion of the hearing, in lieu of considering recommendations and directions, it made a number of *ultra vires* findings and orders which were void and have been quashed. In these circumstances, is the decision of the Board final so as to attract the principle of *functus officio*?

#### Functus Officio

The general rule that a final decision of a court cannot be reopened derives from the decision of the English Court of Appeal in *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. The basis for it was that the power to rehear was transferred by the *Judicature Acts* to the appellate division. The rule applied only after the formal judgment had been drawn up, issued and entered, and was subject to two exceptions:

1. where there had been a slip in drawing it up, and,
2. where there was an error in expressing the manifest intention of the court. See *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186.

In *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, Martland J., speaking for himself and Laskin J., opined that the same reasoning did not apply to the Immigration Appeal

tendue de faire. Il serait pour le moins étrange que la Commission ait le pouvoir de procéder à une révision détaillée des pratiques sans qu'elle soit tenue d'envisager la possibilité de faire des recommandations, que ce soit aux parties ou au Conseil, ou d'envisager un renvoi au Comité d'examen des plaintes. Par conséquent, je souscris à l'opinion du juge Kerans selon laquelle la Commission était tenue d'envisager la possibilité de faire des recommandations, conformément au Règlement et au par. 39(3) de l'*Architects Act*.

J'estime cependant qu'il faut plutôt traiter de l'application du principe *functus officio* dans le contexte de la qualification suivante de l'état actuel des procédures devant la Commission. La Commission a tenu une audience valide au sujet de certaines pratiques des appelants. À la fin de l'audience, au lieu d'envisager de formuler des recommandations et des directives, elle a formulé un certain nombre de conclusions et d'ordonnances *ultra vires* qui étaient nulles et qui ont été annulées. Dans ces circonstances, la décision de la Commission est-elle définitive, ce qui justifierait l'application du principe du *functus officio*?

#### Functus officio

La règle générale portant qu'on ne saurait revenir sur une décision judiciaire définitive découle de la décision de la Court of Appeal d'Angleterre dans *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. La cour y avait conclu que le pouvoir d'entendre à nouveau une affaire avait été transféré à la division d'appel en vertu des *Judicature Acts*. La règle ne s'appliquait que si le jugement avait été rédigé, prononcé et inscrit, et elle souffrait deux exceptions:

1. lorsqu'il y avait eu lapsus en la rédigeant ou
2. lorsqu'il y avait une erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour. Voir *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186.

Dans *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, le juge Martland s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Laskin, s'est dit d'avis que le même

Board from which there was no appeal except on a question of law. Although this was a dissenting judgment, only Pigeon J. of the five judges who heard the case disagreed with this view. At page 589 Martland J. stated:

The same reasoning does not apply to the decisions of the Board, from which there is no appeal, save on a question of law. There is no appeal by way of a rehearing.

In *R. v. Development Appeal Board, Ex p. Canadian Industries Ltd.*, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta was of the view that the Alberta Legislature had recognized the application of the restriction stated in the *St. Nazaire Company* case to administrative boards, in that express provision for rehearing was made in the statutes creating some provincial boards, whereas, in the case of the Development Appeal Board in question, no such provision had been made. The Court goes on to note that one of the purposes in setting up these boards is to provide speedy determination of administrative problems.

He went on to find in the language of the statute an intention to enable the Board to hear further evidence in certain circumstances although a final decision had been made.

I do not understand Martland J. to go so far as to hold that *functus officio* has no application to administrative tribunals. Apart from the English practice which is based on a reluctance to amend or reopen formal judgments, there is a sound policy reason for recognizing the finality of proceedings before administrative tribunals. As a general rule, once such a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error within the exceptions enunciated in *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, *supra*.

raisonnement ne s'appliquait pas à la Commission d'appel de l'immigration dont les décisions ne pouvaient faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Même s'il s'agissait d'une opinion dissidente, seul le juge Pigeon, parmi les cinq juges ayant entendu l'affaire, n'y a pas souscrit. Le juge Martland affirme, à la p. 589:

Le même raisonnement ne s'applique pas aux décisions de la Commission, dont il n'y a pas d'appel, sauf sur une question de droit. Il n'y a pas d'appel par voie de nouvelle audition.

Dans *R. v. Development Appeal Board, Ex p. Canadian Industries Ltd.*, la Chambre d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a exprimé l'avis que la législature albertaine reconnaissait l'application de la restriction énoncée dans l'affaire *St. Nazaire Company* aux commissions administratives puisque des dispositions expresses prévoyant une nouvelle audition avaient été insérées dans les lois établissant certaines commissions provinciales, tandis que, dans le cas du Development Appeal Board en question, il n'y en avait pas. La Cour a poursuivi en signalant que l'un des buts de la création de ces commissions était d'arriver rapidement au règlement de problèmes administratifs.

Il a ensuite conclu que le texte de la loi exprimait l'intention d'habiliter la Commission à entendre d'autres éléments de preuve, dans certains cas, même si une décision définitive avait été rendue.

Je ne crois pas que le juge Martland ait voulu affirmer que le principe *functus officio* ne s'applique aucunement aux tribunaux administratifs. Si l'on fait abstraction de la pratique suivie en Angleterre, selon laquelle on doit hésiter à modifier ou à rouvrir des jugements officiels, la reconnaissance du caractère définitif des procédures devant les tribunaux administratifs se justifie par une bonne raison de principe. En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur au sens des exceptions énoncées dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, précité.



To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal. For this reason I am of the opinion that its application must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal.

Accordingly, the principle should not be strictly applied where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation. This was the situation in *Grillas, supra*.

Furthermore, if the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task. If, however, the administrative entity is empowered to dispose of a matter by one or more specified remedies or by alternative remedies, the fact that one is selected does not entitle it to reopen proceedings to make another or further selection. Nor will reserving the right to do so preserve the continuing jurisdiction of the tribunal unless a power to make provisional or interim orders has been conferred on it by statute. See *Huneault v. Central Mortgage and Housing Corp.* (1981), 41 N.R. 214 (F.C.A.)

In this appeal we are concerned with the failure of the Board to dispose of the matter before it in a manner permitted by the *Architects Act*. The Board intended to make a final disposition but that disposition is a nullity. It amounts to no disposition at all in law. Traditionally, a tribunal, which makes a determination which is a nullity, has been permitted to reconsider the matter afresh and render a valid decision. In *Re Trizec Equities Ltd.*

Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel.

Par conséquent, il ne faudrait pas appliquer le principe de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante. C'était le cas dans l'affaire *Grillas*, précitée.

De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi. Cependant, si l'entité administrative est habilitée à trancher une question d'une ou de plusieurs façons précises ou par des modes subsidiaires de redressement, le fait d'avoir choisi une méthode particulière ne lui permet pas de rouvrir les procédures pour faire un autre choix. Le tribunal ne peut se réserver le droit de le faire afin de maintenir sa compétence pour l'avenir, à moins que la loi ne lui confère le pouvoir de rendre des décisions provisoires ou temporaires. Voir *Huneault c. Société centrale d'hypothèques et de logement* (1981), 41 N.R. 214 (C.A.F.)

Dans l'affaire qui nous intéresse, la Commission n'a pas statué sur la question dont elle était saisie d'une manière permise par l'*Architects Act*. La Commission a voulu rendre une décision définitive, mais cette décision est nulle de nullité absolue, ce qui équivaut en droit à une absence totale de décision. Traditionnellement, le tribunal dont la décision est nulle a été autorisé à réexaminer la question dans son entier et à prononcer une déci-

*and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637 (B.C.S.C.), McLachlin J. (as she then was) summarized the law in this respect in the following passage, at p. 643:

I am satisfied both as a matter of logic and on the authorities that a tribunal which makes a decision in the purported exercise of its power which is a nullity, may thereafter enter upon a proper hearing and render a valid decision: *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (B.C.S.C.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.* (1968), 67 D.L.R. (2d) 165, [1968] S.C.R. 330. In the latter case, the Supreme Court of Canada quoted from Lord Reid's reasons for judgment in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 at p. 79, where he said:

I do not doubt that if an officer or body realises that it has acted hastily and reconsiders the whole matter afresh, after affording to the person affected a proper opportunity to present its case, then its later decision will be valid.

There is no complaint made by Trizec Equities Ltd. with respect to the hearing held on March 19th. Accordingly, while the court exceeded its jurisdiction by purporting to increase the assessments on the morning of March 17, 1982, its subsequent decision of March 19, 1982, stands as valid.

If the error which renders the decision a nullity is one that taints the whole proceeding, then the tribunal must start afresh. Cases such as *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.); *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (S.C.B.C.) and *Posluns v. Toronto Stock Exchange*, [1968] S.C.R. 330, referred to above, are in this category. They involve a denial of natural justice which vitiated the whole proceeding. The tribunal was bound to start afresh in order to cure the defect.

In this proceeding the Board conducted a valid hearing until it came to dispose of the matter. It then rendered a decision which is a nullity. It failed to consider disposition on a proper basis and

sion valide. Dans la décision *Re Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637 (C.S.C.-B.), le juge McLachlin (maintenant de notre Cour) a résumé le droit applicable à ce sujet dans le passage suivant, à la p. 643:

[TRANSDUCTION] Je suis convaincue, tant sur le plan logique que sur celui de la doctrine et de la jurisprudence, que le tribunal qui, dans le cadre présumé de l'exercice de sa compétence, rend une décision annulée par la suite, peut ensuite tenir une audience régulière et rendre une décision valide: *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (C.S.C.-B.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.* (1968), 67 D.L.R. (2d) 165, [1968] R.C.S. 330. Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême du Canada a cité les motifs du jugement prononcé par lord Reid dans *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 à la p. 79, où il affirme:

Je ne doute point que dans l'éventualité où un fonctionnaire ou un organisme se rend compte qu'il a agi précipitamment et réexamine la question dans son entier, après avoir accordé à la personne intéressée la possibilité suffisante de faire valoir son point de vue, la seconde décision qu'il rendra sera valide.

Trizec Equities Ltd. n'a formulé aucune plainte à l'égard de l'audience du 19 mars. Par conséquent, même si la cour a outrepassé sa compétence en prétendant augmenter les cotisations le 17 mars 1982 au matin, sa décision subséquente, rendue le 19 mars 1982, demeure valide.

Si l'erreur qui a pour effet de rendre nulle la décision entache la totalité des procédures, le tribunal doit tout recommencer. Les arrêts *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (C.S.C.-B.), et *Posluns v. Toronto Stock Exchange*, [1968] R.C.S. 330, se situent dans cette catégorie. Dans chaque cas, il s'agissait d'un déni de justice naturelle qui avait pour effet de vicier toute l'instance. Le tribunal était tenu de tout recommencer afin de remédier à ce vice.

En l'espèce, la Commission a tenu une audience valide jusqu'au moment de trancher la question. Elle a alors prononcé une décision qui est nulle de nullité absolue. Elle n'a pas envisagé de régler la

should be entitled to do so. The Court of Appeal so held.

On the continuation of the Board's original proceedings, however, either party should be allowed to supplement the evidence and make further representations which are pertinent to disposition of the matter in accordance with the Act and Regulation. This will enable the appellants to address, frontally, the issue as to what recommendations, if any, the Board ought to make.

In the result, the appeal is dismissed, but without costs. The respondents neither appeared on the argument nor filed a factum.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I must respectfully disagree with my colleague Justice Sopinka's disposition of this appeal.

The issues which arise in this appeal are:

- (1) Was the Practice Review Board ("Board") of the Alberta Association of Architects *functus officio* after delivering a report on the practices leading to the bankruptcy of the Chandler Kennedy Architectural Group?
- (2) If the Board was not *functus officio*, does it have the jurisdiction to continue the original hearing against the appellants to consider making recommendations to the Complaint Review Committee?
- (3) Did the Court of Appeal err in its consideration and application of the principles relating to *mandamus*?

The first two, closely related issues, turn on the construction of s. 39 of the *Architects Act*, R.S.A. 1980, c. A-44.1, and Regulation 175/83 (passed under authority of the Act), which establish the Board and define its powers.

question de façon appropriée, ce qu'elle devrait pouvoir faire maintenant. C'est ainsi qu'en a décidé la Cour d'appel.

Cependant, à la continuation des procédures initiales par la Commission, chaque partie devrait pouvoir compléter la preuve et présenter d'autres arguments pertinents aux fins de régler l'affaire conformément à la Loi et au Règlement. Cela permettra aux appelants d'aborder directement la question des recommandations que la Commission devrait faire, le cas échéant.

En définitive, le pourvoi est rejeté, mais sans dépens. Les intimés n'ont pas présenté de plaidoirie ni déposé de mémoire.

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Avec égards, je ne puis souscrire à la conclusion à laquelle en arrive mon collègue le juge Sopinka.

Les questions en litige dans ce pourvoi sont les suivantes:

- 1) La Practice Review Board («la Commission») de l'Alberta Association of Architects («l'Association des architectes de l'Alberta») était-elle *functus officio* après avoir établi un rapport sur les pratiques qui ont entraîné la faillite du Chandler Kennedy Architectural Group?
- 2) Si la Commission n'était pas *functus officio*, a-t-elle compétence pour poursuivre l'audience initiale, à l'encontre des appelants, afin d'envisager la possibilité de faire des recommandations au Comité d'examen des plaintes?
- 3) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en examinant et en appliquant les principes relatifs au *mandamus*?

Les deux premières questions sont étroitement liées et portent sur l'interprétation de l'art. 39 de l'*Architects Act*, R.S.A. 1980, chap. A-44.1, et du règlement 175/83 (adopté en vertu de la Loi), qui créent la Commission et en définissent les pouvoirs.

Section 39(3) of the *Architects Act* provides:

(3) The Board shall after each inquiry under this section make a written report to the Council on the inquiry and may make any recommendations to the Council that the Board considers appropriate in connection with the matter inquired into, with reasons for the recommendations.

The disputed text is found in Regulation 175/83, s. 11(1):

11(1) The Board may shall [*sic*] make one or more of the following directions or recommendations:

(c) ... direct that the matter be referred to the Complaint Review Committee for investigation: ...

The confusion emanates from the inclusion of both the permissive, discretionary term "may", and the affirmative, mandatory term "shall", without any indication as to which prevails. However, while I shall discuss the implications of both interpretations, in my view the appeal should be allowed on either construction.

(1) Functus Officio

When the Board first undertook to reopen the hearing, appellants sought an order for prohibition, which was granted by Brennan J. In granting the order, the chambers judge of the Court of Queen's Bench stated:

Unfortunately, the Practice Review Board proceeded to set itself up as having disciplinary functions and made findings and assessed penalties. Mr. Justice Kryczka declared these Findings and Orders a nullity, which decision was upheld by the Alberta Court of Appeal.

In my view, the Practice Review Board has completed and fulfilled the function for which it was appointed and therefore it is *functus officio*. Such being the case, it had no jurisdiction to continue with any function. Accordingly, the application is granted for an Order to prohibit the Board from proceeding further against these Applicants, and in particular, the Board is hereby prohibited from proceeding with any further hearings on this matter.

This decision was reversed by the Alberta Court of Appeal: (1985), 67 A.R. 255. According to Kerans J.A., for the court, the Board was not

Le paragraphe 39(3) de l'*Architects Act* dispose:

[TRADUCTION] (3) Après chaque enquête tenue en vertu du présent article, la Commission doit soumettre un rapport écrit au Conseil et peut lui faire les recommandations motivées qu'elle juge appropriées en rapport avec l'affaire en cause.

Le texte contesté en l'espèce figure au par. 11(1) du règlement 175/83:

[TRADUCTION] 11(1) La Commission peut doit (*sic*) formuler une ou plusieurs des directives ou recommandations suivantes:

c) ... ordonner que la question soit renvoyée au Comité d'examen des plaintes pour fins d'enquête ...

La confusion tient à la juxtaposition des termes facultatif «peut» et impératif «doit», sans priorité apparente. Cependant, même si je me propose d'examiner les conséquences des deux interprétations, j'estime que le pourvoi devrait être accueilli de toute façon.

1) Functus officio

Lorsque la Commission a voulu rouvrir l'enquête pour la première fois, les appelants ont demandé une ordonnance de prohibition qui leur a été accordée par le juge Brennan, juge en chambre de la Cour du Banc de la Reine, qui a affirmé en rendant l'ordonnance:

[TRADUCTION] Malheureusement, la Commission de révision des pratiques a agi comme si elle avait des fonctions disciplinaires, en tirant des conclusions et en imposant des peines. Monsieur le juge Kryczka a jugé que ces conclusions et ordonnances étaient nulles, ce qui a été confirmé par la Cour d'appel de l'Alberta.

À mon avis, la Commission de révision des pratiques s'est acquittée des fonctions pour lesquelles elle a été constituée et elle est donc *functus officio*. Par conséquent, elle n'avait pas compétence pour poursuivre l'exercice de quelque fonction que ce soit. La demande d'ordonnance de prohibition interdisant à la Commission de poursuivre l'affaire contre les requérants est donc accueillie et il est notamment interdit à la Commission de tenir d'autres audiences sur cette question.

Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel de l'Alberta: (1985), 67 A.R. 255. Selon le juge Kerans, s'exprimant au nom de la cour, la Com-

*functus officio*, and should be allowed to “voluntarily . . . do the right thing” (at p. 257):

[T]he board, having mistaken[ly] decided that it had itself the power to deal directly and finally with discipline questions, too quickly rejected any consideration of making recommendations to other bodies. We think that the board, persuaded by its mistaken assumption of these other powers, made such an egregious error about the significance of its powers of recommendation that it cannot be said that it has exercised that jurisdiction.

*Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977) defines *functus officio* as “having discharged his duty”; an expression applied to a judge, magistrate or arbitrator who has given a decision or made an order or award so that his authority is exhausted. The holding of Morton J. in *Re V.G.M. Holdings, Ltd.*, [1941] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), is well summarized in the headnote:

Where a judge has made an order for a stay of execution which has been passed and entered, he is *functus officio*, and neither he nor any other judge of equal jurisdiction has jurisdiction to vary the terms of such stay. The only means of obtaining any variation is to appeal to a higher tribunal.

An editorial note added that:

This is a practice point. It is well-settled that the court can vary any order before it is passed and entered. After it has been passed and entered, the court is *functus officio*, and can make no variation itself. Any variation which may be made must be made by a court of appellate jurisdiction.

*Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) defines *functus officio* as “a task performed”:

Having fulfilled the function, discharged the office, or accomplished the purpose, and therefore of no further force or authority. Applied to an officer whose term has expired and who has consequently no further official authority; and also to an instrument, power, agency, etc., which has fulfilled the purpose of its creation, and is therefore of no further virtue or effect.

mission n'était pas *functus officio* et il devrait lui être loisible de [TRADUCTION] «procéder de la bonne façon [. . .] volontairement» (à la p. 257):

[TRADUCTION] [A]près avoir décidé erronément qu'elle avait le pouvoir de traiter directement et définitivement de questions disciplinaires, la Commission a rejeté trop hâtivement toute possibilité de faire des recommandations à d'autres organismes. Nous pensons que la Commission, convaincue erronément d'être investie de ces autres pouvoirs, a commis une erreur si énorme quant à la portée de ses pouvoirs de recommandation que l'on ne peut conclure qu'elle a exercé cette compétence.

L'expression *functus officio* est définie par [TRADUCTION] «qui s'est acquitté de sa fonction» dans le *Jowitt's Dictionary of English Law* (2<sup>e</sup> éd. 1977). Cette expression s'applique à un juge, magistrat ou arbitre qui a rendu une décision ou prononcé une ordonnance et a ainsi épuisé sa compétence. La conclusion à laquelle est arrivé le juge Morton, dans *Re V.G.M. Holdings, Ltd.*, [1941] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), est bien résumée dans le sommaire:

[TRADUCTION] Lorsqu'un juge a décrété un sursis d'exécution qui a été prononcé et inscrit, il devient *functus officio* et ni lui ni aucun autre juge de même juridiction n'a le pouvoir d'en modifier les modalités. L'appel devant une instance supérieure est alors le seul moyen d'obtenir une modification de l'ordonnance.

La mention suivante a été ajoutée par l'arrêtiste:

[TRADUCTION] C'est une question de pratique. Il est bien établi que la cour peut modifier une ordonnance avant de la prononcer et de l'inscrire. Une fois que l'ordonnance est prononcée et inscrite, la cour est *functus officio* et ne peut la modifier elle-même. Seule une juridiction d'appel peut procéder à la modification de l'ordonnance.

Dans le *Black's Law Dictionary* (5<sup>e</sup> éd. 1979), *functus officio* est défini ainsi: [TRADUCTION] «une fonction remplie»:

[TRADUCTION] Ayant rempli sa fonction, s'étant acquitté de sa charge ou ayant réalisé son objectif et n'ayant donc plus aucun pouvoir ni compétence. S'applique à un fonctionnaire dont le mandat est expiré et qui n'a donc plus de pouvoir officiellement; également à un acte, à un pouvoir, à un organisme, etc., qui a atteint l'objectif visé lors de sa constitution et n'a donc plus aucun autre effet.

The doctrine of *functus officio* states that an adjudicator, be it an arbitrator, an administrative tribunal, or a court, once it has reached its decision cannot afterwards alter its award except to correct clerical mistakes or errors arising from an accidental slip or omission (*Re Nelsons Laundries Ltd. and Laundry, Dry Cleaning and Dye House Workers' International Union, Local No. 292* (1964), 44 D.L.R. (2d) 463 (B.C.S.C.)) "To allow adjudicator to again deal with the matter of its own volition, without hearing the entire matter 'afresh' is contrary to this doctrine" (appellants' factum, at p. 19).

In *Re Nelsons Laundries Ltd.*, Verchere J. cited *Lewis v. Grand Trunk Pacific Railway Co.* (1913), 13 D.L.R. 152 (B.C.C.A.), at p. 154:

The question then is, when is an award made? In my opinion, when the arbitrator has done all that he can do, namely, reduce it to writing, and publish it as his award.

In *M. Hodge and Sons Ltd. v. Monaghan* (1983), 43 Nfld. & P.E.I.R. 162 (Nfld. C.A.), Morgan J.A. stated that (at p. 163):

Whether or not the trial judge was in error in the first instance in declaring the proceedings a nullity, and ordering the Writ of Summons and Statement of Claim to be struck out, is not relevant to the issue now before us. The order given was, by its very nature, final, and even if made in error it could not be amended by the judge who gave it . . . Clearly then the learned judge was *functus officio* and without jurisdiction to hear the matter.

Treatise authors dealing with administrative law issues have been surprisingly frugal in their treatment of the *functus officio* doctrine. Perhaps the most concise statement of the doctrine can be found in Pépin and Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 221:

[TRANSLATION] In the case of quasi-judicial acts, the courts have held that decisions made in due form are irrevocable. To some extent the approach taken has been that once a government body has granted or recognized the rights of an individual, they cannot be challenged by the power of review: individuals are entitled to legal security in decisions. Once the decision is made, the file

En vertu du principe du *functus officio*, une instance décisionnelle, qu'il s'agisse d'un arbitre, d'un tribunal administratif ou d'une cour de justice ne peut modifier sa décision après l'avoir rendue, a sauf afin de rectifier des fautes matérielles ou des erreurs imputables à un lapsus ou à une omission (*Re Nelsons Laundries Ltd. and Laundry, Dry Cleaning and Dye House Workers' International Union, Local No. 292* (1964), 44 D.L.R. (2d) 463 (C.S.C.-B.)) [TRADUCTION] «Permettre à l'instance décisionnelle de se pencher encore sur la question de sa propre initiative, sans réentendre toute l'affaire est contraire à ce principe» b (mémoire des appelants, à la p. 19). c

Dans la décision *Re Nelsons Laundries Ltd.*, le juge Verchere cite l'arrêt *Lewis v. Grand Trunk Pacific Railway Co.* (1913), 13 D.L.R. 152 d (C.A.C.-B.), à la p. 154:

[TRADUCTION] Il s'agit donc de déterminer à quel moment la décision a été rendue. À mon avis, c'est lorsque l'arbitre a tout fait ce qu'il pouvait faire, c'est-à-dire lorsqu'il a consigné sa décision par écrit et l'a e publiée à ce titre.

Dans l'arrêt *M. Hodge and Sons Ltd. v. Monaghan* (1983), 43 Nfld. & P.E.I.R. 162 (C.A.T.-N.), le juge Morgan affirme (à la p. 163):

f [TRADUCTION] La question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur au départ en déclarant que l'instance était nulle et en ordonnant la radiation du bref d'assignation et de la déclaration n'est pas pertinente en l'espèce. L'ordonnance prononcée était définitive de par sa nature même et, quoiqu'elle fût g erronée, le juge qui l'a prononcée ne pouvait la modifier. De toute évidence, le juge était dès lors *functus officio* et n'avait pas compétence pour entendre l'affaire.

h Les auteurs de traités de droit administratif sont étonnamment parcimonieux lorsqu'ils parlent du principe du *functus officio*. L'ouvrage de Pépin et Ouellette, intitulé *Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), contient peut-être l'énoncé i le plus concis de ce principe, à la p. 221:

Dans les cas des actes quasi judiciaires, la jurisprudence considère que les décisions régulièrement rendues sont irrévocables. On veut en quelque sorte que les droits accordés ou reconnus aux administrés par l'Administration ne puissent être remis en cause par le biais d'un pouvoir de reconsidération; les administrés ont droit à la sécurité juridique des décisions. Une fois la décision

is closed and the government body is "functus officio". The legislature will often also take the trouble to specify that the decision is "final and not appealable". The rule that quasi-judicial decisions are irrevocable also seems to apply to domestic tribunals. However, there may be exceptions to the rule when the initial decision is vitiated by a serious procedural defect, such as failure to observe the rules of natural justice.

In line with that doctrine, if the Board had discretion to consider making recommendations, and chose not to, that should be the end of the matter. The finality of the Board's decision can be ascertained from its own language when it made its orders. The actual report of the Board reveals that the hearings concluded on December 17, 1984. The Board members signed the report under the heading "Conclusions". Furthermore, given that the Council of the Alberta Association of Architects issued a notice of hearing of an appeal from the decision rendered by the Board, it too must have considered the hearing complete. In the actual findings of the Board, they imposed suspensions, effective immediately. The report is entitled "Report of the Practice Review Board", the rendering of which is the function of that tribunal. All these factors indicate that the Board had completed its function and had rendered its final report.

It seems to me that there is a fundamental flaw in the reasoning of the Alberta Court of Appeal. If the Board was not *functus officio* after handing down its decision, at what point does it become so? In this case an appeal was filed, though not heard because the original ruling was quashed. If the Board is not *functus officio* when the decision is handed down, it must certainly be so by the time an appeal is filed. If not, then the logical conclusion would be that the Board could sit again to redetermine a matter even after an appeal had been heard, for there is no principled basis on which to say that at some point after the decision has come down the Board becomes *functus officio*, and there seems no way to rationally define an exception for the rare circumstance where the Board fails to consider the exercise of a discretion-

rendue, le dossier est fermé et l'Administration est «functus officio». Souvent d'ailleurs, le législateur prendra la peine de préciser que la décision est «finale et sans appels». La règle de l'irrévocabilité des décisions à caractère quasi judiciaire semble s'appliquer également aux tribunaux domestiques. Cependant, la règle pourra souffrir des exceptions lorsque la décision initiale est entachée d'un vice de procédure grave comme l'inobservance d'un principe de justice naturelle.

Suivant ce principe, si la Commission pouvait à sa discrétion envisager de faire des recommandations et qu'elle a choisi de s'en abstenir, l'affaire s'arrête là. Le caractère définitif de la décision de la Commission peut s'inférer du langage qu'elle emploie dans ses ordonnances. Le rapport de la Commission indique que les audiences ont pris fin le 17 décembre 1984. Les membres de la Commission ont signé le rapport sous la rubrique «Conclusions». De plus, vu que le Conseil de l'Association des architectes de l'Alberta avait déposé un avis d'appel contre la décision rendue par la Commission, lui aussi doit avoir considéré que l'audition était terminée. Dans sa décision, la Commission a imposé des suspensions exécutoires immédiatement. Le rapport est intitulé [TRADUCTION] «Rapport de la Commission de révision des pratiques». Il a été rendu dans l'exercice des fonctions de ce tribunal. Tous ces facteurs révèlent que la Commission avait complété sa fonction et rendu son rapport final.

Le raisonnement de la Cour d'appel de l'Alberta me semble entaché d'un vice fondamental. Si la Commission n'est pas *functus officio* après le prononcé de sa décision, quand le devient-elle? En l'espèce, un appel a été interjeté bien qu'il n'ait jamais été entendu puisque la décision initiale a été annulée. Si la Commission n'est pas *functus officio* lorsqu'elle prononce sa décision, elle doit certainement l'être au moment où cette dernière est portée en appel. Sinon, il faudrait logiquement conclure que la Commission pourrait siéger de nouveau pour réexaminer une affaire même après l'audition de l'appel. Aucun principe en effet ne permet d'affirmer que la Commission devient *functus officio* à un certain moment après le prononcé de sa décision, et il semble rationnellement impossible de faire une exception pour le rare cas

ary duty. In my view, this point should be fatal to the respondents.

If a tribunal has discretion, i.e., if it may consider making recommendations, and chooses not to, there is no authority in the *Architects Act* that permits it to change its mind on its own initiative. Furthermore, once a board acts *ultra vires*, it should not be allowed to rectify the infirmities of its disposition according to its own predilections. Standards of consistency, certainty, and finality must be preserved for the effective development of the complex administrative tribunal system in Canada. Either a board is compelled to act in a prescribed manner, or it is prohibited from so acting. Allowing the Board to reopen the hearing, without an explicit provision in the enabling statute, would create considerable confusion in the law relating to powers of administrative tribunals to rehear or redecide matters.

In most administrative decisions, the tribunal does not address the fact that it has considered all of its discretionary powers but has elected to invoke only a few of those powers. I agree with the holding in *Huneault v. Central Mortgage and Housing Corp.* (1981), 41 N.R. 214 (F.C.A.), that a tribunal should not be allowed to reserve the exercise of its remaining powers for a later date. The Board could not attempt to retain jurisdiction to make recommendations to Council once it has made a final order, as the parties would never have the security of knowing that the decision rendered has finally determined their respective rights in the matter.

There are, of course, exceptions to the general rule that an arbitrator who has reached a final decision becomes *functus officio* and cannot afterwards alter his award. For example an adjudicator may correct clerical mistakes or errors arising from an accidental slip or omission (*Lodger's International Ltd. v. O'Brien* (1983), 45 N.B.R. (2d) 342 (N.B.C.A.); *Re Nelsons Laundries Ltd.*, *supra*). However, the Board in the present case is

où la Commission fait défaut de considérer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. À mon avis, ce point devrait être fatal aux intimés.

a Si un tribunal détient un pouvoir discrétionnaire, c.-à-d. s'il peut envisager de faire des recommandations et s'il choisit de ne pas le faire, l'*Architects Act* ne l'autorise aucunement à changer d'avis de sa propre initiative. En outre, une fois b qu'une commission agit de façon *ultra vires*, elle ne devrait pas pouvoir corriger les déficiences de sa décision selon son bon vouloir. Les normes de c constance, de certitude et de caractère définitif des décisions doivent être préservées si on veut assurer l'efficacité du système complexe des tribunaux administratifs au Canada. De deux choses l'une: d ou bien une commission est tenue d'agir de la manière prescrite ou bien il lui est interdit d'agir. e Permettre à la Commission de rouvrir l'audition, sans que la loi habilitante ne le prévoie expressément, serait de nature à créer une confusion considérable dans le droit en ce qui concerne les pouvoirs qu'ont les tribunaux administratifs de réentendre ou de décider à nouveau une affaire.

Dans la plupart des décisions administratives, le tribunal ne s'arrête pas à la question de savoir s'il a considéré tous les pouvoirs discrétionnaires dont il est investi, mais a choisi de n'en exercer que quelques-uns. Je suis d'accord avec l'arrêt *Huneault c. Société centrale d'hypothèques et de logement* (1981), 41 N.R. 214 (C.A.F.), portant qu'il ne devrait pas être loisible à un tribunal de réserver pour une date ultérieure l'exercice de ses autres pouvoirs. Une fois prononcée son ordonnance définitive, la Commission ne pouvait tenter de conserver son pouvoir de faire des recommandations au Conseil, car les parties n'auraient jamais eu la certitude que la décision rendue avait déterminé leurs droits respectifs de façon définitive.

i Il y a évidemment des exceptions à la règle générale portant qu'un arbitre ayant prononcé une décision définitive devient *functus officio* et ne peut modifier cette décision par la suite. Par exemple, une instance décisionnelle peut corriger des erreurs matérielles ou des fautes imputables à un lapsus ou à une omission (*Lodger's International Ltd. v. O'Brien* (1983), 45 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 342 (C.A.N.-B.); *Re Nelsons Laundries Ltd.*, précité).



not seeking to correct a slip or clerical error. If it had the option to consider making recommendations, and yet chose not to, that choice does not detract from the finality of the decision.

When a decision is rendered with nothing to be completed, there is no doubt that the adjudicator is *functus officio*: any further action would be entirely without authority (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1985] 1 F.C. 253 (C.A.), affirmed [1989] 1 S.C.R. 1038). Hence, if the Board is seen as having discretion whether or not to consider making recommendations, and the Alberta Court of Appeal decision is left undisturbed, the doctrine of *functus officio* would be rendered nugatory.

In *Lodger's International Ltd.*, *supra*, the New Brunswick Court of Appeal dealt with a series of orders by the New Brunswick Human Rights Commission. The Commission first ordered an employer to compensate two employees. When the employer did not comply, the Commission renewed the order with a time limit for payment. Section 21(2) of the *Human Rights Act* provided that the orders were "final". The court held that the second order was improper and that the Commission was *functus officio* after the first order, because s. 21 did not authorize subsequent orders. La Forest J.A. (now of this Court), writing for the court, addressed the issue of whether the Commission was empowered to make such a series of orders and concluded that (at p. 352):

It would take strong words indeed to convince me that the legislature ever intended to give this kind of power to an administrative body, however lofty its goals and however liberally we are expected to construe the statute to facilitate the achievement of these goals.

Unlike the enabling statute in *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, where the Immigration Appeal Board had statutory jurisdiction to hold a rehearing under

En l'espèce, toutefois, la Commission ne tente pas de corriger un lapsus ou une erreur matérielle. Si elle avait la possibilité d'envisager de faire des recommandations et a choisi de ne pas le faire, ce choix n'altère en rien le caractère définitif de la décision.

Lorsqu'une décision est rendue et qu'il ne reste rien à compléter, l'instance décisionnelle est incontestablement *functus officio*: toute mesure additionnelle serait prise en l'absence de toute compétence (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1985] 1 C.F. 253 (C.A.), confirmé par [1989] 1 R.C.S. 1038). Donc, si la Commission est perçue comme ayant discrétion pour décider de faire ou non des recommandations et si l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est maintenu, le principe du *functus officio* serait privé de tout effet.

Dans l'arrêt *Lodger's International Ltd.*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était saisie d'une série d'ordonnances prononcées par la Commission des droits de l'homme du Nouveau-Brunswick. La Commission avait d'abord ordonné à un employeur d'indemniser deux employés. L'employeur ne s'étant pas exécuté, la Commission a renouvelé l'ordonnance en l'assortissant d'un délai de paiement. Le paragraphe 21(2) de la *Loi sur les droits de l'homme* prévoit que les ordonnances sont «définitive[s]». La cour a statué que la seconde ordonnance était irrégulière et que la Commission était *functus officio* après avoir rendu la première ordonnance, parce que l'art. 21 ne l'autorisait pas à rendre d'autres ordonnances. S'exprimant au nom de la cour, le juge La Forest (maintenant de notre Cour) a abordé la question de savoir si la Commission avait le pouvoir de prononcer une telle série d'ordonnances et a conclu ce qui suit (aux pp. 352 et 353):

Il faudrait des arguments bien solides pour me convaincre que la Législature a jamais eu l'intention de conférer ce genre de pouvoir à un organisme administratif, si nobles que soient ses objectifs et si libérale que soit l'interprétation escomptée de la loi pour faciliter la réalisation de ces objectifs.

Contrairement à la loi habilitante en cause dans *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, où, en vertu de l'art. 15 sur la *Loi sur la Commission d'appel de*

s. 15 of the *Immigration Appeal Board Act*, there is no authority in the *Architects Act* for the Board to hold a rehearing. *Cité de Jonquière v. Munger*, [1964] S.C.R. 45, also supported a policy favouring the finality of decisions unless the statute dictates otherwise. Upholding the unanimous decision of the Quebec Court of Appeal, Cartwright J., for the Court, held that (at p. 48):

I am satisfied that the council had the right to interpret the award but not to amend it. This does not mean, however, that it did not have the right to correct a simple clerical error. Anybody having quasi-judicial powers must have such a right, otherwise the consequences of a simple slip in drafting an award might be disastrous.

Furthermore, I agree with the holding in *M. Hodge and Sons Ltd.*, *supra*, that the fact that the original decision was wrong or made without jurisdiction is irrelevant to the issue of *functus officio* (at p. 163):

The order given was, by its very nature, final, and even if made in error it could not be amended by the judge who gave it.

## (2) The Board's Jurisdiction to Rehear

The Alberta Court of Appeal interpreted the *Architects Act*, and Regulation 175/83, as imposing a duty on the Board to consider whether to make a recommendation to the Governing Council or Complaint Review Committee.

Despite the ambiguous language, my colleague, Sopinka J., concludes that the Act imposes a duty on the basis that "it would be strange if the Board were empowered to conduct a lengthy practice review and had no duty to consider making recommendations" (p. 860). Given that "the Board conducted a valid hearing until it came to dispose of the matter" (p. 863), my colleague suggested that "[o]n the continuation of the Board's original proceedings ... either party should be allowed to supplement the evidence and make further representations which are pertinent to disposition of the matter" (p. 864). Hence, while it would

*l'immigration*, la Commission d'appel de l'immigration avait compétence pour procéder à une nouvelle audition, l'*Architects Act* n'autorise aucunement la Commission à réentendre ainsi une affaire. L'arrêt *Cité de Jonquière v. Munger*, [1964] R.C.S. 45, confirme également que les décisions doivent être définitives à moins que la loi ne prévoie le contraire. En confirmant l'arrêt unanime de la Cour d'appel du Québec, le juge Cartwright statue au nom de la Cour (à la p. 48):

[TRADUCTION] Je suis convaincu que le conseil avait le droit d'interpréter la décision mais non de la modifier. Cela ne signifie pas toutefois qu'il n'avait pas le droit de corriger une simple erreur d'écriture. Toute entité dotée de pouvoirs quasi judiciaires doit avoir ce droit, sinon la moindre petite erreur de rédaction pourrait avoir des conséquences désastreuses.

De plus, je souscris à la conclusion de la cour dans l'arrêt *M. Hodge and Sons Ltd.*, précité, selon laquelle le fait que la décision initiale était erronée ou que la cour a agi sans compétence ne revêt aucune pertinence en ce qui a trait à la question du *functus officio* (à la p. 163):

[TRADUCTION] L'ordonnance prononcée était définitive de par sa nature même et, quoiqu'elle fût erronée, le juge qui l'a prononcée ne pouvait la modifier.

## 2) La compétence de la Commission pour réentendre une affaire

Dans son interprétation de l'*Architects Act* et du règlement 175/83, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que ces textes imposaient à la Commission l'obligation d'envisager si elle devait faire une recommandation au Conseil ou au Comité d'examen des plaintes.

Malgré le langage ambigu de ces textes législatifs, mon collègue le juge Sopinka conclut que la Loi impose une telle obligation parce qu'«[i]l serait pour le moins étrange que la Commission ait le pouvoir de procéder à une révision détaillée des pratiques sans qu'elle soit tenue d'envisager la possibilité de faire des recommandations» (p. 860). Étant donné que «la Commission a tenu une audience valide jusqu'au moment de trancher la question» (p. 863), mon collègue postule qu'«à la continuation des procédures initiales par la Commission, chaque partie devrait pouvoir compléter la preuve et présenter d'autres arguments perti-

provide for the presentation of supplementary evidence, the rehearing itself would not be conducted afresh, but rather as a "continuation of the Board's original proceedings".

This analysis does have a certain intuitive appeal: given that a Practice Review Board does exist, and has a certain function to fulfill, it should be allowed, or rather required, to perform that function. However, the issue here is precisely that the Board did exercise that function, albeit illegally.

There is no dispute that when making the final orders it did, the Board clearly exceeded its jurisdiction. The Chairman of the Board himself set out the Board's functions and explicitly recognized that:

[T]his is not a complaint review where we are trying to find fault or guilt on specific complaints. This is a practice review, and as a result we are given the responsibility of trying to review and understand at the fullest extent possible what has taken place, and as a result if the fullest extent of which has taken place, make findings and recommendations to the profession.

Following this introduction, the Board embarked on an adjudicatory path which the courts found to be wholly *ultra vires*. If it had a duty to consider whether to make a recommendation to the Complaint Review Committee, it did not do so.

Even though the Board was wrong in its initial decision, the question is whether that precludes the Board from now attempting to correctly carry out its function. According to my colleague, as the Board's disposition was a nullity, it amounts to no disposition at all in law: "a tribunal, which makes a determination which is a nullity, has been permitted to reconsider the matter afresh and render a valid decision" (p. 862) (emphasis added), relying on *Re Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R.

nents aux fins de régler l'affaire» (p. 864). Par conséquent, même si la nouvelle audition permettait aux parties de présenter des éléments de preuve additionnels, cette audition ne constituerait pas un réexamen de la question dans son entier mais plutôt la «continuation des procédures initiales par la Commission».

Intuitivement, cette analyse offre un certain attrait: étant donné que la Commission de révision des pratiques existe et qu'elle a une certaine fonction à remplir, elle devrait être autorisée à exercer cette fonction ou plutôt y être tenue. En l'espèce, cependant, le litige porte précisément sur le fait que la Commission a bel et bien exercé cette fonction, même si elle l'a fait dans l'illégalité.

Il est admis que lorsqu'elle a prononcé ses ordonnances définitives, la Commission a clairement outrepassé sa compétence. Le président de la Commission a lui-même décrit les fonctions de la Commission et reconnu explicitement que:

[TRADUCTION] [I]l ne s'agit pas d'un examen de plaintes où nous essayons de déterminer la faute ou la culpabilité à l'égard de plaintes précises. Il s'agit d'une révision des pratiques et, en conséquence, il nous incombe de tenter de revoir et de comprendre le mieux possible ce qui s'est passé et, par conséquent, de tirer des conclusions et de faire des recommandations à la profession.

Après cette introduction, la Commission s'est engagée dans un processus décisionnel que les tribunaux ont ensuite jugé entièrement *ultra vires*. Si elle avait l'obligation d'envisager de faire des recommandations au Comité de révision des plaintes, elle ne l'a pas fait.

Même si la Commission a commis une erreur en prononçant sa décision initiale, il s'agit de déterminer si cela l'empêche de tenter cette fois d'exercer correctement sa fonction. Selon mon collègue, comme la décision de la Commission était nulle de nullité absolue, ce qui équivaut en droit à une absence totale de décision: «le tribunal dont la décision est nulle a été autorisé à réexaminer la question dans son entier et à prononcer une décision valide» (pp. 862 et 863) (je souligne), s'appuyant sur la décision *Re Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637 (C.S.C.-B.), où le juge

(3d) 637 (B.C.S.C.), where McLachlin J. (now of this Court) wrote, at p. 643:

I am satisfied both as a matter of logic and on the authorities that a tribunal which makes a decision in the purported exercise of its power which is a nullity, may thereafter enter upon a proper hearing and render a valid decision: *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (B.C.S.C.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.* (1968), 67 D.L.R. (2d) 165, [1968] S.C.R. 330. In the latter case, the Supreme Court of Canada quoted from Lord Reid's reasons for judgment in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 at p. 79, where he said:

I do not doubt that if an officer or body realises that it has acted hastily and reconsiders the whole matter afresh, after affording to the person affected a proper opportunity to present its case, then its later decision will be valid. [Emphasis added.]

These precedents distinctly indicate that whenever special circumstances do warrant reconsideration by an administrative tribunal, such is to take place "afresh", not merely as a continuation of the tainted process now sought to be corrected.

Furthermore, *Re Trizec* dealt with a procedural error by the Court of Revision. While acting wholly within the domain of its substantive jurisdiction, the Court of Revision increased an assessment against a taxpayer before allowing the taxpayer to be heard. Two days later, at the request of the taxpayer, the court reconvened and a hearing was conducted. Hence, this case is distinguishable on at least three grounds:

(1) the court in *Re Trizec* was instructed to consider the matter afresh and conduct a proper hearing; the Alberta Court of Appeal in *Chandler* allowed the Board to continue its original proceeding;

(2) the court, acting within its jurisdiction, made a procedural error which it subsequently corrected; the Board in *Chandler* was not

McLachlin (maintenant de notre Cour) écrit à la p. 643:

[TRADUCTION] Je suis convaincue, tant sur le plan logique que sur celui de la doctrine et de la jurisprudence, que le tribunal qui, dans le cadre présumé de l'exercice de sa compétence, rend une décision annulée par la suite, peut ensuite tenir une audience régulière et rendre une décision valide: *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (C.S.C.-B.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.* (1968), 67 D.L.R. (2d) 165, [1968] R.C.S. 330. Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême du Canada a cité les motifs du jugement prononcé par lord Reid dans *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40, à la p. 79, où il affirme:

Je ne doute point que dans l'éventualité où un fonctionnaire ou un organisme se rend compte qu'il a agi précipitamment et réexamine la question dans son entier, après avoir accordé à la personne intéressée la possibilité suffisante de faire valoir son point de vue, la seconde décision qu'il rendra sera valide. [Je souligne.]

D'après cette jurisprudence, il est clair que lorsqu'en raison de circonstances particulières, un tribunal administratif est justifié de réexaminer une affaire, ce dernier doit procéder à un réexamen de la question dans son entier et non à la simple continuation du processus vicié que l'on tente maintenant de corriger.

En outre, dans la décision *Re Trizec*, il s'agissait d'une erreur de procédure commise par la Cour de révision. Tout en respectant les limites de sa compétence sur le plan du fond, la Cour de révision avait augmenté une cotisation établie à l'encontre d'un contribuable avant même d'entendre ce dernier. Deux jours plus tard, à la demande du contribuable, la cour a été convoquée de nouveau et a tenu une audition. Cette affaire doit être distinguée sur au moins trois aspects:

(1) dans *Re Trizec*, on a ordonné à la cour de réexaminer l'affaire et de procéder à une audience régulière; dans *Chandler*, la Cour d'appel de l'Alberta a permis à la Commission de continuer ses procédures initiales;

(2) la cour, agissant dans les limites de sa compétence, a commis une erreur de procédure qu'elle a ensuite corrigée; dans *Chandler*, la

empowered at the substantive level to make any of the findings it did; and

(3) the taxpayer itself requested a hearing, whereas the Board in *Chandler* reopened the proceedings on its own initiative.

The issues in *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (B.C.S.C.), relied upon in *Re Trizec*, were almost identical. A teacher was dismissed on three grounds of misconduct, yet was heard on only two of those grounds. He was then heard on the third ground and the dismissal was upheld.

The suggestion that the Board's original proceedings be continued is especially disturbing. It would set a dangerous precedent in expanding the powers of administrative tribunals beyond the wording or intent of the enabling statute. Furthermore, it would erode the protection of fairness and natural justice which every citizen of this country has a right to expect from administrative tribunals. The original hearing was conducted under the mistaken belief by the Board that it could make certain orders, despite the Chairman's introductory words. The Chairman's comments, reproduced above, clearly indicated that the hearings were intended to be a practice review rather than an inquiry into allegations of unprofessional conduct.

Kryczka J. of the Alberta Court of Queen's Bench held that, given the failure to inform the appellants that they were facing any such discipline charges or allegations, "it is difficult for me to conceive how the eventual result could be characterized as anything other than a travesty of justice". It might be that the appellants would have entered into a different course or line of defense at the hearing had they suspected that they were being investigated with respect to matters entirely outside the scope of the Board's jurisdiction. Unaware and not informed of the discipline charges that were in fact contemplated by the Board, appellants were not legally in a position

Commission n'avait pas le pouvoir, sur le plan du fond, de formuler les conclusions en cause; et

(3) le contribuable a lui-même demandé une audience alors que dans *Chandler*, la Commission a rouvert l'instance de sa propre initiative.

Les questions en litige dans l'arrêt *Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge)* (1978), 9 B.C.L.R. 232 (C.S.C.-B.), invoqué dans *Re Trizec*, étaient presque identiques. Un professeur avait été congédié pour trois motifs d'inconduite mais n'avait pu témoigner qu'à l'égard de deux d'entre eux. Par la suite, il avait pu se faire entendre au sujet du troisième motif et le congédiement avait été confirmé.

La suggestion que les procédures initiales puissent être continuées est particulièrement inquiétante. Ce serait là créer un précédent dangereux que d'étendre les pouvoirs des tribunaux administratifs au-delà du texte ou de l'intention de leur loi habilitante. De plus, cela serait de nature à éroder la garantie d'équité et de justice naturelle à laquelle chaque citoyen de ce pays est en droit de s'attendre de la part des tribunaux administratifs. La Commission a tenu l'audience initiale en croyant à tort qu'elle pouvait prononcer certaines ordonnances, malgré les propos préliminaires tenus par le président. Les commentaires du président que j'ai déjà reproduits indiquent clairement que les audiences devaient constituer une révision des pratiques plutôt qu'un examen des plaintes portant sur la conduite non professionnelle.

En Cour du banc de la Reine de l'Alberta, le juge Kryczka a statué que, compte tenu de ce que les appelants n'ont pas été avisés qu'ils faisaient face à des accusations ou allégations de nature disciplinaire, [TRADUCTION] «il m'est difficile d'imaginer que le résultat éventuel puisse être considéré comme autre chose qu'un simulacre de justice». Les appelants auraient peut-être agi différemment ou présenté un autre genre de défense à l'audience s'ils avaient soupçonné qu'ils faisaient l'objet d'une enquête sur des questions excédant totalement la compétence de la Commission. Puisqu'ils n'étaient pas au courant ni informés des accusations de nature disciplinaire que la Commis-

to prepare a full defense to the allegations and orders ultimately made against them.

Appellants further contend that, if upheld, the decision of the Alberta Court of Appeal must be taken as overturning the judgment of the same court in *Canadian Industries Ltd. v. Development Appeal Board of Edmonton* (1969), 71 W.W.R. 635, cited with approval in *Grillas, supra*, at pp. 588-89. *Canadian Industries* dealt with a board that held a hearing without giving notice to the appellant who was entitled to such notice as an interested party. The Board then held a rehearing of which proper notice was given, and decided, after hearing submissions, that its previous order should not be changed. Johnson J.A., for the Court of Appeal held that both orders had to be set aside. The first was a nullity as the appellant was not notified. The second was a nullity as well in the absence of clear statutory authority to conduct a rehearing.

As mentioned previously, there is no clear statutory language enabling the Board to conduct a rehearing. If the Board has a duty which it failed to fulfill, it can, depending on the circumstances of the case, be directed to review the entire matter afresh, and can be required to conduct a new hearing. *Re Trizec and Lange, supra*. However, if it sets out to do one thing and winds up doing something entirely different, any reexamination should not be construed as a "continuation of the Board's original proceedings".

I would like to briefly address the *prima facie* apprehension that a direction to the Board to conduct a new hearing is tantamount to "double adjudication". That would be a valid concern if the Board is seen as having discretion. It would then be making orders subsequent to its being rendered *functus officio*. However, if it has an imposed duty, a rehearing would only be required if the original hearing is determined to be a total nullity,

sion envisageait de porter, les appelants n'étaient pas légalement en mesure de préparer une défense pleine et entière à l'égard des allégations et des ordonnances dont ils ont finalement fait l'objet.

<sup>a</sup> Les appelants ajoutent que s'il est confirmé, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta devra alors être considéré comme renversant l'arrêt de la même cour dans *Canadian Industries Ltd. v. Development Appeal Board of Edmonton* (1969), 71 W.W.R. 635, qui a été cité avec approbation dans l'arrêt *Grillas*, précité, aux pp. 588 et 589. L'arrêt *Canadian Industries* portait sur une audience tenue par une commission sans avis préalable à l'appelant, qui avait droit à un tel préavis en tant que partie intéressée. Après avoir donné les avis appropriés, la Commission a procédé à une nouvelle audition de l'affaire et a décidé, après avoir entendu les arguments, de ne pas modifier son ordonnance antérieure. Le juge Johnson a statué, au nom de la Cour d'appel, que les deux ordonnances devaient être annulées. La première était nulle parce que l'appelant n'avait pas été avisé. La deuxième était tout aussi nulle, parce que la loi n'autorisait pas clairement la tenue d'une nouvelle audition.

<sup>f</sup> Comme nous l'avons déjà mentionné, aucun texte de loi n'habilite clairement la Commission à tenir une nouvelle audition. Si la Commission a omis de remplir une obligation qui lui incombe, il peut lui être ordonné, selon les circonstances de l'espèce, de reprendre l'examen de toute l'affaire et elle peut alors être tenue de procéder à une nouvelle audition. *Re Trizec et Lange*, précités. Cependant, si elle se propose de faire une chose et qu'en fin de compte elle fait quelque chose de tout à fait différent, tout réexamen de l'affaire ne devrait pas être considéré comme la «continuation des procédures initiales par la Commission».

<sup>i</sup> J'aimerais aborder brièvement la question de la crainte *prima facie* que le fait d'ordonner à la Commission de tenir une nouvelle audition équivaille à une «double décision». Cette crainte pourrait être justifiée si l'on estimait que la Commission détient un pouvoir discrétionnaire. Elle prononcerait alors des ordonnances après être devenue *functus officio*. Cependant, si elle était dans l'obligation d'agir, la tenue d'une nouvelle

and the case so warrants. In that case, the apprehension of allowing a tribunal to make a series of orders, *Lodger's International Ltd.*, *supra*, would not arise. In the particular circumstances of this case, a rehearing would not be appropriate in my view.

### (3) Mandamus

As the Court of Appeal twice referred to the principles of mandamus, I will address them as well. However, I agree with appellants that these principles have nothing to do with this appeal.

Laidlaw J.A. set out the requirements for mandamus in *Karavos v. Toronto*, [1948] 3 D.L.R. 294 (Ont. C.A.), at p. 297:

Before the remedy can be given, the applicant for it must show (1) "a clear, legal right to have the thing sought by it done, and done in the manner and by the person sought to be coerced" . . . ; (2) "The duty whose performance it is sought to coerce by mandamus must be actually due and incumbent upon the officer at the time of seeking the relief . . ."; (3) That duty must be purely ministerial in nature, "plainly incumbent upon an officer by operation of law or by virtue of his office, and concerning which he possesses no discretionary powers"; (4) There must be a demand and refusal to perform the act which it is sought to coerce by legal remedy . . .

Hence, mandamus appears to be a remedy that would apply against a tribunal or authority, and not one to be invoked by it. If the Board declined to exercise jurisdiction, then mandamus would lie. However, that is not the case here. Quite the contrary; the Board took it upon itself to exercise more jurisdiction than in fact it had. That alone would undermine the Court of Appeal's application of mandamus to this case. Furthermore, if we are to follow the requirements set out above, none appear to be satisfied by the facts here:

audition ne s'imposerait que si l'audience initiale était jugée nulle de nullité absolue et si les circonstances le justifiaient. Dans ce cas, il n'y aurait pas lieu de craindre de permettre au tribunal de prononcer une série d'ordonnances, *Lodger's International Ltd.*, précité. À mon avis, en l'espèce il ne conviendrait pas d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience, vu les circonstances particulières de cette affaire.

### 3) Mandamus

Puisque la Cour d'appel s'est référée à deux reprises aux principes du *mandamus*, j'en traiterai également. Je conviens toutefois avec les appelants que ces principes n'ont rien à voir avec le présent pourvoi.

Dans l'arrêt *Karavos v. Toronto*, [1948] 3 D.L.R. 294 (C.A. Ont.), le juge Laidlaw décrit les conditions applicables à l'obtention d'un *mandamus*, à la p. 297:

[TRADUCTION] Pour être en mesure d'obtenir ce redressement, le requérant doit démontrer (1) «qu'il a le droit, clairement prescrit par la loi, d'obtenir que la chose qu'il demande soit faite et ce, de la façon demandée et par la personne en cause» . . . ; (2) «la fonction dont on demande l'exercice par voie de *mandamus* doit réellement incomber au fonctionnaire en cause, au moment où le redressement est demandé» . . . ; (3) cette fonction doit être de nature purement ministérielle et «incomber directement à un fonctionnaire en vertu de la loi ou de la nature de son poste; il ne doit jouir d'aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard»; (4) il doit y avoir eu demande et refus d'accomplir l'acte que l'on veut faire accomplir par voie judiciaire . . .

Il appert donc que le *mandamus* s'applique à l'encontre d'un tribunal ou d'une autorité et qu'il ne peut être invoqué par ceux-ci. Si la Commission avait refusé d'exercer sa compétence, il y aurait lieu de délivrer un *mandamus*. Toutefois ce n'est pas le cas ici. C'est plutôt le contraire: la Commission a pris sur elle d'exercer des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui étaient conférés. Ce seul fait militerait à l'encontre de l'application du *mandamus* à l'espèce par la Cour d'appel. En outre, si nous respectons les conditions susmentionnées applicables à l'obtention d'un *mandamus* les faits de l'espèce ne semblent satisfaire à aucune de celles-ci:

(1) There is no clear legal right in issue.

(2) The Board may have had discretion whether or not to make recommendations.

(3) Whether or not the Regulation confers discretion upon the Board is still an open question, and if the Board has a duty to consider making recommendations, it certainly has discretion whether or not to make them, and which ones to make, if any.

(4) There has been no demand by the appellants or refusal by the Board to perform, as is required by mandamus.

#### (4) Conclusion

On either interpretation of the ambiguous language in the Regulation, I am of the view that the appeal should succeed. If the Board had discretion, and decided to act in a certain manner, it is now *functus officio*. If it had an imposed duty which it did not perform, it cannot continue with a tainted hearing. For the reasons discussed above, mandamus is not a controlling factor in this appeal.

Therefore, I would allow the appeal, vacate the order of the Court of Appeal and restore the judgment of Brennan J. prohibiting the Board from acting any further in this matter, the whole with costs throughout.

*Appeal dismissed, LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Code Hunter, Calgary.*

1) Aucun droit clairement prescrit par la loi n'est en cause.

2) La Commission pouvait avoir le pouvoir discrétionnaire de décider de faire ou non des recommandations.

3) La question de savoir si le règlement confère un pouvoir discrétionnaire à la Commission demeure ouverte; si la Commission a le devoir de considérer de faire des recommandations, elle a certainement le pouvoir discrétionnaire de décider de les faire ou non, et de choisir la recommandation appropriée, le cas échéant.

4) Les appelants n'ont pas demandé qu'un acte soit accompli et la Commission n'a pas refusé de le faire, comme le requiert le *mandamus*.

#### 4) Conclusion

Peu importe la façon dont on interprète le langage ambigu du règlement, j'estime que le pourvoi doit être accueilli. Si la Commission avait le pouvoir discrétionnaire d'agir et a décidé d'agir d'une certaine façon, elle est maintenant *functus officio*. Si elle avait le devoir d'agir et qu'elle ne l'a pas fait, elle ne peut poursuivre une audience viciée. Pour les motifs qui précèdent, le *mandamus* n'est pas un facteur déterminant en l'espèce.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge Brennan interdisant à la Commission de poursuivre l'affaire, le tout avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: Code Hunter, Calgary.*



**G.C.D. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

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

File No.: 20844.

1989: October 5.

Present: Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Appeal as of right — Accused convicted of indecent assault — Dissent in the Court of Appeal not on a question of law — Appeal quashed.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 27 O.A.C. 287, dismissing the accused's appeal from his conviction for indecent assault. Appeal quashed.

*Peter M. Barr*, for the appellant.

*Lucy Cecchetto*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

WILSON J.—Having regard to the formal order of the Court of Appeal and, more particularly, the reasons for judgment of the Court of Appeal, this Court is of the view that the appeal does not raise a question of law and that the Court has accordingly no jurisdiction to entertain this appeal as of right.

The appeal is therefore quashed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Harris, Barr, St. Catharines.*

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

**G.C.D. Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. D. (G.C.)

N° du greffe: 20844.

1989: 5 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

<sup>c</sup> *Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit — Pourvoi annulé.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 27 O.A.C. 287, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'attentat à la pudeur. Pourvoi annulé.

<sup>e</sup> *Peter M. Barr*, pour l'appellant.

*Lucy Cecchetto*, pour l'intimée.

<sup>f</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

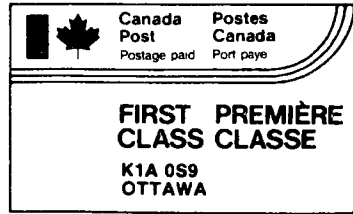
<sup>g</sup> LE JUGE WILSON—Compte tenu de l'ordonnance formelle et, plus particulièrement, des motifs de jugement de la Cour d'appel, notre Cour est d'avis que ce pourvoi ne soulève pas de question de droit et qu'elle n'a donc pas compétence pour entendre ce pourvoi de plein droit.

<sup>h</sup> En conséquence, le pourvoi est annulé.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Harris, Barr, St. Catharines.*

<sup>i</sup> *Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 5, 1989 Vol. 2**

**5<sup>e</sup> cahier, 1989 Vol. 2**

Published pursuant to the Supreme Court Act by  
GUY Y. GOULARD, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor  
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secretaries  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par  
GUY Y. GOULARD, C.R.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secrétaires  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

## CONTENTS

**Arthur D. Little Inc. v. Coopers & Lybrand (Application) ..... 981**

Practice — Application to vary a judgment — Settlement as between Arthur D. Little and Newman, MacLean & Associates at the outset of the hearing of the appeal — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, ss. 5, 50(1), (2).

**Caimaw v. Paccar of Canada Ltd. .... 983**

Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — Curial deference — Court overturning decision of labour tribunal on judicial review — Determination of jurisdiction of court on judicial review to overturn labour tribunal — Jurisdiction infringed if error in interpreting jurisdictional provisions or if decision patently unreasonable — Whether or not labour tribunal erred in interpreting jurisdictional provisions — Whether or not patently unreasonable error in performance of board's function — Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 27, 33.

Appeals — Standing — Administrative tribunals — Whether or not tribunals have standing in appeals from their own decisions.

**Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia (re-hearing) ..... 1067**

Judgments and orders — Judgment varied — Interest — Pre-judgment and postjudgment interest awarded.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**Arthur D. Little Inc. c. Coopers & Lybrand (Demande) ... 981**

Pratique — Demande de rectification de jugement — Règlement entre Arthur D. Little et Newman, MacLean & Associates au début de l'audience du pourvoi — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 5, 50(1), (2).

**Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada ..... 1069**

Procédure civile — Actes de procédure — Modifications — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de permettre la modification des actes de procédure?

**Caimaw c. Paccar of Canada Ltd. .... 983**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — Retenue judiciaire — Décision d'un tribunal du travail écartée lors d'un contrôle judiciaire — Détermination de la compétence d'une cour de justice pour écarter lors d'un contrôle judiciaire une décision d'un tribunal du travail — Erreur de compétence quand il y a mauvaise interprétation des dispositions attributives de compétence ou quand la décision est manifestement déraisonnable — Le tribunal du travail a-t-il interprété de manière erronée les dispositions attributives de compétence? — Y a-t-il eu erreur manifestement déraisonnable dans l'exercice de la fonction de la commission? — Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 27, 33.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Hémond v. Coopérative fédérée du Québec ..... 962**

Labour relations — Seniority — Return to bargaining unit — Motion for declaratory judgment to determine seniority rights of certain employees — Collective agreement in effect at time employees returned to bargaining unit less generous than that in effect when promoted — Whether seniority rights of employees governed by new collective agreement — Whether Superior Court has jurisdiction to determine employees' seniority rights — Distinction between applicability and application of collective agreement — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(f), 65, 66, 67, 100, 139.

### **Lejeune v. Cumis Insurance Society Inc. .... 1048**

Insurance — Fire insurance — Subject-matter of insurance changed — Building destroyed by fire which started in apartment leased and used as meeting-place — Insured property described in policy as premises "occupied solely as private dwelling" — Use of insured premises changed without knowledge of insurer — Whether insurer justified in refusing to compensate insured — Distinction between aggravation and exclusion of risk — Civil Code of Lower Canada, arts. 2488, 2500, 2566.

### **Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co. .... 1069**

Civil procedure — Pleadings — Amendments — Whether Court of Appeal erred in permitting pleadings to be amended.

### **R. v. Debot ..... 1140**

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonableness of search — Right to counsel — Admissibility of evidence if obtained in circumstances in violation of Charter rights — Appellant frisked in warrantless drug search — Search ordered following tip from reliable informant — Drugs found and appellant arrested — Appellant informed of his Charter rights, including right to counsel, on arrest — Whether or not search reasonable — Whether or not right to counsel infringed — Whether or not real evidence obtained in search should be excluded from evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2) — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(1)(a), (b).

Criminal law — Searches — Appellant frisked in warrantless drug search — Search ordered following tip from reliable informant — Search permissible if reasonable belief that offence was committed — Whether or not police had reasonable and probable grounds to believe offence committed — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(1)(a), (b).

### **R. v. Docherty ..... 941**

Criminal law — *Mens rea* — Wilful non-compliance with probation order — Failure to keep the peace and to be of good behaviour — Charge arising because of conviction of having care and control of vehicle while impaired — Accused believing vehicle could not be started — Whether s. 666(1) an offence requiring its own *mens rea* or one automatically following conviction for any Criminal Code offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 19, 236(1), 663(2), 666(1), 722(1).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Appels — Qualité pour agir — Tribunaux administratifs — Les tribunaux administratifs ont-ils qualité pour agir dans les appels interjetés contre leurs propres décisions?

### **Hémond c. Coopérative fédérée du Québec ..... 962**

Relations du travail — Ancienneté — Retour dans l'unité de négociation — Requête en jugement déclaratoire pour déterminer les droits d'ancienneté de certains employés — Convention collective en vigueur au moment de la réintégration des employés dans l'unité de négociation moins généreuse que celle en vigueur lors de leur promotion — Les droits d'ancienneté des employés sont-ils régis par la nouvelle convention collective? — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour déterminer les droits d'ancienneté des employés? — Distinction entre applicabilité et application d'une convention collective — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 1f), 65, 66, 67, 100, 139.

### **Lejeune c. Cumis Insurance Society Inc. .... 1048**

Assurance — Assurance-incendie — Changement d'objet de l'assurance — Immeuble détruit par un incendie qui a débuté dans un appartement loué et utilisé comme local de réunions — Biens assurés décrits dans la police comme des locaux «occupés seulement comme maisons d'habitation privées» — Changement d'utilisation des lieux assurés à l'insu de l'assureur — L'assureur est-il justifié de refuser d'indemniser l'assuré? — Distinction entre aggravation et exclusion du risque — Code civil du Bas-Canada, art. 2488, 2500, 2566.

### **Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique (nouvelle audition) ..... 1067**

Jugements et ordonnances — Modification de jugement — Intérêts — Adjudication d'intérêts avant et après jugement.

### **R. c. Debot ..... 1140**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Caractère raisonnable d'une fouille — Droit à l'assistance d'un avocat — Recevabilité d'éléments de preuve obtenus dans des circonstances qui violent des droits garantis par la Charte — Appellant fouillé sans mandat, à la recherche de drogue — Fouille ordonnée par suite de renseignements obtenus d'un informateur fiable — Découverte de drogue et arrestation de l'appellant — Appellant avisé dès son arrestation de ses droits en vertu de la Charte, y compris le droit à l'assistance d'un avocat — La fouille était-elle abusive? — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat? — Faut-il écarter les preuves matérielles obtenues par la fouille? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2) — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(1)a), b).

Droit criminel — Fouilles — Appellant fouillé sans mandat, à la recherche de drogue — Fouille ordonnée par suite de renseignements obtenus d'un informateur fiable — Fouille permise s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise — Les policiers avaient-ils des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise? — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(1)a), b).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

<b>R. v. Hall</b> .....	1117
Criminal law — Directed verdict — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.	
<b>R. v. Hare</b> .....	1065
Criminal law — Directed verdict — Manslaughter — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.	
<b>R. v. Hearn</b> .....	1180
Criminal law — Obstructing justice — Accused wilfully counselling a witness to give false testimony in a pending trial — False evidence proposed could not affect the outcome of the trial — Whether accused committed the offence of attempting to obstruct justice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 127(2).	
<b>R. v. Ionson</b> .....	1073
Courts — Jurisdiction — Martial Court — Drug offences — Serviceman found in possession of cocaine outside the base — Serviceman off duty and in civilian dress at the time of the offence — Whether military tribunal had jurisdiction to try the serviceman for possession of a narcotic — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 3(1).	
<b>R. v. Nygaard</b> .....	1074
Criminal law — <i>Mens rea</i> — First degree murder — Serious bodily harm known to be likely to cause death and reckless as to whether death ensues — Whether or not planning and deliberation required for first degree murder incompatible with <i>mens rea</i> for murder through infliction of serious bodily harm causing death — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a)(ii), 214(2).	
Evidence — Admissibility — Wiretaps — Cross-examination as to credibility of witness — Witness' statements incompatible with statements in intercepted communication — Criminal Code provisions respecting admissibility not met — Whether or not reversible error made by trial judge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.16, 613(1)(b)(iii).	
<b>R. v. Pinske</b> .....	979
Evidence — Admissibility — Criminal negligence in the operation of a motor vehicle causing death — Blood sample obtained by police — Whether blood test admissible in evidence — Whether jury was misdirected on the issue of causation.	
<b>R. v. Sarvaria</b> .....	1118
Criminal law — Charge to jury — Burden of proof — Possession of narcotics for the purpose of trafficking and trafficking in narcotics — Whether trial judge misdirected jury as to burden of proof.	
<b>R. v. Smith</b> .....	1120
Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Superior court — Fifteen-month delay between	

Continued on next page

## SOMMAIRE (Suite)

<b>R. c. Docherty</b> .....	941
Droit criminel — <i>Mens rea</i> — Non-respect volontaire d'une ordonnance de probation — Omission de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite — Accusation découlant d'une déclaration de culpabilité d'avoir eu, en état d'ébriété, la garde et le contrôle d'un véhicule — Croyance de l'accusé que le véhicule ne pouvait être mis en marche — L'article 666(1) crée-t-il une infraction qui exige sa propre <i>mens rea</i> ou une infraction qui découle automatiquement d'une déclaration de culpabilité d'une infraction au Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19, 236(1), 663(2), 666(1), 722(1).	
<b>R. c. Hall</b> .....	1117
Droit criminel — Verdict imposé — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquittement?	
<b>R. c. Hare</b> .....	1065
Droit criminel — Verdict imposé — Homicide involontaire coupable — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquittement?	
<b>R. c. Hearn</b> .....	1180
Droit criminel — Entrave à la justice — L'accusé a volontairement conseillé à un témoin de faire un faux témoignage à un procès — Le faux témoignage proposé ne pouvait influencer sur l'issue du procès — L'accusé a-t-il commis l'infraction de tentative d'entrave à la justice? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 127(2).	
<b>R. c. Ionson</b> .....	1073
Tribunaux — Compétence — Cour martiale — Infractions relatives aux stupéfiants — Soldat en possession de cocaïne à l'extérieur de la base — Soldat en quartier libre et en civil au moment de l'infraction — Un tribunal militaire avait-il compétence pour juger le soldat pour possession d'un stupéfiant? — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 120 — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1).	
<b>R. c. Nygaard</b> .....	1074
Droit criminel — <i>Mens rea</i> — Meurtre au premier degré — Lésions corporelles graves qu'on sait être de nature à causer la mort et indifférence que la mort s'ensuive ou non — La préméditation requise pour un meurtre au premier degré est-elle incompatible avec la <i>mens rea</i> requise pour un meurtre résultant de lésions corporelles graves causant la mort? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212a)(ii), 214(2).	
Preuve — Admissibilité — Écoute électronique — Contre-interrogatoire quant à la crédibilité d'un témoin — Déclarations du témoin incompatibles avec les déclarations de la communication interceptée — Non-respect des dispositions du Code criminel concernant l'admissibilité — Le juge du procès a-t-il commis une erreur donnant lieu à révision? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16, 613(1)(b)(iii).	

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Concluded)

the laying of the charge and the date set for the commencement of the preliminary inquiry — Accused alleging a violation of his Charter right to be tried within a reasonable time — Application for an order to stay the proceedings made before a superior court judge prior to the preliminary inquiry — Whether superior court should have declined to exercise jurisdiction to decide the application — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Fifteen-month delay between the laying of the charge and the date set for the commencement of the preliminary inquiry — Whether accused's right to be tried within a reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

### **R. v. Stensrud** ..... 1115

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Eighteen-month delay between arrest and commencement of trial — Whether accused's right to be tried within a reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

### **R. v. Szlovak** ..... 1114

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Robbery — Trial judge excluding from evidence the money seized from the accused and the statement made by him to the police — Whether trial judge erred in excluding the evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.

### **Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)** ..... 879

Courts — Jurisdiction — Federal Court of Appeal — Judicial review — Canadian Human Rights Commission dismissing complaint of discrimination pursuant to s. 36(3) of the Canadian Human Rights Act — Whether Commission's decision under s. 36(3) required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis — If so, whether the Commission committed a reviewable error — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 11, 36(3).

### **Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)** ..... 1110

Practice — Constitutional questions — Statement — Refusal by Court to state two constitutional questions — Questions not in accordance with Rule 32 of the Rules of the Supreme Court of Canada.

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Pinsky** ..... 979

Preuve — Admissibilité — Négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur causant la mort — Échantillon de sang obtenu par la police — Le test sanguin est-il admissible en preuve? — Le jury a-t-il reçu des directives erronées sur la causalité?

### **R. c. Sarvaria** ..... 1118

Droit criminel — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Possession de stupéfiants pour en faire le trafic et trafic de stupéfiants — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury quant au fardeau de la preuve?

### **R. c. Smith** ..... 1120

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Cour supérieure — Délai de quinze mois entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour l'ouverture de l'enquête préliminaire — Allégation de la part de l'accusé qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable — Requête visant à obtenir une suspension d'instance présentée devant un juge d'une cour supérieure avant l'enquête préliminaire — La cour supérieure aurait-elle dû refuser d'exercer sa compétence pour statuer sur la requête? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de quinze mois entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour l'ouverture de l'enquête préliminaire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

### **R. c. Stensrud** ..... 1115

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de dix-huit mois entre l'arrestation et le début du procès — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

### **R. c. Szlovak** ..... 1114

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Vol qualifié — Juge du procès ayant écarté de la preuve l'argent saisi de l'accusé et la déclaration qu'il a faite à la police — Le juge du procès a-t-il eu tort d'écartier ces éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.

### **Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)** ..... 879

Tribunaux — Compétence — Cour d'appel fédérale — Contrôle judiciaire — Plainte de discrimination rejetée par la Commission canadienne des droits de la personne en vertu de l'art. 36(3) de la Loi canadienne sur les droits de la personne — La décision rendue par la Commission en vertu de l'art. 36(3) est-elle légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire? — Dans l'affirmative, la Commission a-t-elle commis une erreur donnant lieu à examen? — Loi sur la Cour fédérale,

*Suite à la page suivante*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Fin)

S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 28 — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 11, 36(3).

**Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) ..... 1110**

Pratique — Questions constitutionnelles — Formulation — Refus par la Cour de formuler deux questions constitutionnelles — Questions non conformes à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême du Canada.



**Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie** *Appellant*

v.

**Canadian Human Rights Commission**  
*Respondent*

and

**Canadian Broadcasting Corporation and the Attorney General of Canada** *Mis en cause*

INDEXED AS: SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE v. CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION)

File No.: 20181.

1989: February 2; 1989: October 12.

Present: Dickson C.J. and McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Courts — Jurisdiction — Federal Court of Appeal — Judicial review — Canadian Human Rights Commission dismissing complaint of discrimination pursuant to s. 36(3) of the Canadian Human Rights Act — Whether Commission's decision under s. 36(3) required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis — If so, whether the Commission committed a reviewable error — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 11, 36(3).*

The appellant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission pursuant to the equal pay for work of equal value provisions of s. 11 of the *Canadian Human Rights Act* (the "Act"). The main complaint alleged that employees in the Section fabrication et manipulation des décors of the CBC, who were predominantly male, were paid more for work of equal value than employees in the Section fabrication et manipulation des costumes, who were predominantly female. Pursuant to s. 35 of the Act, an investigator was appointed to investigate the matter and prepare a report. The investigator tested CBC's existing classification levels against classification levels identified by Commission experts using first the former CBC job evaluation

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

**Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie** *Appellant*

c.

**Commission canadienne des droits de la personne** *Intimée*

et

**Société Radio-Canada et le procureur général du Canada** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE c. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE)

N° du greffe: 20181.

1989: 2 février; 1989: 12 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Tribunaux — Compétence — Cour d'appel fédérale — Contrôle judiciaire — Plainte de discrimination rejetée par la Commission canadienne des droits de la personne en vertu de l'art. 36(3) de la Loi canadienne sur les droits de la personne — La décision rendue par la Commission en vertu de l'art. 36(3) est-elle légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire? — Dans l'affirmative, la Commission a-t-elle commis une erreur donnant lieu à examen? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 28 — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 11, 36(3).*

L'appellant a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte fondée sur les dispositions de l'art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la «Loi») relatives à la parité salariale pour les employés exerçant des fonctions équivalentes. La plainte principale portait que les employés, majoritairement masculins, de la Section fabrication et manipulation des décors de Radio-Canada, touchaient un salaire plus élevé que celui des employés, majoritairement féminins, de la Section fabrication et manipulation des costumes, qui exerçaient des fonctions équivalentes. Un enquêteur a été nommé en vertu de l'art. 35 de la Loi pour enquêter sur la plainte et pour établir un rapport. L'enquêteur a comparé les niveaux de classifi-

\* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

plan and then the Aiken Plan. During the investigation, the investigator was in constant touch with the appellant and the CBC and obtained the benefit of their comments from time to time. Some discrepancies were uncovered by the investigator but were not found to be significant in light of the overall consistency of the ratings. The investigator concluded that the existing salary disparities resulted from job misclassification. The investigator considered the group rather than individual members and examined the system rather than focussing on individual complaints. This is based on the Commission's interpretation of s. 11 of the Act. He recommended that the complaint be rejected by the Commission as unsubstantiated.

The investigator then sent appellant a copy of his report which explained the methodology (including references to the Aiken Plan) and the results of its application. This is based also on the Commission's interpretation of s. 11 of the Act. The appellant made written submissions to the Commission. The Commission considered these submissions and the investigator's report and, without a hearing, dismissed the complaint as unsubstantiated pursuant to s. 36(3) of the Act. The Federal Court of Appeal dismissed appellant's s. 28 application to review and set aside the Commission's decision. This appeal is to determine (1) whether the Commission's decision under s. 36(3) was one that is required to be made on a judicial or quasi-judicial basis within the meaning of s. 28 of the *Federal Court Act*; and (2) whether the Commission committed a reviewable error.

*Held* (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer, La Forest and Sopinka JJ.: The Federal Court of Appeal had no jurisdiction, under s. 28 of the *Federal Court Act*, to review the Commission's decision made pursuant to s. 36(3) of the Act. The Commission's decision was not one that was required to be made on a judicial or quasi-judicial basis. Section 36(3) provides for two alternative courses of action upon receipt of the investigator's report: (1) the Commission may adopt the report "if it is satisfied" that the complaint has been substantiated (s. 36(3)(a)) and, in such case, a tribunal will be appointed under s. 39 of the Act unless the complaint is resolved by settlement; and (2) the Commission may dismiss the complaint if "it is satisfied that the complaint has not been substantiated" (s. 36(3)(b)).

cation existant chez Radio-Canada avec ceux qu'avaient établis les experts de la Commission en se servant d'abord de l'ancien plan d'évaluation d'emplois de Radio-Canada, puis du plan Aiken. Au cours de l'enquête, l'enquêteur est demeuré constamment en contact avec l'appellant et avec Radio-Canada, qui l'ont à l'occasion fait bénéficier de leurs observations. Quoique l'enquêteur ait découvert certaines anomalies, celles-ci ont été jugé insignifiantes compte tenu de la cohérence globale des évaluations de classification. L'enquêteur a conclu que les disparités salariales constatées venaient d'une classification erronée. L'enquêteur a tenu compte du groupe plutôt que de ses membres individuels et a examiné le système au lieu de se concentrer sur des plaintes individuelles. Cette démarche découle de l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 11 de la Loi. L'enquêteur a recommandé que la Commission rejette la plainte parce qu'elle n'était pas fondée.

L'enquêteur a ensuite fait tenir à l'appellant une copie de son rapport qui expliquait, avec des renvois au plan Aiken, la méthode employée et les résultats obtenus. Cette démarche découle également de l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 11 de la Loi. L'appellant a soumis des observations écrites à la Commission. La Commission a examiné ces observations ainsi que le rapport de l'enquêteur et, sans tenir d'audience, a rejeté la plainte en vertu du par. 36(3) de la Loi parce qu'elle n'était pas fondée. La demande d'examen et d'annulation de la décision de la Commission présentée par l'appellant, en vertu de l'art. 28 a été rejetée par la Cour d'appel fédérale. Le pourvoi vise à déterminer (1) si la décision rendue par la Commission en vertu du par. 36(3) est soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire au sens de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et (2) si la Commission a fait une erreur donnant lieu à examen.

*Arrêt*: (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Lamer, La Forest et Sopinka: La Cour d'appel fédérale n'a pas compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour examiner la décision rendue par la Commission en vertu du par. 36(3) de la Loi. La décision de la Commission n'était pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Le paragraphe 36(3) prévoit deux possibilités sur réception du rapport de l'enquêteur: (1) la Commission peut adopter le rapport si elle est «convaincue» que la plainte est fondée (al. 36(3)a), auquel cas un tribunal est constitué en vertu de l'art. 39 de la Loi, à moins qu'intervienne un règlement de la plainte; et (2) la Commission peut rejeter la plainte si elle «est convaincue [...] que la plainte n'est pas fondée» (al. 36(3)b)). C'est ce qui

This will occur where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal under s. 39. It is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding; rather the Commission must determine whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage. It was not intended that there be a formal hearing preliminary to the decision as to whether to appoint a tribunal; rather the process moves from the investigatory stage to the judicial or quasi-judicial stage if the test prescribed in s. 36(3)(a) is met. Accordingly, in view of the administrative nature of the Commission's function, and giving effect to the statutory provisions, the Commission was not required to comply with the formal rules of natural justice. The Commission, however, was required to comply with the rules of procedural fairness in accordance with the principles in *Nicholson*.

Although it is not necessary to decide this issue, the Commission committed no reviewable error in dismissing appellant's complaint. There was no basis in this case for suggesting that there was a denial of natural justice or procedural fairness. The appellant was informed of the substance of the evidence obtained by the investigator and put before the Commission and it was given an opportunity to respond to this evidence and make all relevant representations. The Commission was entitled to consider the investigator's report, such other underlying material as it, in its discretion, considered necessary and the representations of the parties. The Commission was then obliged to make its own decision based on this information. All this was done.

The Commission's failure to give reasons in this case was not a basis for review. The appellant was notified that the Commission had decided that the positions which were the subject of comparison did not constitute work of equal value. The basis for this conclusion was the investigator's report which was in the hands of the appellant. Accordingly, the latter was fully apprised of the reasons for the Commission's decision.

Finally, the appellant was informed of the Commission's interpretation of s. 11 of the Act and the Commission correctly applied that section to the facts of this case. Section 11 is to prohibit discrimination by an employer between "male and female employees" who perform work of equal value; it is not to guarantee individual employees equal pay for work of equal value irrespective of sex.

*Per Dickson C.J.:* This appeal can be disposed of on jurisdictional and procedural grounds for the reasons given by Sopinka J., and accordingly, it is not necessary

arrive lorsque la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d'un tribunal en application de l'art. 39. Le but n'est pas d'en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante. Il ne s'agit pas non plus de tenir une audience en règle avant de décider de l'opportunité de constituer un tribunal. Au contraire, le processus va du stade de l'enquête au stade judiciaire ou quasi judiciaire dès lors qu'est rempli le critère énoncé à l'al. 36(3)a). Par conséquent, compte tenu de la nature administrative du rôle de la Commission et suivant les dispositions législatives en question, la Commission n'était pas astreinte à l'observation des règles formelles de la justice naturelle. Elle est toutefois tenue d'obéir aux règles de l'équité procédurale conformément aux principes de l'arrêt *Nicholson*.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, la Commission n'a pas commis d'erreur donnant lieu à examen en rejetant la plainte de l'appellant. On ne saurait prétendre en l'espèce qu'il y a eu déni de justice naturelle ou d'équité procédurale. L'appellant a été informé de la substance de la preuve réunie par l'enquêteur et produite devant la Commission et il a eu la possibilité de répliquer à cette preuve et de soulever tous les points pertinents. La Commission pouvait prendre en considération le rapport de l'enquêteur, les autres données de base qu'elle jugeait nécessaires ainsi que les arguments des parties. Elle était alors tenue de rendre sa propre décision en se fondant sur ces renseignements, ce qu'elle a fait.

Le fait que la Commission a omis de motiver sa décision en l'espèce ne justifie pas l'examen. La Commission a informé l'appellant de sa décision établissant la non-équivalence des postes comparés. Cette conclusion reposait sur le rapport de l'enquêteur et ce rapport avait été communiqué à l'appellant qui était donc parfaitement au courant des motifs de la décision de la Commission.

Finalement, l'appellant a été informé de l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 11 de la Loi et la Commission a appliqué correctement cet article aux faits de la présente affaire. L'article 11 vise à interdire à un employeur de pratiquer la discrimination «entre les hommes et les femmes» qui exercent des fonctions équivalentes; il n'a pas pour but de garantir aux employés individuels un salaire égal pour un travail équivalent peu importe leur sexe.

*Le juge en chef Dickson:* Ce pourvoi peut être tranché sur des motifs de compétence et de procédure pour les raisons exposées par le juge Sopinka et, par conséquent,

or appropriate to deal with the correctness of the Canadian Human Rights Commission's interpretation of s. 11 of the Act.

*Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting):* The Commission's decision to dismiss a complaint pursuant to s. 36(3)(b) of the Act is "required by law" to be made on a quasi-judicial basis and is accordingly reviewable by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*. Three factors supported this conclusion. First, the Commission's function under s. 36(3) is to decide whether a complaint of discrimination is substantiated or not, given the findings set out in the investigator's report. The determination of whether work is of "equal value" within the meaning of s. 11(1) of the Act is a question of law. The Commission must interpret and apply a legal norm between two parties (the appellant and CBC) in an adversarial position. The Commission's function is accordingly closely akin to the adjudicative function traditionally performed by ordinary courts. Second, the Commission's decision constitutes a conclusive determination in respect of fundamentally important individual rights. Third, while the Act contains no express requirement of a hearing prior to the dismissal of a claim under s. 36(3), the provisions of the Act, in particular ss. 36(4), 39(1), 40(1) and 41, are consistent with the imposition of a duty to proceed on a quasi-judicial basis. The existence of such a duty finds ample support in the case law.

The concept of "equal value" is central to the statutory prohibition against wage discrimination. Assessing the value of work, however, is inherently subject to individual bias and sexual stereotyping. In these circumstances, fairness requires that the job evaluation process be subjected to the purifying effect of the adversarial process. The vulnerability of the job evaluation plan method to individual bias and sexual stereotyping is best minimized by allowing the parties concerned an opportunity to tailor the elements of the testing to the special circumstances of each particular case. The Commission is accordingly under a duty to disclose to the parties at the proper time not only the factual basis of its decision but also the legal basis of its investigation—namely, its interpretation of the statutory principle of equal pay for work of equal value. The parties must also be allowed to make an informed response to the Commission's interpretation and to urge upon it their own interpretation of the law.

In this case, the Commission failed to disclose the legal basis of its decision at a proper time. While the

il n'est ni nécessaire ni approprié de traiter de l'exactitude de l'interprétation de l'art. 11 de la Loi par la Commission canadienne des droits de la personne.

*Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes):*

<sup>a</sup> La décision de la Commission de rejeter une plainte en vertu de l'al. 36(3)b) de la Loi est «légalement soumise» à un processus quasi judiciaire et donc au pouvoir de révision de la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Trois facteurs appuient <sup>b</sup> cette conclusion. Premièrement, le rôle de la Commission, en vertu du par. 36(3), est de décider si la plainte de discrimination est fondée ou non, compte tenu des conclusions énoncées dans le rapport de l'enquêteur. La question de «l'équivalence» des fonctions au sens du par. <sup>c</sup> 11(1) de la Loi est une question de droit. La Commission interprète et applique une norme juridique à l'égard de deux parties (l'appelant et Radio-Canada) dont les prétentions sont opposées. La fonction que remplit la Commission est donc très proche de la fonction juridictionnelle dont sont traditionnellement investis les tribunaux ordinaires. Deuxièmement, la décision de la Commission constitue une décision concluante à l'égard de droits individuels fondamentaux. Troisièmement, bien que la Loi n'exige pas expressément la tenue d'une audience avant le rejet d'une plainte en vertu du par. <sup>e</sup> 36(3), les dispositions de la Loi, et notamment les par. 36(4), 39(1) et 40(1) ainsi que l'art. 41, sont compatibles avec l'imposition d'une obligation d'agir de façon quasi judiciaire. L'existence de cette obligation est amplement étayée par la jurisprudence.

<sup>f</sup> Le concept de «valeur égale» est au cœur de l'interdiction légale de la discrimination salariale. L'évaluation de la valeur d'un emploi est toutefois la proie naturelle des préjugés individuels et des stéréotypes sexuels. Étant donné ces circonstances, l'équité exige que ce processus d'évaluation soit soumis à l'effet purificateur du débat contradictoire. Le meilleur moyen de minimiser la vulnérabilité de la méthode d'évaluation face aux préjugés individuels et aux stéréotypes sexuels, est de fournir aux parties concernées l'occasion d'adapter les éléments de l'évaluation aux circonstances particulières de chaque cas. En conséquence, la Commission est dans l'obligation de révéler aux intéressés, en temps opportun, non seulement le fondement factuel de sa décision, mais <sup>i</sup> aussi le fondement juridique de son examen, savoir son interprétation du principe, reconnu dans la Loi, de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale. De plus, les parties doivent avoir la possibilité de répondre en toute connaissance de cause à l'interprétation de la Commission et de faire valoir leur propre interprétation.

<sup>j</sup> En l'espèce, la Commission n'a pas révélé en temps opportun le fondement juridique de sa décision. Quoique

appellant made written submissions on a number of points in relation to the use of the Aiken plan, these submissions were allowed only after the investigation had proceeded on the basis that the Aiken plan was the only appropriate method to assess whether work was of equal value under s. 11, and that the choice of compensable factors and their relative weights by the Commission were the correct ones in light of that provision. The appellant should have been allowed to make informed submissions with respect to the legal standard of equal value under s. 11, and, if the Aiken method was chosen as that standard, then appellant should also have been heard on the selection and relative weight of the compensable factors as well. Any other aspect of the methodology proposed to be adopted by the Commission which the parties might have felt could unfairly prejudice the assessment of the value of the work could also be dealt with at such a hearing. Such a hearing should have been granted so as to give the parties concerned an effective means of advancing their own interpretation of the applicable legal standard before the investigation proceeded. The Commission therefore failed to observe a principle of natural justice in proceeding without affording such an opportunity to the appellant and its decision must be set aside.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Referred to:** *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Re Dagg and Ontario Human Rights Commission* (1979), 102 D.L.R. (3d) 155; *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1984] 2 F.C. 209; *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Employment and Immigration Commission v. MacDonald Tobacco Inc.*, [1981] 1 S.C.R. 401; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Brouillette v. Canadian Human Rights Commission* (1986), 86 N.R.

l'appellant ait soumis une argumentation écrite sur un certain nombre de points relatifs à l'utilisation du plan Aiken, sa présentation n'a été autorisée qu'après la fin d'une enquête menée en tenant pour acquis que ce plan était la seule méthode valable d'évaluation de l'équivalence des fonctions aux fins de l'art. 11 et que le choix de la Commission, quant aux critères d'évaluation et à leur poids respectif, était également approprié à la lumière de cette disposition. L'appellant aurait dû avoir la possibilité de présenter, en connaissance de cause, des arguments concernant la norme de l'équivalence prescrite à l'art. 11. De plus, si la norme choisie était la méthode Aiken, l'appellant aurait dû avoir la possibilité de se faire entendre sur les questions de la sélection et du poids relatif des critères d'évaluation. À cette même audience, on aurait pu débattre tout autre aspect de la méthode proposée par la Commission et risquant, aux yeux des parties, de fausser l'évaluation de la valeur des fonctions. L'audience aurait dû être tenue afin de permettre aux parties concernées de faire valoir efficacement, avant le début de l'enquête, leur propre interprétation de la norme juridique applicable. La Commission a donc violé un principe de justice naturelle en procédant sans fournir cette possibilité à l'appellant et sa décision doit être annulée.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Re Dagg and Ontario Human Rights Commission* (1979), 102 D.L.R. (3d) 155; *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407; *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209; *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Commission de l'emploi et de l'immigration c. MacDonald Tobacco Inc.*, [1981] 1 R.C.S. 401; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Brouillette c. Commission canadienne des droits de la personne* (1986), 86 N.R. 393;

393; *Labelle v. Canada (Treasury Board)* (1987), 76 N.R. 222; *Whiteman v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4944; *Attorney General of Quebec v. Udeco Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 502; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1984] 2 F.C. 209; *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corning Glass Works v. Brennan*, 417 U.S. 188 (1974); *Waddington v. Leicester Council for Voluntary Services*, [1977] 2 All E.R. 633; *Harmatiuk v. Pasqua Hospital* (1982), 4 C.H.R.R. D/1177 (Sask. H.R.C.), aff'd (1983), 4 C.H.R.R. D/1650 (Q.B.); *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44(3) [rep. & sub. c. 31 (1st Supp.)], s. 64].  
*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 11, 22(2) [rep. & sub. 1977-78, c. 22, s. 5], 26, 32(1), (5), 33, 34(1), 35, 36, 39(1), 40(1), (2), 41(1), (2), 65.  
*Equal Pay Act of 1963*, 29 U.S.C. § 206(d).  
*Equal Wages Guidelines*, SI/78-155, s. 3.  
*Equal Wages Guidelines, amendment*, SI/82-2.  
*Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, s. 16.  
*Fair Labor Standards Act of 1938*, 52 Stat. 1060.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28(1).  
*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 32.  
*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 20 [am. 1985, c. 33, s. 9].  
*Statute Law (Canadian Charter of Rights and Freedoms) Amendment Act*, S.C. 1985, c. 26, ss. 68, 69.

#### Authors Cited

Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.  
 Blumrosen, Ruth G. "Wage Discrimination, Job Segregation, and Title VII of the Civil Rights Act of 1964" (1979), 12 *U. Mich. J. L. Ref.* 397.

*Labelle c. Canada (Conseil du Trésor)* (1987), 76 N.R. 222; *Whiteman c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4944; *Procureur général du Québec c. Udeco Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 502; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Latif c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687; *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209; *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corning Glass Works v. Brennan*, 417 U.S. 188 (1974); *Waddington v. Leicester Council for Voluntary Services*, [1977] 2 All E.R. 633; *Harmatiuk v. Pasqua Hospital* (1982), 4 C.H.R.R. D/1177 (Sask. H.R.C.), conf. (1983), 4 C.H.R.R. D/1650 (B.R.); *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, chap. 53, art. 32.  
*Equal Pay Act of 1963*, 29 U.S.C. § 206d).  
*Fair Labor Standards Act of 1938*, 52 Stat. 1060.  
*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, chap. I-2, art. 20 [mod. 1985, chap. 33, art. 9].  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 44(3) [abr. & rempl. chap. 31 (1<sup>er</sup> supp.)], art. 64].  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 11, 22(2) [abr. & rempl. 1977-78, chap. 22, art. 5], 26, 32(1), (5), 33, 34(1), 35, 36, 39(1), 40(1), (2), 41(1), (2), 65.  
*Loi de modification législative (Charte canadienne des droits et libertés)*, S.C. 1985, chap. 26, art. 68, 69.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 18, 28(1).  
*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, art. 16.  
*Ordonnances sur l'égalité de rémunération*, TR/78-155, art. 3.  
*Ordonnances sur l'égalité de rémunération—Modification*, TR/82-2.

#### Doctrine citée

Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984.  
 Blumrosen, Ruth G. «Wage Discrimination, Job Segregation, and Title VII of the Civil Rights Act of 1964» (1979), 12 *U. Mich. J. L. Ref.* 397.

Canada. Law Reform Commission of Canada. *Federal Court: Judicial Review* (Working Paper 18). Ottawa: Law Reform Commission, 1977.

De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Nelson, Bruce A. and Edward M. Opton and Thomas E. Wilson. "Wage Discrimination and the "Comparable Worth" Theory in Perspective" (1980), 13 *U. Mich. J. L. Ref.* 233.

Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1982.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1986), 90 N.R. 16, 9 C.H.R.R. D/4922, 16 C.C.E.L. 275, dismissing appellant's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Canadian Human Rights Commission. Appeal dismissed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

*Luc Martineau and Lyne Robichaud*, for the appellant.

*Russell G. Juriansz and Anne Trottier*, for the respondent.

*Gaspard Côté, Q.C.*, and *Raymond Piché*, for the mis en cause.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I agree with the reasons of my colleague, Justice Sopinka with one reservation. In my view, this appeal can be entirely disposed of on jurisdictional and procedural grounds, and accordingly, I do not find it necessary or appropriate to deal with the correctness of the Canadian Human Rights Commission's interpretation of s. 11 of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33. The Commission chose not to give reasons for its decision to dismiss the complaint as unsubstantiated. The focus of the appellant's attack before this Court was on procedural and jurisdictional grounds and in the Federal Court of Appeal, the interpretation of s. 11 was not addressed. Accordingly, I concur with

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *La Cour fédérale: contrôle judiciaire* (Document de travail 18). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1977.

a De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Nelson, Bruce A. and Edward M. Opton and Thomas E. Wilson. «Wage Discrimination and the «Comparable Worth» Theory in Perspective» (1980), 13 *U. Mich. J. L. Ref.* 233.

b Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

c Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1982.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel fédérale (1986), 90 N.R. 16, 9 C.H.R.R. D/4922, 16 C.C.E.L. 275, qui a rejeté la demande d l'appelant, fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, visant à faire examiner et annuler une décision de la Commission canadienne des droits de la personne. Pourvoi rejeté, les juges e Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

*Luc Martineau et Lyne Robichaud*, pour l'appelant.

f *Russell G. Juriansz et Anne Trottier*, pour l'intimée.

*Gaspard Côté, c.r.*, et *Raymond Piché*, pour les mis en cause.

g Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—À une seule réserve près, je suis d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Sopinka. À mon avis, on peut entièrement h trancher ce pourvoi sur des motifs de compétence et de procédure et, par conséquent, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni approprié de traiter de l'exactitude de l'interprétation de l'art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. i 1976-77, chap. 33, par la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission a choisi de ne pas donner les motifs de sa décision de rejeter la plainte qu'elle estimait non fondée. j Devant cette Cour, l'attaque de l'appelant était axée principalement sur des moyens de procédure et de compétence et, en Cour d'appel fédérale,

Sopinka J. but express no view with respect to the interpretation of s. 11.

The judgment of Lamer, La Forest and Sopinka JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises the question of the appropriate classification of the function of the Canadian Human Rights Commission when it dismisses a complaint of discrimination under s. 36(3) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (the “Act”). The appropriate classification of this function is relevant to determine not only the jurisdiction of the Federal Court to review the determination of the Commission, but also whether the manner in which the Commission proceeded in arriving at its decision violated the appellant’s rights to either natural justice or procedural fairness.

### Facts

The appellant represents all of the production workers employed by the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) in the province of Quebec and in Moncton, New Brunswick. It filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the “Commission”) dated November 10, 1981 pursuant to the equal pay for work of equal value provisions of s. 11 of the Act. The complaint alleged that employees in the “fabrication and manipulation des décors section” of the CBC, who were predominantly male, were paid more for work of equal value than employees in the “fabrication and manipulation des costumes section”, who were predominantly female. The complaint further alleged that employees in the maquillage section were similarly underpaid in comparison to employees in certain male-dominated jobs of equal value.

Upon receipt of the complaint, pursuant to s. 35 of the Act, an investigator was appointed to investigate the matter and prepare a report.

l’interprétation de l’art. 11 n’a pas été abordée. Par conséquent, je souscris à l’avis du juge Sopinka, mais n’exprime aucune opinion quant à l’interprétation de l’art. 11.

Version française du jugement des juges Lamer, La Forest et Sopinka rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi concerne la caractérisation de la fonction qu’exerce la Commission canadienne des droits de la personne quand elle rejette une plainte de discrimination en vertu du par. 36(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33 (la «Loi»). La caractérisation de cette fonction est pertinente non seulement pour déterminer si la Cour fédérale a compétence pour examiner la décision de la Commission, mais aussi pour décider si sa manière de procéder pour arriver à cette décision a violé les droits de l’appelant à la justice naturelle ou à l’équité procédurale.

### Les faits

L’appelant représente tous les travailleurs de production employés par la Société Radio-Canada («Radio-Canada») dans la province de Québec et à Moncton (Nouveau-Brunswick). Il a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la «Commission») une plainte en date du 10 novembre 1981 fondée sur les dispositions de l’art. 11 de la Loi relatives à la parité salariale pour les employés exerçant des fonctions équivalentes. La plainte portait que les employés, majoritairement masculins, de la Section de fabrication et manipulation des décors de Radio-Canada, touchaient un salaire plus élevé que celui des employés, majoritairement féminins, de la Section de fabrication et manipulation des costumes, qui exerçaient des fonctions équivalentes. On se plaignait en outre de ce que les employés du service du maquillage étaient eux aussi sous-payés par rapport à des salariés occupant certains emplois équivalents à prépondérance masculine.

Sur réception de la plainte, un enquêteur a été nommé en vertu de l’art. 35 de la Loi pour enquêter sur la plainte et pour établir un rapport.



The investigation of an equal pay complaint requires the application of generally accepted job evaluation techniques to measure the relative value of the jobs in issue. This process is a three-step procedure:

1. The investigator must gain a thorough understanding of the job content of each job. This information is obtained from up-to-date job descriptions or position specifications obtained from the employer, and when there is doubt, from the incumbents of the job who are asked to complete questionnaires. These are known as job fact sheets.
2. The jobs are then evaluated using a job evaluation plan. The plan will contain techniques used to measure job content according to factors and criteria specified in the plan. This permits a quantitative comparison of the relative value of jobs.
3. The quantitative measures of job value are then co-related to appropriate levels of compensation.

The CBC's existing classification levels were tested against classification levels identified by Commission experts using first the former CBC plan and then a Treasury Board plan which is called the Aiken Plan.

This process took approximately four years and from beginning to end the investigator was in constant touch with the appellant and the CBC. The investigator obtained the benefit of their comments from time to time.

Although some discrepancies were found by the investigator, they were not significant having regard to the overall consistency of the ratings. The investigator concluded that the existing salary disparities were as a result of job misclassification, noting that they were also present in comparisons between properly and improperly classified male employees rather than based on sex. Accordingly, he recommended that the complaint be rejected by the Commission as unsubstantiated.

Une enquête sur une plainte de disparité salariale appelle l'application de méthodes généralement acceptées en matière d'évaluation d'emplois afin de mesurer la valeur relative des emplois en question. Il s'agit d'un processus en trois étapes:

1. L'enquêteur doit connaître à fond la nature de chaque emploi, connaissance qu'il acquiert en ayant recours à des descriptions d'emploi ou de poste tenues à jour et communiquées par l'employeur et, en cas de doute, des questionnaires—appelés feuilles de données sur l'emploi—remplis par des titulaires des postes.
2. Les emplois sont alors évalués selon un plan d'évaluation d'emploi qui comporte des techniques servant à déterminer la nature de l'emploi selon des facteurs et critères spécifiés dans le plan. Cela permet d'effectuer une comparaison quantitative de la valeur relative des emplois.
3. Les mesures quantitatives de la valeur des emplois permettent alors de calculer le niveau de rémunération approprié.

Les niveaux de classification chez Radio-Canada ont été comparés à ceux que les experts de la Commission avaient établis en se servant d'abord de l'ancien plan de Radio-Canada, puis d'un plan du Conseil du Trésor, appelé le plan Aiken.

Ce processus a pris environ quatre ans et, du début à la fin, l'enquêteur est demeuré constamment en contact avec l'appelant et avec Radio-Canada, qui l'ont à l'occasion fait bénéficier de leurs observations.

Quoique l'enquêteur ait découvert certaines anomalies, celles-ci étaient insignifiantes compte tenu de la cohérence globale des évaluations de classification. L'enquêteur a conclu que les disparités salariales constatées résultaient d'une classification erronée et il a fait remarquer que ces disparités, au lieu d'être fondées sur le sexe, existaient aussi dans les comparaisons entre des postes bien classifiés et mal classifiés d'employés masculins. Il a donc recommandé que la Commission rejette la plainte parce qu'elle était mal fondée.

Notwithstanding the fact that the parties had been kept abreast of the investigation during its progress, on October 16, 1984 the regional investigator, Michel Pitre, wrote to the appellant as follows:

[TRANSLATION] We therefore enclose a copy of the documents that will be submitted to the Commission for its use in arriving at a decision in this case. You are requested to send your submission to the Director, Complaints and Compliance (Canadian Human Rights Commission, 400, 90 Sparks Street, Ottawa, Ontario, K1A 1E1) within thirty calendar days of the date of receipt of this letter.

Enclosed with the letter was a copy of his report which explained the methodology, including references to the Aiken Plan, and the results of its application. Furthermore, the discrepancies referred to above were fully identified. Under the heading "Discussion", the investigator explained that in investigating the matter, it was necessary to consider the group rather than individual members and to examine the system rather than focussing on individual complaints. This is based on the Commission's interpretation of s. 11 of the Act. This interpretation is adopted because of the Commission's view that s. 11 is so worded as to prevent "ratcheting" and other wage adjustments that are not in accordance with good compensatory practice. For example, ten different male employees performing dissimilar work and being paid different salaries, nevertheless may all be performing work of equal value to a lesser paid female employee. If the female employee were entitled to limit a complaint under s. 11 to a comparison of her wages only to those of the highest paid male, her wages would be adjusted to be equal to those of the highest paid male. Thereafter all other males could require adjustment of their wages to be equal to those of the female who would then be receiving the highest wage rate. The result of such an approach would be that all employees would eventually move to the highest wage rate. Administered in this way, s. 11 would not be a guarantee of equal pay between sexes, but a guarantee of equal pay for work of equal value irrespective of sex.

Bien que les parties aient été tenues au courant de l'évolution de l'enquête, l'enquêteur régional, Michel Pitre, a écrit ceci à l'appellant le 16 octobre 1984:

a

Veillez donc trouver sous ce pli une copie des documents qui seront soumis à la Commission afin de lui permettre de rendre décision dans ce cas. Nous vous invitons à faire parvenir votre soumission à la Directrice des Plaintes et de la mise en œuvre (Commission canadienne des droits de la personne, 400, 90, rue Sparks, Ottawa, Ontario, K1A 1E1) dans les trente(sic) (30) jours civils qui suivent la date à laquelle vous avez reçu cette lettre.

b

c

Était jointe à la lettre une copie de son rapport qui expliquait, avec des renvois au plan Aiken, la méthode employée et les résultats obtenus. De plus, chacune des anomalies susmentionnées y était clairement décrite. Sous la rubrique «Discussion», l'enquêteur précisait que pour faire enquête il fallait tenir compte du groupe plutôt que de ses membres individuels et examiner le système plutôt que se concentrer sur des plaintes individuelles. Cette démarche découle de l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 11 de la Loi. La Commission adopte cette interprétation parce qu'elle estime que l'art. 11 est libellé de manière à empêcher «l'effet de cliquet» (*ratcheting*) et d'autres rajustements salariaux non conformes aux pratiques acceptées en matière de rémunération. Par exemple, il se peut que dix employés du sexe masculin remplissant des fonctions différentes et rémunérés à des taux différents accomplissent tous un travail équivalant à celui d'une employée dont le salaire est inférieur. S'il était permis à cette employée féminine de limiter une plainte fondée sur l'art. 11 à une comparaison de son salaire avec celui de l'homme le mieux rémunéré, c'est à ce dernier niveau que serait porté son salaire à elle. Tous les autres employés masculins pourraient par la suite exiger le rajustement de leurs salaires pour qu'ils soient égaux à celui de la femme, dont la rémunération se situerait au taux maximal. En fin de compte, tous les employés finiraient par obtenir le taux maximal. Ainsi appliqué, l'art. 11 garantirait non pas la parité salariale entre les sexes, mais le paiement d'un salaire égal pour des fonctions équivalentes indépendamment du sexe des employés.

d

e

f

g

h

i

j

The appellant was given thirty days to make written submissions to the Commission and was granted an extension of time to make these submissions. Extensive written submissions were made to the Commission. After considering these submissions and the report of the investigator, the Commission dismissed the complaint as unsubstantiated. The appellant was notified of this decision by letter dated June 27, 1985 which stated:

[TRANSLATION] The Canadian Human Rights Commission has considered the investigation report in your complaint against Radio-Canada, in which you alleged a difference in wages in employment due to sex.

The Commission has decided that the positions that were the subject of comparison were not of equal value and that the complaint was therefore groundless. Accordingly, the Commission has decided to dismiss your complaint. The Commission has noted the observations by you dated January 29, 1985.

#### Issues

##### 1. *Appropriate Classification of the Decision of the Commission*

Is the decision of the Commission one that is required to be made on a judicial or quasi-judicial basis within the meaning of s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10?

##### 2. *Reviewable Error*

If the answer is yes, did the Commission commit a reviewable error?

#### Legislation

##### *Federal Court Act*

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

L'appelant disposait d'un délai de trente jours pour soumettre des observations écrites à la Commission, lequel délai a été prorogé. Les observations présentées étaient très détaillées. Après avoir examiné ces observations ainsi que le rapport de l'enquêteur, la Commission a conclu que la plainte n'était pas fondée et l'a rejetée. L'appelant a été avisé de cette décision dans une lettre datée du 27 juin 1985, qui portait:

La Commission canadienne des droits de la personne a examiné le rapport d'enquête dans votre plainte contre la Société Radio-Canada dans laquelle vous alléguiez de la disparité salariale fondée sur le sexe en matière d'emploi.

La Commission a décidé que les postes qui faisaient l'objet de la comparaison n'étaient pas de valeur égale et que pour cette raison, la plainte n'était pas fondée. La Commission a donc décidé de rejeter votre plainte. La Commission a pris connaissance de vos observations en date du 29 janvier 1985.

#### Les questions en litige

##### 1. *La caractérisation de la décision de la Commission*

La décision de la Commission est-elle soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire au sens de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10?

##### 2. *Erreur donnant lieu à examen*

Si la réponse est affirmative, la Commission a-t-elle commis une erreur donnant lieu à examen?

#### Les textes législatifs

##### *Loi sur la Cour fédérale*

18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

### *Canadian Human Rights Act*

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

(2.1) Separate establishments established or maintained by an employer solely or principally for the purpose of establishing or maintaining differences in wages between male and female employees shall be deemed for the purposes of this section to be a single establishment.

(3) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 22(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

(4) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

(5) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section.

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

### *Loi canadienne sur les droits de la personne*

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(2) Les critères permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des employés dans le même établissement sont les qualifications, les efforts et les responsabilités nécessaires pour leur exécution, considérés globalement, compte tenu des conditions de travail.

(2.1) Les établissements distincts qu'un employeur aménage ou maintient dans le but principal de justifier une disparité salariale entre hommes et femmes sont réputés, pour l'application du présent article, ne constituer qu'un seul et même établissement.

(3) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 22(2).

(4) Des considérations fondées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

(5) Il est interdit à l'employeur de procéder à des diminutions salariales pour mettre fin aux actes discriminatoires visés au présent article.

(6) For the purposes of this section, "wages" means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes salaries, commissions, vacation pay, dismissal wages, bonuses, reasonable value for board, rent, housing, lodging, payments in kind, employer contributions to pension funds or plans, long-term disability plans and all forms of health insurance plans and any other advantage received directly or indirectly from the individual's employer.

26. (1) Such officers and employees as are necessary for the proper conduct of the work of the Commission shall be appointed in accordance with the *Public Service Employment Act*.

(2) The Commission may, for specific projects, enter into contracts for the services of persons having technical or specialized knowledge of any matter relating to the work of the Commission to advise and assist the Commission in the exercise or performance of its powers, duties and functions under this Act, and such persons may be paid such remuneration and expenses as may be prescribed by by-law of the Commission.

32. (1) Subject to subsections (5) and (6), any individual or group of individuals having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint in a form acceptable to the Commission.

33. Subject to section 32, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available; or

(b) the complaint

(i) is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act,

(ii) is beyond the jurisdiction of the Commission,

(iii) is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith, or

(iv) is based on acts or omissions the last of which occurred more than one year, or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances, before receipt of the complaint.

(6) Pour l'application du présent article, «salaire» s'entend de toute forme de rémunération payable à un individu en contrepartie de son travail et, notamment, des traitements, commissions, indemnités de vacances ou de licenciement, primes, de la juste valeur des prestations en repas, loyers, logement et hébergement, des rétributions en nature, des contributions de l'employeur aux caisses ou régimes de pension, aux régimes d'assurance contre l'invalidité prolongée et aux régimes d'assurance-maladie de toute nature et des autres avantages reçus directement ou indirectement de l'employeur.

26. (1) Le personnel nécessaire à l'exécution des travaux de la Commission est nommé conformément à la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

(2) La Commission peut, moyennant la rémunération et les indemnités prévues à son règlement, engager à contrat, pour des fins temporaires ou spéciales, des experts compétents dans des domaines apparentés à son champ d'activité, à titre de conseils et de collaborateurs dans l'exercice des pouvoirs et des fonctions que lui confère la présente loi.

32. (1) Sous réserve des paragraphes (5) et (6), les individus ou groupes d'individus ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire peuvent déposer une plainte devant la Commission en la forme acceptable pour cette dernière.

33. Sous réserve de l'article 32, la Commission doit statuer sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime la plainte irrecevable dans les cas où il apparaît à la Commission

a) qu'il est préférable que la victime présumée de l'acte discriminatoire épuise d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont raisonnablement ouverts; ou

b) que la plainte

(i) pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi du Parlement,

(ii) n'est pas de sa compétence,

(iii) est frivole, vexatoire, sans objet ou entachée de mauvaise foi, ou

(iv) a été déposée après l'expiration d'un délai d'un an à compter de la dernière des actions ou abstentions sur lesquelles elle est fondée, ou de tout délai plus long que la Commission estime indiqué dans les circonstances.

34. (1) Subject to subsection (2), when the Commission decides not to deal with a complaint, it shall send a written notice of its decision to the complainant setting out the reason for its decision.

35. (1) The Commission may designate a person (hereinafter referred to as an "investigator") to investigate a complaint.

(2) An investigator shall investigate a complaint in a manner authorized by regulations made pursuant to subsection (4) and the Commission may authorize an investigator,

(a) subject to such limitations as the Governor in Council may prescribe in the interests of national defence or security, at any reasonable time, to enter any premises other than a private dwelling place or any part of any premises that is designed to be used and is being used as a permanent or temporary private dwelling place, and carry out such inquiries as are reasonably necessary for the investigation of the complaint; and

(b) to require any individual found in any premises entered pursuant to paragraph (a) to produce for inspection or for the purpose of obtaining copies thereof or extracts therefrom any books or other documents containing any matter relevant to the investigation of the complaint.

(3) No person shall obstruct an investigator in the investigation of a complaint.

(4) The Governor in Council may make regulations prescribing procedures to be followed by investigators and authorizing the manner in which complaints are to be investigated pursuant to this Part and prescribing limitations for the purpose of paragraph (2)(a).

36. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

(2) If, on receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission is satisfied

(a) that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

(b) that the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act,

it shall refer the complainant to the appropriate authority.

(3) On receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

34. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission doit motiver par écrit sa décision auprès du plaignant dans les cas où elle décide que la plainte est irrecevable.

35. (1) La Commission peut désigner la personne (ci-après dénommée «l'enquêteur») chargée d'enquêter sur une plainte.

(2) L'enquêteur doit respecter la procédure d'enquête prévue aux règlements établis en vertu du paragraphe (4) et peut être autorisé par la Commission

a) sous réserve des restrictions que le gouverneur en conseil peut imposer dans l'intérêt de la défense nationale ou de la sécurité, à pénétrer à toute heure raisonnable, dans tous locaux, à l'exclusion des logements privés et des locaux conçus pour l'habitation et utilisés comme logements privés permanents ou temporaires, pour y procéder aux investigations raisonnablement nécessitées par l'enquête; et

b) à obliger toute personne trouvée sur les lieux à produire pour examen, reproduction ou établissement d'extraits les livres et documents qui contiennent des renseignements utiles à l'enquête.

(3) Il est interdit d'entraver l'action de l'enquêteur.

(4) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements, fixant la procédure à suivre par les enquêteurs, les modalités de conduite des enquêtes en vertu de la présente Partie ainsi que les restrictions nécessaires aux fins de l'alinéa (2)a).

36. (1) L'enquêteur doit, le plus tôt possible après la fin de l'enquête, présenter son rapport à la Commission.

(2) Dans les cas où, au reçu du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission est convaincue

a) qu'il est préférable que le plaignant épuise les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont raisonnablement ouverts, ou

b) que la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi du Parlement,

elle doit renvoyer la plainte à l'autorité compétente.

(3) Dans les cas où, au reçu du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission est convaincue

(a) may adopt the report if it is satisfied that the complaint to which the report relates has been substantiated and should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied that the complaint has not been substantiated or should be dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv).

(4) After receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

(a) shall notify in writing the complainant and the person against whom the complaint was made of its action under subsection (2) or (3); and

(b) may, in such manner as it sees fit, notify any other person whom it considers necessary to notify of its action under subsection (2) or (3).

39. (1) The Commission may, at any stage after the filing of a complaint, appoint a Human Rights Tribunal (hereinafter in this Part referred to as a "Tribunal") to inquire into the complaint.

40. (1) A Tribunal shall, after due notice to the Commission, the complainant, the person against whom the complaint was made and, at the discretion of the Tribunal, any other interested party, inquire into the complaint in respect of which it was appointed and shall give all parties to whom notice has been given a full and ample opportunity, in person or through counsel, of appearing before the Tribunal, presenting evidence and making representations to it.

(2) The Commission, in appearing before a Tribunal, presenting evidence and making representations to it, shall adopt such position as, in its opinion, is in the public interest having regard to the nature of the complaint being inquired into.

### Judgment of the Federal Court of Appeal

Marceau J. delivered the judgment of the court: (1986), 90 N.R. 16. With respect to the issue of jurisdiction under s. 28 he stated (at pp. 21-22):

... this is a question which though it may raise difficulties of jurisdiction is more one of form than substance, in the sense that it concerns primarily a definition of terms the exact content of which has in recent years become increasingly fluid as well as less important, and that there is nothing to be gained by a formal analysis of it, at least not in the case at bar.

a) que la plainte est fondée, qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer conformément au paragraphe (2), ni de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33b(ii) à (iv), elle peut accepter le rapport; ou

b) que la plainte n'est pas fondée ou qu'il y a lieu de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33b(ii) à (iv), elle doit rejeter la plainte.

(4) Après réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission

a) doit informer par écrit les parties à la plainte de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3); et

b) peut informer toute autre personne, de la manière qu'elle juge indiquée, de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3).

39. (1) La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, constituer un tribunal des droits de la personne (ci-après dénommé, à la présente Partie, le «tribunal») chargé d'examiner la plainte.

40. (1) Le tribunal doit, après avis conforme à la Commission, aux parties et, à sa discrétion, à tout intéressé, examiner l'objet de la plainte pour laquelle il a été constitué; il doit donner à ceux-ci la possibilité pleine et entière de comparaître et de présenter des éléments de preuve et des arguments, même par l'intermédiaire d'un avocat.

(2) En comparaisant devant le tribunal et en présentant ses éléments de preuve et ses arguments, la Commission doit adopter l'attitude la plus proche, à son avis, de l'intérêt public, compte tenu de la nature de la plainte.

### L'arrêt de la Cour d'appel fédérale

Le jugement de la cour a été prononcé par le juge Marceau: (1986), 90 N.R. 16. Sur la question de la compétence en vertu de l'art. 28, il dit (à la p. 22):

... il s'agit là d'une question qui bien que pouvant déboucher sur des difficultés de juridiction est plus technique que de fond, en ce sens qu'elle implique surtout une définition de termes dont le contenu exact est devenu récemment de plus en plus flou en même temps qu'il perdait de son importance et qu'il n'y a pas d'intérêt, pas en tout cas dans cette cause-ci, de prendre parti formellement à son sujet.

Marceau J. disagreed with the premise put forward by the appellant that elaborate procedural requirements apply in the Commission proceedings, the final stage of which was a public and formal hearing. His view of the content of the procedural requirements was as follows (at p. 21):

What is required is for the complainant and all the parties concerned to have been fully informed of the substance of the evidence obtained by the investigator and the content of his report and to have had an opportunity to make, verbally or in writing, all the relevant representations they wished to make.

With respect to the complaints about the proceedings of the Commission, Marceau J. enumerated them as follows:

1. The Commission relied solely on the investigation report without examining the underlying evidence, in particular the expert evidence;
2. It failed to hold a public hearing or failed to require the investigator to hold a public hearing;
3. It failed to give written reasons;
4. The investigator's conclusions were not only his own but also those of the experts;
5. It did not give the appellant access to all matters contained in the record, namely spot check reports and check sheets.

Marceau J. concluded that some of these complaints proceeded from a misconception of the relative function of the Commission and the investigator. The Commission was entitled to retain the assistance of experts and to rely on the report of the investigator so long as it considered the representation of the parties and came to its own conclusion. With respect to other complaints, they were based on the view of the appellant that a formal hearing was required. Finally, Marceau J. concluded that the spot check reports and check sheets were simply confirmatory of the facts in other documents and had only a very incidental or comparatively insignificant function. Marceau J.

Le juge Marceau a rejeté l'argument avancé par l'appellant, suivant lequel les instances devant la Commission sont soumises à des exigences procédurales complexes comportant comme ultime étape une audience publique en règle. À son avis, les exigences procédurales étaient les suivantes (à la p. 21):

Ce qui est requis est que le plaignant et toutes les parties intéressées aient été adéquatement informés de la substance de la preuve recueillie par l'enquêteur et du contenu de son rapport et qu'ils aient eu la possibilité de faire verbalement ou par écrit toutes les représentations pertinentes qu'ils jugeaient à propos.

Pour ce qui est des plaintes relatives aux procédures devant la Commission, le juge Marceau en fait l'énumération suivante:

1. La Commission s'est fondée uniquement sur le rapport établi à l'issue de l'enquête, sans prendre en considération la preuve sous-jacente et notamment la preuve d'expert.
2. Elle n'a pas tenu d'audience publique ou a omis d'exiger que l'enquêteur en tienne.
3. Elle n'a pas donné de motifs écrits.
4. Les conclusions de l'enquêteur n'étaient pas seulement les siennes propres mais aussi celles des experts.
5. Elle n'a pas communiqué à l'appelant certains documents versés au dossier, savoir les rapports de vérification sur place et les feuilles de pointage.

Le juge Marceau a conclu que certaines de ces plaintes procédaient d'une conception erronée des fonctions respectives de la Commission et de l'enquêteur. Il était loisible à la Commission d'avoir recours à l'assistance d'experts et de se fonder sur le rapport de l'enquêteur, pourvu qu'elle tienne compte des arguments des parties et qu'elle tire sa propre conclusion. Quant aux autres plaintes, elles reposaient sur l'opinion de l'appellant qu'une audience en règle s'imposait. Finalement, le juge Marceau a conclu que les rapports de vérification sur place et les feuilles de pointage venaient simplement confirmer les faits établis dans d'autres documents et ne remplissaient qu'une fonction très



concluded that the appellant was adequately informed of the substance of the evidence obtained by the investigator. The appellant had therefore failed to show that the decision was unlawful.

1. Appropriate Classification of the Decision of the Commission

The Attorney General of Canada submitted that the Federal Court of Appeal lacked jurisdiction to review the decision of the Commission under s. 28 of the *Federal Court Act* in that it was not a decision or order required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. As pointed out above, Marceau J., in the Federal Court of Appeal, saw no purpose in answering this question since he concluded that no reviewable error had been committed. Much judicial energy has been expended in deciding the limits of s. 28, and while it is a daunting task, we are urged by the Attorney General to deal with this point and to dismiss the appeal on this ground.

The application of s. 28 and its companion s. 18 has been rendered difficult by reason of the fact that the clear-cut distinction between certain types of tribunals which existed when the Act was passed no longer exists. As a result of *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, many tribunals exercising so-called administrative or executive functions are required to comply to a limited extent with the *audi alteram partem* rule which is labelled as the duty to accord procedural fairness. Formerly, tribunals that were required to comply with the rules of natural justice were characterized as judicial or quasi-judicial tribunals. This classification along procedural lines was expressed by Megarry J. in *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (Ch. D.), at p. 1378, as follows:

... that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness.

This statement was adopted by Laskin C.J. in *Nicholson, supra*, at p. 324. Both the rules of

accessoire ou relativement insignifiante. D'après le juge Marceau, l'appelant avait été adéquatement informé de la substance de la preuve obtenue par l'enquêteur. L'appelant n'avait donc pas démontré l'illégalité de la décision attaquée.

1. La caractérisation de la décision de la Commission

Le procureur général du Canada fait valoir que la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence pour examiner la décision de la Commission en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* parce qu'il ne s'agissait pas d'une décision ou ordonnance légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Comme je l'ai déjà indiqué, le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale a jugé inutile de répondre à cette question étant donné sa conclusion qu'aucune erreur donnant lieu à examen n'avait été commise. Les tribunaux ont consacré de grands efforts à la définition de la portée de l'art. 28 et, malgré la tâche considérable que cela représente, le procureur général nous demande de régler cette question et de rejeter le pourvoi sur ce point.

L'application de l'art. 28 et de son pendant, l'art. 18, a été rendue difficile du fait que la distinction entre certains types de tribunaux était nette à l'époque de l'adoption de la Loi mais ne l'est plus. Par suite de l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, bon nombre de tribunaux exerçant des fonctions dites administratives ou exécutives sont tenus de respecter dans une mesure limitée la règle *audi alteram partem*, que l'on décrit comme l'obligation d'équité en matière de procédure. Autrefois, les tribunaux tenus d'observer les règles de justice naturelle étaient qualifiés de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires. Cette classification en fonction de la procédure a été exprimée de la manière suivante par le juge Megarry dans *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (Ch. D.), à la p. 1378:

[TRADUCTION] ... dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement.

Cette déclaration a été adoptée par le juge en chef Laskin dans *Nicholson*, précité, à la p. 324. Aussi

natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals. Accordingly, the content of the rules to be followed by a tribunal is now not determined by attempting to classify them as judicial, quasi-judicial, administrative or executive. Instead, the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates. In *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 629, Dickson J. (as he then was) stated:

In general, courts ought not to seek to distinguish between the two concepts, for the drawing of a distinction between a duty to act fairly, and a duty to act in accordance with the rules of natural justice, yields an unwieldy conceptual framework.

The *Federal Court Act*, however, compels classification for review of federal boards, commissions or other tribunals. Accordingly, the distinction referred to by Megarry J. and adopted by this Court in *Nicholson*, *supra*, must continue to serve as the basis for distinguishing between s. 28 and s. 18. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Wilson J., writing for herself, the Chief Justice and Lamer J., applied this distinction in holding that the Minister's determination under s. 45 of the *Immigration Act, 1976* was not reviewable under s. 28. Wilson J. stated, at p. 197:

Thus, despite *Nicholson's* tendency to eliminate the significance of the distinction between administrative and judicial or quasi-judicial functions for purposes of determining whether procedural fairness in decision-making is required, the *Federal Court Act* preserves the significance of the distinction for purposes of determining whether judicial review is available by means of *certiorari* under s. 18(a) or by way of review under

bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de l'échelle dans le cas de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l'échelle dans le cas de tribunaux administratifs ou exécutifs. C'est pourquoi on ne détermine plus maintenant le contenu des règles à suivre par un tribunal en essayant de le ranger dans la catégorie de tribunal judiciaire, quasi judiciaire, administratif ou exécutif. Au contraire, on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question. Dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la p. 629, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dit:

En général, les cours ne devraient pas tenter de distinguer ces concepts l'un de l'autre, car tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile.

La *Loi sur la Cour fédérale* exige cependant qu'il y ait une classification aux fins de l'examen des décisions d'offices, de commissions ou d'autres tribunaux fédéraux. Par conséquent, la distinction mentionnée par le juge Megarry et adoptée par cette Cour dans l'affaire *Nicholson*, précitée, doit continuer à servir de fondement à la distinction entre l'art. 28 et l'art. 18. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson, dans des motifs auxquels ont souscrit le Juge en chef et le juge Lamer, a appliqué cette distinction pour conclure que la décision rendue par le ministre en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne pouvait donner lieu à un examen en vertu de l'art. 28. Le juge Wilson dit, aux pp. 197 et 198:

Ainsi, malgré la tendance de l'arrêt *Nicholson* à supprimer l'importance de la distinction entre les fonctions administratives et judiciaires ou quasi judiciaires aux fins de déterminer si l'équité en matière de procédure est requise dans le processus décisionnel, la *Loi sur la Cour fédérale* maintient l'importance de cette distinction aux fins de déterminer si le contrôle judiciaire peut être exercé par voie de *certiorari* en vertu de l'al. 18a) ou par

s. 28: see *Martineau, supra*, at pp. 629 and 637. Since the appellants did not challenge the procedural fairness of the Minister's decision under s. 45 of the *Immigration Act, 1976* by the proper procedures, I do not believe that the Court has any jurisdiction on these appeals to review those decisions or the mechanisms by which they were taken . . .

Similarly, in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board, supra*, this Court held that disciplinary proceedings respecting a prison inmate did not have to meet the full requirements of natural justice but that the tribunal owed a duty of fairness to the inmate which could be reviewed under s. 18 of the *Federal Court Act*.

It is therefore necessary to examine the nature of the proceedings before the Commission in order to determine whether it was required to comply with the full panoply of the rules of natural justice or was required rather to accord procedural fairness to the appellant.

The *Canadian Human Rights Act* was enacted after human rights legislation had been adopted in all of the provinces. Indeed, for example, a comprehensive human rights code was adopted in Ontario in 1962 and in Nova Scotia in 1963. See Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (1982), at pp. 30-31. The drafters of the Act were obviously influenced by these provincial codes and many of the provisions of the Act are similar to the provincial legislation. The procedure set out in the Act reflects the influence of the form of earlier provincial statutes and the experience of the provincial commissions.

By virtue of s. 32 of the Act an individual, or group of individuals, "having reasonable grounds for believing that a person is engaging . . . in a discriminatory practice", may initiate a complaint with the Commission. Section 33 provides that the Commission is to deal with the complaint unless it is disposed of on one of the grounds set out in this section. These include failure to exhaust other remedies which ought to have been resorted to, lack of jurisdiction in the Commission, that the

voie d'examen en vertu de l'art. 28: voir l'arrêt *Martineau*, précité, aux pp. 629 et 637. Étant donné que les appelants n'ont pas contesté de la manière appropriée l'équité, sur le plan de la procédure, de la décision du Ministre rendue en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, je ne crois pas que la Cour ait compétence en l'espèce pour examiner ces décisions ou les mécanismes par lesquels celles-ci ont été rendues . . .

De même, dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, précité, cette Cour a statué que des procédures disciplinaires à l'égard d'un détenu n'avaient pas à remplir toutes les exigences de la justice naturelle, mais que le tribunal avait envers le détenu une obligation d'agir équitablement, obligation pouvant faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il faut donc examiner la nature des procédures devant la Commission afin de déterminer si elle était tenue de se conformer à l'ensemble des règles de justice naturelle ou si son obligation était plutôt d'accorder à l'appellant l'équité procédurale.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été édictée après l'adoption, par toutes les provinces, de lois en matière de droits de la personne. Par exemple, l'Ontario a adopté un code complet des droits de la personne en 1962 et la Nouvelle-Écosse en 1963. Voir Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (1982), aux pp. 30 et 31. De toute évidence, les rédacteurs de la Loi ont été influencés par la législation provinciale et bon nombre de ses dispositions ressemblent à celles des lois provinciales. La procédure établie dans la Loi en cause reflète la forme de lois provinciales antérieures et l'expérience des commissions provinciales.

Aux termes de l'art. 32 de la Loi, un individu ou un groupe «ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire» peut déposer une plainte devant la Commission. L'article 33 oblige la Commission à statuer sur la plainte, à moins qu'elle ne l'écarte pour une des raisons énumérées dans cet article, dont le fait de ne pas avoir épuisé les autres recours à exercer, l'incompétence de la Commission relativement à la plainte, le fait que la plainte est frivole, vexatoire,

complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith or is out of time. If the Commission does not act under s. 33, there are only two ways of dealing with the complaint. One is to appoint an investigator under s. 35 to investigate the complaint and the other is to appoint a tribunal under s. 39. If the Commission adopts the former course of action, the complaint enters the investigative stage. Sections 35 and 36 appear under the heading "Investigation". There is no other provision in the Act for investigating the complaint other than the appointment of an investigator. Under some provincial codes, the Commission is specifically authorized to investigate the complaint in which case it may be done by the Commission staff itself or in some cases by the appointment of an investigator. See the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 32, and the Alberta *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 20. In general, complainants look to the Commission to lead evidence before a tribunal appointed under s. 39, and therefore investigation of the complaint is essential if the Commission is to carry out this role. Section 40(2) reflects this fact in the life of the Commission.

The investigator, in conducting the investigation, does so as an extension of the Commission. I do not regard the investigator as someone independent of the Commission who will then present evidence as a witness before the Commission. Rather the investigator prepares a report for the Commission. This is merely an example of the principle that applies to administrative tribunals, that they do not have to do all the work themselves but may delegate some of it to others. Although s. 36 does not require that a copy of the report be submitted to the parties, that was done in this case.

Section 36(3) provides for two alternative courses of action upon receipt of the report. The Commission may either adopt the report "if it is satisfied" that the complaint has been substantiated, or it may dismiss the complaint if "it is satisfied that the complaint has not been substantiat-

sans objet ou entachée de mauvaise foi, ou l'expiration du délai. Dans le cas où la Commission n'agit pas en vertu de l'art. 33, il ne reste que deux façons de procéder. L'une consiste à nommer un enquêteur en vertu de l'art. 35 pour faire enquête sur la plainte; l'autre est de constituer un tribunal en vertu de l'art. 39. Si la Commission prend le premier parti, la plainte fait alors l'objet d'une enquête. Les articles 35 et 36 figurent sous la rubrique «Enquête». Hormis la nomination d'un enquêteur, la Loi ne contient aucune autre disposition autorisant à enquêter sur une plainte. Or, certains codes provinciaux habilent expressément la commission provinciale à faire enquête sur les plaintes et, dans ce cas, l'enquête peut être faite par le personnel de la Commission ou, dans certaines situations, par un enquêteur nommé à cet effet. Voir l'article 32 du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, L.O. 1981, chap. 53, l'art. 20 de l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. I-2. D'une manière générale, les plaignants comptent sur la Commission pour produire des preuves devant un tribunal constitué en vertu de l'art. 39. Une enquête sur la plainte est donc indispensable pour permettre à la Commission de remplir ce rôle, réalité que reflète le par. 40(2).

L'enquêteur qui mène l'enquête le fait en tant que prolongement de la Commission. Pour ma part, je ne considère pas l'enquêteur comme une personne indépendante de la Commission qui présente des preuves en témoignant devant elle. Ce qui arrive plutôt c'est que l'enquêteur établit un rapport à l'intention de la Commission. C'est là simplement une illustration du principe qui s'applique aux tribunaux administratifs, savoir qu'ils ne sont pas tenus de s'acquitter eux-mêmes de la totalité de leurs tâches, mais peuvent en déléguer une partie à d'autres. Bien que l'art. 36 n'exige pas la remise d'une copie du rapport aux parties, cela a été fait en l'espèce.

Le paragraphe 36(3) prévoit deux possibilités sur réception du rapport. La Commission peut adopter le rapport si elle est «convaincue» que la plainte est fondée ou bien rejeter la plainte si elle «est convaincue [...] que la plainte n'est pas fondée». Je présume que, dans l'hypothèse de

ed". If the report is adopted, I presume that it is intended that a tribunal will be appointed under s. 39 unless the complaint is resolved by settlement. I come to this conclusion because otherwise there is no provision for any relief to the complainant consequent on adoption of the report. This aspect of the Commission's procedure has been clarified by amendments to the Act (S.C. 1985, c. 26, s. 69). The current version of s. 36(3) is contained in s. 44(3) of the R.S.C., 1985, c. H-6 (as amended by c. 31 (1st Supp.), s. 64) and now provides that, upon receipt of the report of the investigator, the Commission may request the appointment of a tribunal if it is satisfied that, having regard to all the circumstances, an inquiry into the complaint is warranted.

The other course of action is to dismiss the complaint. In my opinion, it is the intention of s. 36(3)(b) that this occur where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal under s. 39. It is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding but rather the Commission must determine whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage. It was not intended that there be a formal hearing preliminary to the decision as to whether to appoint a tribunal. Rather the process moves from the investigatory stage to the judicial or quasi-judicial stage if the test prescribed in s. 36(3)(a) is met. Accordingly, I conclude from the foregoing that, in view of the nature of the Commission's function and giving effect to the statutory provisions referred to, it was not intended that the Commission comply with the formal rules of natural justice. In accordance with the principles in *Nicholson, supra*, however, I would supplement the statutory provisions by requiring the Commission to comply with the rules of procedural fairness. In this regard, I adopt the statement of Lord Denning, M.R., in *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), quoted hereunder. The Race Relations Board was charged with duties similar to those of the Canadian Human Rights Commission. In determining that it was an investigatory body with the duty to act fairly, Lord Denning said, at p. 19:

l'adoption du rapport, un tribunal est alors constitué en vertu de l'art. 39, à moins qu'intervienne un règlement de la plainte. J'arrive à cette conclusion parce qu'aucun autre redressement n'est prévu pour le plaignant à la suite de l'adoption du rapport. Cet aspect de la procédure devant la Commission a été élucidé par des modifications apportées à la Loi (S.C. 1985, chap. 26, art. 69). La version actuelle du par. 36(3) se trouve au par. 44(3) des L.R.C. (1985), chap. H-6 (modifié par chap. 31 (1<sup>re</sup> supp.), art. 64) qui dispose que, sur réception du rapport de l'enquêteur, la Commission peut demander la constitution d'un tribunal si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances, l'examen de la plainte est justifié.

L'autre possibilité est le rejet de la plainte. À mon avis, telle est l'intervention sous-jacente à l'al. 36(3)b) pour les cas où la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d'un tribunal en application de l'art. 39. Le but n'est pas d'en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante. L'intention n'était pas non plus de tenir une audience en règle avant de décider de l'opportunité de constituer un tribunal. Au contraire, le processus va du stade de l'enquête au stade judiciaire ou quasi judiciaire dès lors qu'est rempli le critère énoncé à l'al. 36(3)a). Je conclus donc de ce qui précède que, compte tenu de la nature du rôle de la Commission et suivant les dispositions susmentionnées, il n'y a aucune intention d'astreindre la Commission à l'observation des règles formelles de la justice naturelle. Conformément aux principes posés dans l'arrêt *Nicholson*, précité, cependant, je compléterais les dispositions législatives en exigeant que la Commission observe les règles de l'équité procédurale. À cet égard, je fais miens les propos, reproduits ci-dessous, que tient le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.) La Race Relations Board exerçait des fonctions analogues à celles de la Commission canadienne des droits de la personne. En décidant qu'il s'agissait d'un organisme d'enquête ayant l'obligation d'agir équitablement, lord Denning dit, à la p. 19:

In recent years we have had to consider the procedure of many bodies who are required to make an investigation and form an opinion . . . In all these cases it has been held that the investigating body is under a duty to act fairly; but that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. The investigating body is, however, the master of its own procedure. It need not hold a hearing. It can do everything in writing. It need not allow lawyers. It need not put every detail of the case against a man. Suffice it if the broad grounds are given. It need not name its informants. It can give the substance only. Moreover it need not do everything itself. It can employ secretaries and assistants to do all the preliminary work and leave much to them. But, in the end, the investigating body itself must come to its own decision and make its own report.

A similar conclusion was reached by the Ontario Divisional Court in *Re Dagg and Ontario Human Rights Commission* (1979), 102 D.L.R. (3d) 155. The Ontario Human Rights Commission was required to make a recommendation to the Minister as to whether or not a board of inquiry should be appointed. The Commission recommended against the appointment of a board of inquiry after determining that the complainant's complaint of discrimination on the basis of sex was not substantiated. The applicant alleged that both the Commission and the Minister, in following the Commission's recommendation, were exercising a judicial function. The Divisional Court held that both were exercising administrative functions not subject to the requirements of natural justice. Under the *Canadian Human Rights Act*, although both functions are exercised by the Commission, that does not alter their administrative nature.

In *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407, the Commission conceded that it was required to act on a quasi-judicial basis when it decided to dismiss a complaint as unsubstantiated under s. 36(3)(b). The Commission also acknowledged that procedural

[TRADUCTION] Ces dernières années nous avons examiné la procédure de nombreux organismes chargés de faire enquête et de se faire une opinion [. . .] Dans tous ces cas, on a jugé que l'organisme chargé d'enquêter a le devoir d'agir équitablement; mais les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que, dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. Cependant, l'organisme enquêteur est maître de sa propre procédure. Il n'est pas nécessaire qu'il tienne une audition. Tout peut se faire par écrit. Il n'est pas tenu de permettre la présence d'avocats. Il n'est pas tenu de révéler tous les détails de la plainte et peut s'en tenir à l'essentiel. Il n'a pas à révéler sa source de renseignements. Il peut se limiter au fond seulement. De plus, il n'est pas nécessaire qu'il fasse tout lui-même. Il peut faire appel à des secrétaires et des adjoints pour le travail préliminaire et plus. Mais en définitive, l'organisme enquêteur doit arrêter sa propre décision et faire son propre rapport.

Une conclusion semblable a été tirée par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Re Dagg and Ontario Human Rights Commission* (1979), 102 D.L.R. (3d) 155. La Commission ontarienne des droits de la personne devait faire une recommandation au ministre concernant la constitution d'une commission d'enquête. Ayant jugé injustifiée la plainte de discrimination fondée sur le sexe, la Commission a recommandé de ne pas constituer de commission d'enquête. La requérante soutenait que la Commission, ainsi que le ministre en suivant la recommandation de cette dernière, avaient exercé une fonction judiciaire. La Cour divisionnaire a décidé qu'ils remplissaient tous les deux des fonctions administratives non soumises aux exigences de la justice naturelle. Suivant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le fait que la Commission exerce les deux fonctions ne change rien à leur caractère administratif.

Dans l'affaire *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407, la Commission a reconnu qu'elle remplit une fonction quasi judiciaire lorsqu'elle décide de rejeter, en vertu de l'al. 36(3)b), une plainte qui n'est pas fondée. Elle a reconnu en outre que l'équité

fairness required that the complainant be provided with an opportunity to make submissions, at least in writing, before any action was taken on the basis of the report and that, in order that such submissions could be made on an informed basis, it was required to disclose the substance of the case to the party prior to its decision. The Commission denied, however, that a hearing was necessarily required. Lamer J. stated (at p. 410):

Without pronouncing upon all aspects of the standard of conduct the Commission must meet, I agree that the standard enunciated by the respondent is one which must, in all cases, be met.

*Radulesco* was therefore not a case in which the availability of review under s. 28 of the *Federal Court Act* was in issue. In any event, the standard of conduct required of the Commission in *Radulesco* was one consistent with the requirements of procedural fairness rather than those of natural justice.

In *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1984] 2 F.C. 209, the Federal Court of Appeal was faced with the question of whether the Commission's decision not to appoint a tribunal to hear a complaint alleging discrimination on the basis of sex and marital status should be set aside. The Federal Court of Appeal decided to set aside the decision on the basis that the requirements of natural justice had not been met. Without commenting on the substance of the Court of Appeal's reasons, I would merely note that, as observed by Mahoney J. at p. 213, the availability of s. 28 review was not disputed.

*Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355 dealt with the Ontario *Employment Standards Act*, S.O. 1974, c. 112. The majority judgment of Blair J.A., with concurring reasons by Wilson J.A. (as she then was), found that, although a formal hearing was not required, the employment standards officer had failed to bring to the attention of the complainant adverse information that was pertinent to enable the complainant to reply. Although the judgment of Blair J.A. refers to judicial proceedings, the obligation imposed on the officer was merely a duty of fairness. The distinction between the duty to act judi-

procedurale exige qu'un plaignant ait la possibilité de présenter des arguments, du moins par écrit, avant qu'on donne suite au rapport, et que, afin que ces arguments soient présentés en connaissance de cause, elle doit, avant de rendre sa décision, révéler à l'intéressé les éléments essentiels de la preuve. La Commission a toutefois nié que la tenue d'une audience était obligatoire. Le juge Lamer dit (à la p. 410):

Sans me prononcer sur tous les aspects de la norme de conduite à laquelle la Commission doit se conformer, j'estime qu'elle doit dans tous les cas satisfaire à celle énoncée par l'intimée.

La question de la possibilité d'obtenir un examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne se posait donc pas dans l'affaire *Radulesco*. Quoi qu'il en soit, la norme de conduite imposée à la Commission dans *Radulesco* correspondait aux exigences de l'équité procédurale plutôt qu'à celles de la justice naturelle.

Dans l'affaire *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209, la Cour d'appel fédérale était saisie de la question de savoir s'il y avait lieu d'annuler la décision de la Commission de ne pas constituer de tribunal pour entendre une plainte de discrimination fondée sur le sexe et l'état matrimonial. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision pour le motif qu'on n'avait pas satisfait aux exigences de la justice naturelle. Sans commenter le fond des motifs de la Cour d'appel fédérale, je fais simplement remarquer, comme le dit le juge Mahoney à la p. 213, que la possibilité d'obtenir un examen en vertu de l'art. 28 n'avait pas été mise en doute.

L'arrêt *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355 concernait la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario, L.O. 1974, chap. 112. Le jugement de la majorité rédigée par le juge Blair, avec des motifs au même effet rédigés par le juge Wilson (maintenant juge de notre Cour), concluait que la tenue d'une audience en règle n'était pas requise mais que l'agent des normes d'emploi n'avait pas communiqué à la plaignante certains renseignements qui lui étaient défavorables et qui étaient pertinents en ce sens qu'elle en avait besoin pour y répondre. Quoique le juge Blair parle dans ses motifs de procédures judiciaires, l'obligation

cially and the duty of fairness was not one that was crucial to the case and of course was not made for the purpose of determining whether s. 28 of the *Federal Court Act* applied.

Accordingly, I agree with the submissions of the Attorney General of Canada that the Federal Court of Appeal had no jurisdiction to hear this application on the ground that the decision of the Commission was not one that was required to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

## 2. Reviewable Error

Although it is not, strictly speaking, necessary to decide this issue in view of the conclusion reached above, the matter was dealt with extensively in the Court of Appeal and was fully argued here. It is therefore appropriate to observe that had I determined that the decision of the Commission was reviewable, I would have concluded as Marceau J. did that the Commission committed no reviewable error. I agree with the reasons of Marceau J. that the Commission had a duty to inform the parties of the substance of the evidence obtained by the investigator and which was put before the Commission. Furthermore, it was incumbent on the Commission to give the parties the opportunity to respond to this evidence and make all relevant representations in relation thereto.

The Commission was entitled to consider the investigator's report, such other underlying material as it, in its discretion, considered necessary and the representations of the parties. The Commission was then obliged to make its own decision based on this information. All this was done.

Two matters require special comment. First, it is submitted that failure to give reasons is itself a basis for review. Assuming without deciding that this is so in the absence of a statutory requirement to give reasons (compare *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at p. 706, and Lamer J. in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at pp. 500-501), in my opinion there is no basis for such review in this case. The appellant was notified that

imposée à l'agent était simplement celle d'agir équitablement. La distinction entre l'obligation d'agir judiciairement et celle d'agir équitablement n'était pas cruciale dans cette affaire et, bien entendu, n'a pas été faite afin de déterminer l'applicabilité de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Par conséquent, je retiens les arguments du procureur général du Canada selon lesquels la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence pour entendre la demande ici en cause parce que la décision de la Commission n'était pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

## 2. L'erreur donnant lieu à examen

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de trancher cette question vu la conclusion déjà tirée, elle a fait l'objet d'une analyse approfondie en Cour d'appel et a été pleinement débattue devant notre Cour. Il convient donc de signaler que, si j'avais estimé que la décision de la Commission pouvait être examinée, j'aurais alors conclu, ainsi que l'a fait le juge Marceau, que la Commission n'avait pas commis d'erreur donnant lieu à examen. Je partage l'avis du juge Marceau qu'il incombe à la Commission d'informer les parties de la substance de la preuve réunie par l'enquêteur et produite devant la Commission. Celle-ci devait en outre offrir aux parties la possibilité de répondre à cette preuve et de présenter tous les arguments pertinents s'y rapportant.

La Commission pouvait prendre en considération le rapport de l'enquêteur, les autres données de base qu'elle jugeait nécessaires ainsi que les arguments des parties. Elle était alors tenue de rendre sa propre décision en se fondant sur ces renseignements, ce qu'elle a fait.

Des observations particulières s'imposent sur deux points. D'abord, on a fait valoir que la seule omission de motiver une décision justifierait son examen. À supposer que ce soit le cas sans toutefois trancher ce point, j'estime qu'un tel examen n'est pas justifié en l'espèce, en l'absence de disposition législative exigeant une décision motivée (voir *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la p. 706, et les motifs du juge Lamer dans *Blanchard c. Control*



the Commission had decided that the positions which were the subject of comparison did not constitute work of equal value. The basis for this conclusion was the very extensive report of the investigator which the Commission adopted. This, the Commission was entitled by statute to do. The report which it adopted was in the hands of the appellant. Accordingly, the latter was fully apprised of the reasons for the Commission's decision. There is, therefore, no ground for suggesting that there was any denial of natural justice or procedural fairness in this regard.

The appellant submitted, apparently for the first time in this Court, that it was not apprised of the Commission's interpretation of s. 11 of the Act. While I agree with Wilson J.'s statement in *Re Downing and Graydon, supra*, that this is an aspect of the duty of procedural fairness to inform a party of the case to be met, I am satisfied that the appellant was expressly advised of the manner in which s. 11 was being applied by the Commission. Indeed, in the appellant's response a separate section entitled "L'Application de la loi" is devoted to this matter. Furthermore, I am satisfied that the Commission correctly applied s. 11 to the facts of this case. The intention of s. 11 is to prohibit discrimination by an employer between "male and female employees" who perform work of equal value and not to guarantee to individual employees equal pay for work of equal value irrespective of sex.

In the result, the appeal is dismissed with costs.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I must respectfully come to a different conclusion from that reached by my colleague Justice Sopinka as regards the nature of the process which the Canadian Human Rights Commission is required to follow in dismissing a complaint pursuant to s. 36(3)(b) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33. Such a decision is in my view "required by law" to be made on a quasi-judicial

*Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, aux pp. 500 et 501). La Commission a informé l'appelant de sa décision établissant la non-équivalence des postes comparés. Cette conclusion reposait sur le rapport très poussé de l'enquêteur, rapport que la Commission avait adopté comme la Loi l'y autorisait. Le rapport a été communiqué à l'appelant qui était donc parfaitement au courant des motifs de la décision de la Commission. Cela étant, on ne saurait prétendre qu'il y a eu déni de justice naturelle ou d'équité procédurale à cet égard.

L'appelant a soutenu en cette Cour, et c'est apparemment la première fois qu'il a fait valoir ce moyen, qu'il n'avait pas été mis au courant de l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 11 de la Loi. Tout en souscrivant au point de vue du juge Wilson, qui dit dans l'affaire *Re Downing and Graydon*, précitée, qu'informer une partie de la cause à réfuter constitue un aspect de l'équité procédurale, je suis convaincu que l'appelant a été expressément avisé de la manière dont la Commission appliquait l'art. 11. En fait, dans sa réplique, l'appelant y consacre une rubrique distincte: «L'Application de la loi». Je suis en outre convaincu que la Commission a appliqué correctement l'art. 11 aux faits de la présente affaire. L'article 11 vise à interdire à un employeur de pratiquer la discrimination «entre les hommes et les femmes» qui exercent des fonctions équivalentes. Il n'a pas pour but de garantir aux employés individuels un salaire égal pour un travail équivalent peu importe leur sexe.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Les motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Avec égards, j'en viens à une conclusion différente de celle de mon collègue le juge Sopinka en ce qui a trait au processus que la Commission canadienne des droits de la personne a l'obligation de suivre pour rejeter une plainte en vertu de l'al. 36(3)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33. À mon avis, une telle décision est «légalement soumise» à un processus

basis and is accordingly reviewable by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. Moreover, I cannot subscribe to my colleague's conclusion that the Commission committed no reviewable error in the present case. The equal pay provisions of the *Canadian Human Rights Act* and the *Equal Wages Guidelines*, SI/78-155, constitute a complex legal standard which may be interpreted in a variety of ways. I am of the view that the Commission was under a duty to disclose not only the factual basis of its decision but the legal basis as well before reaching a conclusion on the complaint filed by appellant. The Commission's failure to do so amounted in my opinion to a breach of the rules of natural justice and, upon review, its decision must accordingly be set aside. I will now deal with these two propositions in greater detail.

I—Is the Decision Under s. 36(3) Required to be Made Judicially?

In light of this Court's judgments since *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, the importance once enjoyed by the distinction between "administrative" and "quasi-judicial" decisions has faded away. For instance, under the common law, that distinction no longer determines when judicial review can be obtained. As Laskin C.J., writing for the Court, remarked in *Employment and Immigration Commission v. MacDonald Tobacco Inc.*, [1981] 1 S.C.R. 401, at p. 407:

In my view, it is no longer sensible to retain the old stereotyped classifications of statutory authority as being either administrative or judicial (or quasi-judicial) as providing a basis for review by the courts in the latter case but not in the former. It is more compatible with substance to look at statutory tribunals or boards or authorities in terms of the functions which, either at large or in a particular situation, they are obliged to discharge.

The same cannot be said, however, for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*. Courts cannot avoid characterizing processes as

quasi judiciaire et donc au pouvoir de révision de la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10. Je ne puis non plus souscrire à la conclusion de mon collègue selon laquelle, en l'espèce, la Commission n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision. Les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et des *Ordonnances sur l'égalité de rémunération*, TR/78-155, en matière de parité salariale constituent une norme légale complexe qui peut être interprétée de diverses façons. J'estime que la Commission avait l'obligation de divulguer non seulement le fondement factuel de sa décision mais également son fondement juridique avant de statuer sur la plainte de l'appellant. En ne le faisant pas, la Commission a, à mon avis, violé les règles de justice naturelle et, sur révision, sa décision doit donc être annulée. Je me propose maintenant d'examiner en détail ces deux propositions.

I—Une décision en vertu du par. 36(3) est-elle légalement soumise à un processus judiciaire?

Compte tenu des arrêts rendus par notre Cour depuis *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, l'importance dont jouissait autrefois la distinction entre les décisions «administratives» et les décisions «quasi judiciaires» s'est estompée. Par exemple, en *common law*, cette distinction ne permet plus de déterminer les cas soumis au contrôle judiciaire. Comme le faisait observer le juge en chef Laskin, au nom de la Cour, dans *Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. MacDonald Tobacco Inc.*, [1981] 1 R.C.S. 401, à la p. 407:

À mon avis, il n'est plus valable de retenir les anciennes classifications stéréotypées des pouvoirs conférés par les lois en pouvoirs administratifs d'une part et judiciaires (ou quasi judiciaires) de l'autre, et de s'en servir comme fondement du pouvoir de contrôle des tribunaux dans le dernier cas mais non dans le premier. Il est beaucoup plus compatible avec le fond des choses d'envisager les tribunaux, offices ou organismes créés par la loi selon les fonctions que, soit de façon générale soit dans une situation particulière, ils sont tenus d'exercer.

On ne peut cependant dire la même chose du contrôle judiciaire prévu à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les tribunaux ne peuvent échapper

either administrative or quasi-judicial when dealing with the review jurisdiction of the Federal Court of Appeal. This is so because Parliament maintained the distinction in s. 28:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal . . . commission . . . upon the ground that the . . . commission . . .

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it. [Emphasis added.]

That provision preserves the significance of the distinction between judicial and administrative decisions for the limited purpose of determining whether judicial review is available by way of application to the Federal Court of Appeal (see *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 197, per Wilson J.)

Section 28 has been the object of harsh criticism. This Court once referred to the wording of s. 28 as "convoluted language" which "has presented many difficulties" (*Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at p. 499). The distinction preserved by s. 28 has been called "notoriously unclear" and criticized as "depend[ing] on inarticulated criteria" and "reduc[ing] the rational element in law" (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 18, *Federal Court: Judicial Review* (1977), at pp. 35-36). Professors Gilles Pépin and Yves Ouellette describe this field of administrative law as being [TRANSLATION] "characterized by juridical impressionism" (*Principes de contentieux*

à l'obligation de distinguer entre le processus administratif ou quasi judiciaire lorsqu'ils doivent se prononcer sur la compétence de la Cour d'appel fédérale. Le Parlement a en effet maintenu cette distinction à l'art. 28:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant [ . . . ] une commission fédéral[e] [ . . . ], au motif que [ . . . ] la commission [ . . . ]

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance. [Je souligne.]

Cette disposition préserve l'importance de la distinction entre les décisions administratives et judiciaires dans le but restreint de déterminer si le contrôle judiciaire peut être exercé par demande à la Cour d'appel fédérale (voir *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 197, le juge Wilson).

L'article 28 a fait l'objet de critiques sévères. Notre Cour a même qualifié la formulation de l'art. 28 de «texte compliqué» qui a «soulevé de nombreuses difficultés» (*Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, à la p. 499). La distinction préservée par l'art. 28 a été critiquée pour son «obscurité notoire» et «l'imprécision» des critères sur lesquels elle repose et aussi parce qu'«elle introduit l'irrationnel dans le droit» (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 18, *La Cour fédérale: contrôle judiciaire* (1977), aux pp. 35 et 36). Les professeurs Gilles Pépin et Yves Ouellette parlent à ce sujet d'un «secteur du contentieux administratif teinté d'un certain impressionisme

*administratif* (2nd ed. 1982), at p. 144). In *Nicholson, supra*, Laskin C.J. stated "that the classification of statutory functions as judicial, quasi-judicial or administrative is often very difficult, to say the least" (p. 325).

The difficulty inherent to the classification may underlie in part the apparent hesitation of the Federal Court of Appeal in the case at bar in deciding the jurisdictional issue, even though that issue had been argued before it. Referring to s. 28, Marceau J., who delivered the judgment of the court, explained ((1986) 90 N.R. 16, at pp. 21-22):

... we feel that this is a question which though it may raise difficulties of jurisdiction is more one of form than substance, in the sense that it concerns primarily a definition of terms the exact content of which has in recent years become increasingly fluid as well as less important, and that there is nothing to be gained by a formal analysis of it, at least not in the case at bar.

In other recent cases the Federal Court of Appeal also refrained from dealing with the same jurisdictional issue and simply proceeded on the basis that it had jurisdiction to review a decision made by the Commission pursuant to s. 36(3): see *Brouillette v. Canadian Human Rights Commission* (1986), 86 N.R. 393; *Labelle v. Canada (Treasury Board)* (1987), 76 N.R. 222 and *Whiteman v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4944.

Difficult as the task may be, it is nonetheless a condition precedent to the finding of jurisdiction in the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*. In order to identify whether a function is truly judicial or quasi-judicial in that context, a number of useful criteria have developed in the law. Professors Pépin and Ouellette, who observe that courts have adopted a pragmatic approach in this area, discuss many of these criteria. These are (*op. cit.*, at pp. 154-76): (1) the organic criterion, that is, whether the decision is made by a court of justice or by an executive body; (2) the firm decision criterion, that is, whether the

juridique» (*Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), à la p. 144). Dans *Nicholson*, précité, le juge en chef Laskin déclare «qu'il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi judiciaire ou administrative» (p. 325).

La difficulté intrinsèque de cette classification peut expliquer en partie l'hésitation apparente de la Cour d'appel fédérale à trancher la question de la compétence en l'espèce, bien que ce point ait été plaidé devant elle. Le juge Marceau, qui a prononcé le jugement de la cour ((1986), 90 N.R. 16, à la p. 22), s'explique ainsi au sujet de l'art. 28:

Il nous semble [...] qu'il s'agit là d'une question qui bien que pouvant déboucher sur des difficultés de juridiction est plus technique que de fond, en ce sens qu'elle implique surtout une définition de termes dont le contenu exact est devenu récemment de plus en plus flou en même temps qu'il perdait de son importance et qu'il n'y a pas d'intérêt, pas en tout cas dans cette cause-ci, de prendre parti formellement à son sujet.

Dans d'autres affaires récentes, la Cour d'appel fédérale s'est abstenue de se prononcer sur cette question de compétence et a simplement tenu pour acquis qu'elle était habilitée à examiner une décision rendue par la Commission en vertu du par. 36(3): voir *Brouillette c. Commission canadienne des droits de la personne* (1986), 86 N.R. 393, *Labelle c. Canada (Conseil du Trésor)* (1987), 76 N.R. 222 et *Whiteman c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4944.

Si difficile soit-elle, cette tâche n'en est pas moins une démarche préalable indispensable à toute conclusion relative à la compétence de la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pour pouvoir déterminer si une fonction est vraiment judiciaire ou quasi judiciaire dans ce contexte, un certain nombre de critères utiles ont été élaborés en droit. Les professeurs Pépin et Ouellette, qui font observer que les tribunaux ont adopté un point de vue pragmatique dans ce domaine, analysent plusieurs de ces critères. Ce sont (*op. cit.*, aux pp. 154 à 176): (1) le critère organique — la décision émane-t-elle d'une

tribunal is empowered to make a binding and enforceable decision, as opposed to simply advising or making a recommendation; (3) the criterion of the basis for the decision, that is, whether the tribunal applies a pre-existing rule to a disputed set of facts, as opposed to making new policy in each case; (4) the consequences of the decision criterion, namely, whether the decision affects individual rights or interests; (5) the judicial process criterion, that is, whether the tribunal has been endowed with the usual characteristics of the adversarial process; and (6) considerations of public policy as discerned in the objectives served by the enabling statute. Referring to these criteria, this Court commented in *Attorney General of Quebec v. Udeco Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 502, at p. 511:

The case law ... contains a number of criteria by which a given power may be classified. These criteria are grouped by G. Pépin and Y. Ouellette, in *Principes de contentieux administratif*, 2nd ed., 1982, under the following headings: the organic criterion; the criterion of the firm decision; the criterion of the basis for the decision; the criterion of the decision affecting rights; the criterion of the judicial process; and considerations of public policy.

This is not to say that a power must be examined in each case in light of each of the given criteria in order to determine its nature; but that, depending on the circumstances, one or more of these criteria should be used in arriving at a conclusion. [Emphasis added.]

I agree that in determining whether a decision is required by law to be made judicially there is no inflexible approach to which the courts must adhere. No single element is by itself determinative; it is the combination of a number of the relevant characteristics which classifies the decision in each particular case. Discussing these characteristics in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, *supra*, Dickson J. (as he then was), delivering the opinion of the Court, stated (at p. 504):

It is possible, I think, to formulate several criteria for determining whether a decision or order is one required

cour de justice ou d'un organisme administratif? (2) le critère de la décision ferme—le tribunal est-il investi du pouvoir de rendre des décisions ayant force exécutoire, par opposition à un rôle purement consultatif ou au pouvoir de faire des recommandations? (3) le critère du fondement de la décision—le tribunal applique-t-il une règle préexistante à des faits contestés ou prend-il des décisions de politique judiciaire dans chaque cas? (4) le critère des conséquences de la décision—la décision a-t-elle une incidence sur des droits ou des intérêts individuels? (5) le critère du processus judiciaire—la procédure du tribunal a-t-elle les caractéristiques usuelles du processus contradictoire? et (6) les considérations d'ordre public en jeu, compte tenu des objectifs poursuivis par la loi habilitante. Faisant allusion à ces critères, notre Cour a fait les observations suivantes dans *Procureur général du Québec c. Udeco Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 502, à la p. 511:

La jurisprudence [...] a [...] reconnu un certain nombre de critères qui permettent de qualifier un pouvoir donné. Ces critères sont regroupés par G. Pépin et Y. Ouellette, dans *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., 1982, sous les rubriques suivantes: le critère organique; le critère de la décision ferme; le critère du fondement de la décision; le critère de la décision qui affecte les droits; le critère du processus judiciaire; et les considérations de *public policy*.

Ce n'est pas à dire que dans chaque cas l'on doit examiner un pouvoir en regard de chacun des critères retenus pour en déterminer la nature. Mais, selon les circonstances, c'est en faisant appel à l'un ou plusieurs de ceux-ci que l'on pourra tirer une conclusion. [Je souligne.]

Je conviens que, pour déterminer si une décision est légalement soumise à un processus judiciaire, les tribunaux ne sont pas tenus de suivre une approche rigide. Aucun élément n'est en lui-même déterminant; c'est la combinaison de plusieurs caractéristiques pertinentes qui permet, dans chaque cas, de classer une décision dans l'une des catégories. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) prononçant le jugement de la Cour dans *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, précité, déclarait ceci à propos de ces caractéristiques, à la p. 504:

J'estime qu'il est possible de formuler plusieurs critères pour déterminer si une décision ou ordonnance est

by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. The list is not intended to be exhaustive.

(1) Is there anything in the language in which the function is conferred or in the general context in which it is exercised which suggests that a hearing is contemplated before a decision is reached?

(2) Does the decision or order directly or indirectly affect the rights and obligations of persons?

(3) Is the adversary process involved?

(4) Is there an obligation to apply substantive rules to many individual cases rather than, for example, the obligation to implement social and economic policy in a broad sense?

These four criteria are relied upon by Professors Pépin and Ouellette in their discussion of what they label the criterion of the firm decision, the basis of the decision criterion, the consequences of the decision criterion and the criterion of the judicial process. Commenting on the role played by each of these elements, Dickson J. added (at pp. 504-5):

These are all factors to be weighed and evaluated, no one of which is necessarily determinative. Thus, as to (1), the absence of express language mandating a hearing does not necessarily preclude a duty to afford a hearing at common law. As to (2), the nature and severity of the manner, if any, in which individual rights are affected, and whether or not the decision or order is final, will be important, but the fact that rights are affected does not necessarily carry with it an obligation to act judicially.

The existence of something in the nature of a *lis inter partes* and the presence of procedures, functions and happenings approximating those of a court add weight to (3). But, again, the absence of procedural rules analogous to those of courts will not be fatal to the presence of a duty to act judicially. [Emphasis added.]

The firm decision criterion and the criterion of the basis for the decision have been long-standing indications of the judicial nature of decisions. In *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, at p. 149, the Judicial Committee of the Privy Council remarked:

légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.

(1) Les termes utilisés pour conférer la fonction ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent-ils à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise?

(2) La décision ou l'ordonnance porte-t-elle directement ou indirectement atteinte aux droits et obligations de quelqu'un?

(3) S'agit-il d'une procédure contradictoire?

(4) S'agit-il d'une obligation d'appliquer les règles de fond à plusieurs cas individuels plutôt que, par exemple, de l'obligation d'appliquer une politique sociale et économique au sens large?

Les professeurs Pépin et Ouellette reprennent ces quatre critères dans leur analyse de ce qu'ils appellent le critère de la décision ferme, le critère du fondement de la décision, le critère des conséquences de la décision et enfin le critère du processus judiciaire. Le juge Dickson, aux pp. 504 et 505, ajoute au sujet du rôle que joue chacun de ces éléments:

Tous ces facteurs doivent être soupesés et évalués et aucun d'entre eux n'est nécessairement déterminant. Ainsi, au par. (1), l'absence de termes exprès prescrivant la tenue d'une audience n'exclut pas nécessairement l'obligation en *common law* d'en tenir une. Quant au par. (2), la nature et la gravité, le cas échéant, de l'atteinte aux droits individuels, et la question de savoir si la décision ou ordonnance est finale sont importantes, mais le fait que des droits soient touchés n'entraîne pas nécessairement l'obligation d'agir judiciairement.

L'existence d'un élément assimilable à un *lis inter partes* et la présence de procédures, fonctions et actes équivalents à ceux d'un tribunal ajoutent du poids au par. (3). Mais encore une fois, l'absence de règles de procédure analogues à celles des tribunaux ne sera pas fatale à l'existence d'une obligation d'agir judiciairement. [Je souligne.]

Le critère de la décision ferme et celui du fondement de la décision sont depuis longtemps reconnus comme révélateurs de la nature judiciaire des décisions. Dans l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, le Comité judiciaire du Conseil privé faisait observer, à la p. 149:

It is a truism that the conception of the judicial function is inseparably bound up with the idea of a suit between parties . . . and that it is the duty of the court to decide the issue between those parties, with whom alone it rests to initiate or defend or compromise the proceedings.

The conclusive adjudication of a point of law which is disputed by opposing parties is quintessentially judicial. In *Udeco Inc.*, *supra*, this Court held that the power to suspend the board of directors of a corporation and to substitute another for it based on reasons of public interest in securities trading was not a judicial power. A major element in the reasoning of this Court was the absence of any true *lis* between the parties (see the discussion at pp. 511-13 and at p. 517).

The criteria discussed by Professors Pépin and Ouellette reiterate to some extent those which are proposed by Professor Stanley A. de Smith to characterize the judicial function. The first is whether "the performance of the function terminates in an order that has conclusive effect" (*Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 81). This criterion excludes from the judicial sphere bodies exercising mere advisory, investigatory or conciliatory powers and corresponds to the firm decision criterion. The second is whether "a body has been endowed with many of the "trappings of a court"" (p. 82), although that is expressly stated not to be a conclusive factor. This element relates to Pépin and Ouellette's judicial process criterion. Third, according to Professor de Smith, is whether the body is called upon to interpret and declare how the law stands between two opposed parties (at p. 85):

A typical *lis inter partes* culminates in a decision by a tribunal resolving any disputed questions of law or fact; the legal issues are determined by reference to principles and rules already in being. A tribunal or other deciding body is therefore likely to be held to be acting in a judicial capacity when, after investigation and deliberation, it determines an issue conclusively by the application of a pre-existing legal rule or another objective legal standard to the facts found by it. That interpreting, declaring and applying the law are characteristic hall-

[TRADUCTION] C'est un truisme d'affirmer que la fonction judiciaire est intrinsèquement liée à l'idée de poursuites entre des parties [. . .] et qu'il appartient à la Cour de trancher le litige entre ces parties, qui seules peuvent intenter des poursuites, y défendre ou les régler à l'amiable.

Trancher définitivement un point de droit contesté par des parties adverses est par essence même un acte judiciaire. Dans *Udeco Inc.*, précité, notre Cour a statué que le pouvoir de suspendre le conseil d'administration d'une société et de lui en substituer un autre, pour des considérations d'intérêt public dans le commerce des valeurs mobilières, n'était pas un pouvoir judiciaire. La Cour a retenu comme élément majeur de son raisonnement l'absence de véritable litige entre les parties (voir l'analyse faite aux pp. 511 à 513 et 517).

Les critères étudiés par les professeurs Pépin et Ouellette reprennent dans une certaine mesure ceux que propose le professeur Stanley A. de Smith, pour qualifier la fonction judiciaire. Le premier de ces critères consiste à savoir si [TRADUCTION] «l'exercice de la fonction se termine par une ordonnance dont l'effet est définitif» (*Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd. 1980), à la p. 81). Ce critère, qui correspond à celui de la décision ferme, exclut de la sphère judiciaire les organismes exerçant de simples fonctions consultatives ou encore investis de pouvoirs d'enquête ou de conciliation. Le deuxième critère est celui de savoir si [TRADUCTION] «il a été conféré à l'organisme un grand nombre des «attributs d'un tribunal»» (p. 82), facteur expressément qualifié de non concluant et qui se rattache au critère du processus judiciaire de Pépin et Ouellette. En troisième lieu, d'après le professeur de Smith, il faut se demander si l'organisme est appelé à interpréter le droit pour trancher entre deux parties adverses (à la p. 85):

[TRADUCTION] Un litige typique entre des parties atteint son point culminant dans la décision que rend un tribunal pour résoudre toute question de fait ou de droit contestée, en se fondant sur des principes et des règles préexistants. En conséquence, tout indique qu'on conclura qu'un tribunal administratif ou autre organisme décisionnel agit à titre judiciaire si, après enquête et délibération, il tranche une question de façon concluante par l'application d'une règle de droit qui existait déjà ou d'une autre norme objective aux faits dont il a constaté

marks of the judicial function is too elementary a proposition to call for authoritative support. [Emphasis added.]

This third element coincides with the criterion of the basis for the decision. There is much overlap in the doctrinal analyses of the classification of decisions, although not all authors use similar language to define the relevant criteria. For the purpose of discussion, I will group under a single heading the criteria which Pépin and Ouellette refer to as the firm decision criterion, the criterion of the basis for the decision and the judicial process criterion. These elements share the common feature of being concerned with the formal characteristics of the process by which the decision is reached. I will then turn to the consequences of the decision criterion, which focuses not on the formal aspects but rather on the material characteristics of the decision. Finally, I will review the statutory context and examine the policy considerations which the statute raises.

### 1. Formal Characteristics

The *Canadian Human Rights Act* allows the Commission to dispose of complaints on grounds which are entirely extraneous to the merits of a complaint. For instance, s. 32(5) imposes certain conditions in order for a complaint to be considered. Similarly, ss. 33(b)(ii) to (iv) exclude frivolous and time-barred complaints, and those complaints for which the Commission has no jurisdiction:

33. Subject to section 32, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(b) the complaint

- (ii) is beyond the jurisdiction of the Commission,
- (iii) is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith, or
- (iv) is based on acts or omissions the last of which occurred more than one year, or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances, before receipt of the complaint.

l'existence. Il est inutile de faire appel à des autorités pour r  t  rer la proposition élémentaire selon laquelle interpréter, dire et appliquer le droit constituent les caractéristiques de la fonction judiciaire. [Je souligne.]

<sup>a</sup> Ce troisième élément co  incide avec le critère du fondement de la décision. Les analyses doctrinales touchant la classification des décisions ont beaucoup de points communs, bien que les auteurs n'utilisent pas tous les mêmes termes pour définir un critère particulier. Pour les fins de la discussion, je regrouperai sous une même rubrique les critères que Pépin et Ouellette appellent le critère de la décision ferme, le critère du fondement de la décision et le critère du processus judiciaire, puisqu'ils ont tous trois en commun de s'attacher aux caractéristiques formelles du processus décisionnel. J'aborderai ensuite le critère des conséquences de la décision, qui vise non pas les aspects formels mais les caractéristiques de fond de la décision. Enfin, j'examinerai le cadre législatif et les considérations de principe qu'il soulève.

### <sup>e</sup> 1. Caractéristiques formelles

<sup>f</sup> La *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet à la Commission de disposer de plaintes pour des motifs entièrement étrangers au fond de ces plaintes. Par exemple, le par. 32(5) impose certaines conditions de recevabilité. De même, les sous-al. 33b)(ii)   (iv) excluent les plaintes frivoles et celles qui sont prescrites, ainsi que les plaintes ne relevant pas de la compétence de la Commission:

<sup>g</sup> 33. Sous réserve de l'article 32, la Commission doit statuer sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime la plainte irrecevable dans les cas où il apparait à la Commission

<sup>h</sup> b) que la plainte

- (ii) n'est pas de sa compétence,
- (iii) est frivole, vexatoire, sans objet ou entachée de mauvaise foi, ou
- (iv) a été déposée après l'expiration d'un délai d'un an à compter de la dernière des actions ou abstentions sur lesquelles elle est fondée, ou de tout délai plus long que la Commission estime indiqué dans les circonstances.



The Act further excludes complaints which may be more appropriately dealt with by grievance or other procedures reasonably available to the complainant (s. 36(2)) as well as complaints relating to pension funds or insurance plans (s. 65).

The combined effect of these provisions is to enable the Commission to sift through the complaints and remove a number of them from the time-consuming process of investigation. The power to bar certain complaints from proceeding any further regardless of their merit reflects Parliament's overriding commitment to considerations of administrative efficiency and to specific policy objectives.

As it stood at the relevant time, the Act also allowed the Commission to dismiss a complaint which it believed was "unsubstantiated". Section 36 then stated:

**36. (1)** An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

(2) If, on receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission is satisfied

(a) that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

(b) that the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act,

it shall refer the complainant to the appropriate authority.

(3) On receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

(a) may adopt the report if it is satisfied that the complaint to which the report relates has been substantiated and should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in subparagraph 33(b)(ii) to (iv); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied that the complaint has not been substantiated or should be dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv).

Sont en outre irrecevables les plaintes qui pourraient être avantageusement résolues par la voie de la procédure de règlement des griefs ou toute autre procédure raisonnablement ouverte au plaignant (par. 36(2)), ainsi que les plaintes relatives aux fonds de pension ou aux régimes d'assurance (art. 65).

Par l'effet conjugué de ces dispositions, la Commission est en mesure de faire un tri parmi les plaintes et d'en écarter un certain nombre du processus très long de l'enquête. Ce pouvoir d'empêcher certaines plaintes d'être examinées plus avant, indépendamment de leur bien-fondé, traduit l'intention du législateur d'accorder une importance prépondérante à des considérations d'efficacité administrative de même qu'à des considérations de principe précises.

Selon le texte en vigueur à l'époque en cause, la Loi conférerait également à la Commission le pouvoir de rejeter une plainte qu'elle jugeait «non fondée». L'article 36 disposait alors:

**36. (1)** L'enquêteur doit, le plus tôt possible après la fin de l'enquête, présenter son rapport à la Commission.

(2) Dans les cas où, au reçu du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission est convaincue

a) qu'il est préférable que le plaignant épuise les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont raisonnablement ouverts, ou

b) que la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi du Parlement,

elle doit renvoyer la plainte à l'autorité compétente.

(3) Dans les cas où, au reçu du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission est convaincue

a) que la plainte est fondée, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer conformément au paragraphe (2), ni de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33(b)(ii) à (iv), elle peut accepter le rapport; ou

b) que la plainte n'est pas fondée ou qu'il y a lieu de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33(b)(ii) à (iv), elle doit rejeter la plainte.

(4) After receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

(a) shall notify in writing the complainant and the person against whom the complaint was made of its action under subsection (2) or (3); and

(b) may, in such manner as it sees fit, notify any other person whom it considers necessary to notify of its action under subsection (2) or (3). [Emphasis added.]

In section 41, Parliament also empowered a Human Rights Tribunal to decide whether or not a complaint is substantiated:

41. (1) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is not substantiated, it shall dismiss the complaint.

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice . . . . [Emphasis added.]

In *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856, the Federal Court of Appeal noted the similarity between the powers of the Commission, under s. 36(3), and those of a tribunal, under s. 41 (at p. 872):

... in my view, Mr. Justice Collier was correct in concluding that "substantiate" has the same meaning in subsection 36(3) as it does in subsection 41(1). I so conclude because, in my view, since the word is used in two sections of the Act, both of which form part of the same procedure for the disposition of complaints, it should be presumed initially that the same word should have the same meaning.

The court held that the word "substantiated" is to be interpreted as meaning "proven" in both ss. 36(3) and 41. This followed, in the court's view, from the clear meaning of the word "substantiate", with which the court was not at liberty to interfere (p. 873). I agree with this view.

In the present case, the Commission's aim from the start of the investigation was to determine whether the complaint alleging discrimination was actually made out. The main issue was whether the work performed in the Section fabrication et manipulation des costumes ("Section costumes") and Section fabrication et manipulation des décors

(4) Après réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission

a) doit informer par écrit les parties à la plainte de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3); et

b) peut informer toute autre personne, de la manière qu'elle juge indiquée, de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3). [Je souligne.]

b À l'article 41, le législateur autorisait de même un tribunal des droits de la personne à juger si la plainte était fondée ou non:

41. (1) À l'issue de son enquête, le tribunal rejette la plainte qu'il juge non fondée.

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire . . . [Je souligne.]

Dans l'arrêt *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856, la Cour d'appel fédérale a souligné, à la p. 872, l'analogie entre les pouvoirs de la Commission, en vertu du par. 36(3) et ceux d'un tribunal en vertu de l'art. 41:

... à mon avis, le juge Collier a eu raison de conclure que le mot «substantiate» a le même sens au paragraphe 36(3) qu'au paragraphe 41(1). Si j'en viens à cette conclusion, c'est que selon moi, comme ce mot est utilisé dans deux articles de la Loi qui font partie intégrante de la même procédure de règlement des plaintes, il faut au départ présumer qu'un mot a partout le même sens.

La cour a conclu que le mot «substantiated» signifiait «prouvé» tant au par. 36(3) qu'à l'art. 41. À son avis, le sens clair de ce mot lui interdisait d'intervenir (p. 873). Je souscris à cette opinion.

i En l'espèce, l'objectif de la Commission dès le début de l'enquête était de déterminer si l'allégation de discrimination était effectivement justifiée. Il s'agissait donc principalement de savoir si les employés travaillant à la Section fabrication et manipulation des costumes («Section costumes») et ceux travaillant à la Section fabrication et mani-

(“Section décors”) was of “equal value” within the scope of s. 11 of the Act. In an interim internal memorandum dated August 13, 1984, the Director of Complaints, commenting on the investigator’s report, criticised the fact that the report failed to disclose the evidence from which it could be concluded that s. 11 of the Act had not been breached:

[TRANSLATION] In his report the investigator gives a very general picture of the procedure followed to determine whether there had in fact been discrimination under s. 11 of the Act. The investigator gives us his assessment of the outcome of this procedure. However, what the report does not give us is the very essence of what an investigation report should be, namely a review of the evidence presented on which findings as to the merits of the complaint can be based.

The formal decision of the Commission confirms that the focus of the Commission’s investigation was to determine whether there was good ground in law for the complaint. That decision states:

[TRANSLATION] The Commission has decided that the positions that were the subject of comparison were not of equal value and that the complaint was therefore groundless. Accordingly, the Commission has decided to dismiss your complaint.

There is no doubt that the determination of whether work is of “equal value” within the meaning of s. 11(1) of the Act is a question of law. In the typical situation the complainant will allege that the work being performed by her is of equal value to the work being performed by her employer’s male employees. The employer will allege that the work being performed by her is not of equal value but is of lesser value. The function of the Commission under s. 36(3) is to decide whether the complaint of discrimination is substantiated or not, given the findings set out in the investigator’s report.

The function performed by the Commission under s. 36(3) is accordingly closely akin to the adjudicative function performed by the ordinary courts. The Commission conclusively interprets and applies a legal norm between two parties in an adversarial position. It makes a decision “required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis” within the meaning of s. 28(1) of the *Federal Court Act*.

pulation des décors («Section décors») exerçaient des «fonctions équivalentes» au sens de l’art. 11 de la Loi. Dans une note de service interne intérimaire datée du 13 août 1984, contenant des observations sur le rapport d’enquête, le directeur des plaintes critiquait le fait que n’y soit pas divulguée la preuve permettant de conclure à la non-violation de l’art. 11 de la Loi:

L’enquêteur, dans son rapport, brosse un tableau très général de la procédure qui a été suivie afin de déterminer s’il y avait effectivement discrimination sous l’article 11 de la loi. L’enquêteur nous donne son appréciation des résultats de l’application de cette procédure. Toutefois, ce que le rapport ne nous donne pas, c’est l’essence même de ce que devrait être le rapport d’enquête, c’est à dire, un examen des éléments de preuve qui permettrait de faire des constatations sur le mérite de la plainte.

La décision officielle de la Commission confirme que son enquête visait à déterminer si la plainte était ou non fondée en droit:

La Commission a décidé que les postes qui faisaient l’objet de la comparaison n’étaient pas de valeur égale et que pour cette raison, la plainte n’était pas fondée. La Commission a donc décidé de rejeter votre plainte.

Il ne fait aucun doute que la détermination de la question de «l’équivalence» des fonctions au sens du par. 11(1) de la Loi est une question de droit. Le cas type est celui de la plaignante qui allègue que les fonctions qu’elle exerce sont équivalentes aux fonctions exécutées par des employés masculins du même employeur. L’employeur allègue que les fonctions qu’elle exécute ne sont pas équivalentes mais ont une valeur moindre. Le rôle de la Commission, en vertu du par. 36(3), est de décider si la plainte de discrimination est fondée ou non, compte tenu des conclusions énoncées dans le rapport de l’enquêteur.

La fonction que remplit la Commission en vertu du par. 36(3) est donc très proche de la fonction juridictionnelle dont sont traditionnellement investis les tribunaux ordinaires. La Commission interprète et applique, de façon concluante, une norme juridique à l’égard de deux parties dont les prétentions sont opposées. Elle rend donc une décision «légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» au sens du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

## 2. Consequences of the Decision on Individual Rights

The Act as a whole promotes the goal of equal opportunity. It seeks to attain this objective by prohibiting discriminatory practices and creating statutory remedies in favour of victims of adverse discrimination. The legislative scheme in effect creates enforceable rights to be free from discrimination. As noted by Dickson C.J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law.

Because of their fundamental importance, these rights to be free from discriminatory practices have been said to have an “almost constitutional” nature” (see *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at p. 92).

In *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687, the Federal Court of Appeal held that a decision to dismiss a complaint pursuant to s. 33 of the Act is required to be made on a quasi-judicial basis. A major element in the court's reasoning was the importance of the decision on the rights of the complainant. Le Dain J., who delivered the judgment of the court, said (at p. 697):

There can be little doubt that the *Canadian Human Rights Act* creates new rights of a substantive and procedural nature. In effect it creates the right to be dealt with free from discrimination of certain kinds in respect of certain matters within federal legislative jurisdiction, and it provides special machinery for obtaining relief from discriminatory practices. A decision not to deal with a complaint on a ground specified in section 33 is a decision which effectively denies the possibility of obtaining such relief. It is in a real sense determinative of rights. [Emphasis added.]

I find this reasoning compelling and all the more so in the context of the dismissal of a complaint pursuant to s. 36(3). From the point of view of the complainant, no disposition of a complaint is more determinative of that person's rights than a finding

## 2. Conséquences de la décision sur les droits individuels

Dans son ensemble, la Loi vise la promotion de l'égalité des chances. Pour y parvenir, elle interdit les actes discriminatoires et crée des recours spéciaux en faveur des victimes de discrimination préjudiciable. En fait, le mécanisme législatif rend exécutoire le droit de ne pas être l'objet de discrimination. Comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice.

En raison de son importance fondamentale, on a reconnu une «nature quasi constitutionnelle» à ce droit de ne pas être l'objet d'actes discriminatoires (voir *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la p. 92).

Dans l'arrêt *Latif c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687, la Cour d'appel fédérale a jugé que la décision de rejeter une plainte par application de l'art. 33 de la Loi devait être soumise à un processus quasi judiciaire. L'importance de la décision sur les droits du plaignant a pesé lourdement dans l'analyse de la cour. S'exprimant au nom de la cour, le juge Le Dain déclarait, à la p. 697:

Nul doute que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* crée de nouveaux droits, sur le plan du droit positif comme sur le plan de la procédure. De fait, elle consacre le droit d'être traité sans certaines formes de discrimination dans certains domaines qui relèvent de la compétence législative fédérale, et elle prévoit une procédure spéciale de recours contre les actes discriminatoires. Se fonder sur l'article 33 pour déclarer une plainte irrecevable revient en fait à refuser ce recours au requérant. C'est à proprement parler une décision qui touche aux droits subjectifs. [Je souligne.]

Cette analyse me paraît convaincante, et encore davantage dans le cadre du rejet d'une plainte en vertu du par. 36(3). Du point de vue du plaignant, aucune décision ne saurait être plus déterminante pour ses droits qu'une conclusion que sa plainte

that the complaint has no merit. Such a finding, though made by the Commission, has the same effect on the complainant as a decision by a tribunal to dismiss the complaint as unsubstantiated pursuant to s. 41 of the Act: it constitutes a conclusive determination that the complainant's right to equal pay for work of equal value has not been infringed and that the complainant is not entitled to any of the remedial measures created by the Act to eliminate adverse discrimination.

In my view, the importance of this direct consequence of a decision under s. 36(3), especially in light of the fundamental nature of the underlying rights, favours a finding that that decision is required to be made quasi-judicially.

### 3. *Statutory Context*

The Act contains no express requirement of a hearing prior to the dismissal of a claim on the ground that it is unsubstantiated. However, the absence of such an express requirement does not end the enquiry. As noted in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand, supra*, at p. 503, "silence in this respect is not conclusive".

Section 36(4) of the Act requires the Commission to notify "the complainant and the person against whom the complaint was made of its action under subsection . . . (3)". This notice requirement is in my view not satisfied by simply informing *a posteriori* the person concerned of the action that was taken by the Commission. Rather, the wording of s. 36(4) demands that the notice be given before any decision is made by the Commission. Such a requirement of prior notice is a traditional indication of the common law duty to grant a hearing. In *Latif v. Canadian Human Rights Commission, supra*, Le Dain J. contemplated this common law duty when he wrote (at p. 699):

Finally, the requirement in section 34 that the Commission give written notice of the reason for its decision is not inconsistent with a duty to offer the complainant an opportunity to be heard. If anything, it serves to emphasize the judicial or quasi-judicial nature of the decision. It reinforces the impression that the decision is to be based on specific statutory criteria to which the party

n'est pas fondée. Quoiqu'elle émane de la Commission, une telle conclusion produit le même effet à l'égard du plaignant que s'il s'agissait du rejet par un tribunal, en vertu de l'art. 41, d'une plainte non fondée: il a en effet été décidé, de façon concluante, que le droit du plaignant à un salaire égal pour un travail de valeur égale n'avait pas été violé et qu'il n'avait donc droit à aucune des mesures réparatrices prévues dans la Loi pour éliminer les discriminations préjudiciables.

À mon avis, l'importance de cette conséquence directe d'une décision prise en application du par. 36(3), compte tenu de la nature fondamentale des droits sous-jacents, milite également en faveur de l'obligation de soumettre cette décision à un processus quasi judiciaire.

### 3. *Cadre législatif*

La Loi n'exige pas expressément la tenue d'une audience avant le rejet d'une plainte au motif qu'elle n'est pas fondée. Cependant, l'absence d'une telle exigence expresse ne met pas fin à l'examen. Comme le souligne l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, précité, à la p. 503, «le silence sur ce point n'est pas concluant».

Aux termes du par. 36(4) de la Loi, la Commission est tenue d'informer «les parties à la plainte de la décision qu'elle a prise en vertu d[u] paragraphe [e] [ . . . ] (3)». J'estime qu'on ne saurait satisfaire à cette exigence en informant simplement *a posteriori* la personne concernée de la décision prise par la Commission. Il ressort plutôt du texte du par. 36(4) que l'avis doit être donné préalablement à la prise de décision par la Commission. L'exigence d'un tel avis préalable est l'indice classique de l'obligation, en *common law*, de tenir une audience. Dans *Latif c. Commission canadienne des droits de la personne*, précité, le juge Le Dain évoque cette obligation découlant de la *common law* lorsqu'il écrit, à la p. 699:

Enfin, l'obligation faite par l'article 34 à la Commission de motiver par écrit sa décision n'est pas incompatible avec celle qu'elle a d'offrir au plaignant la possibilité de se faire entendre. Elle sert plutôt à faire ressortir le caractère judiciaire ou quasi judiciaire de la décision. Elle renforce l'impression que la décision doit être

affected should have an opportunity to address himself. [Emphasis added.]

In addition, as discussed earlier, the test of "substantiation" is used both in s. 36(3), in respect of a determination by the Commission, and in s. 41, in the context of a tribunal. Under s. 40(1), a tribunal is under the express duty to hear the parties before coming to its conclusion on the merits of a complaint. The decision of the tribunal has all the attributes of a decision required to be made on a judicial basis. Moreover, the Act expressly confers onto the tribunal the powers to administer oaths, summon witnesses and receive evidence. Where a determination of the merits of a complaint involves testimonial evidence, it is beyond question that the tribunal is better suited than the Commission to adjudicate the complaint.

In my view, Parliament could not have intended, in using the test of "substantiation" in s. 36(3), to allow the Commission to perform the exact same function as the tribunal while at the same time to bypass the procedural safeguards established for the benefit of the complainant and the other parties concerned in a hearing before the tribunal. Rather, the Act proposes the option of transferring complaints to the tribunal. Section 39(1) states:

39. (1) The Commission may, at any stage after the filing of a complaint, appoint a Human Rights Tribunal (hereinafter in this Part referred to as a "Tribunal") to inquire into the complaint.

While s. 39(1) does not require the Commission to send every complaint to a tribunal, such a course of action most certainly constitutes an alternative to adjudicating on the merits on the basis of the investigator's report. If the Commission chooses to itself adjudicate a complaint on the merits, it must then avoid proceeding in a way which would deprive the complainant of the procedural safeguards which would have been available before a tribunal. In *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1984] 2 F.C. 209 (C.A.), Mahoney J. (Heald J. concurring) commented upon the complementary role of the Commission and a tribunal (at p. 215):

Perhaps the Commission can devise a way of achieving what must be done in the processing of this complaint

fondée sur des critères légaux précis que le plaignant lui-même peut faire valoir. [Je souligne.]

En outre, comme nous l'avons indiqué précédemment, le critère du «bien-fondé» est utilisé à la fois au par. 36(3), à l'égard d'une décision de la Commission, et à l'art. 41, dans le cas d'un tribunal. En vertu du par. 40(1), le tribunal a l'obligation expresse d'entendre les parties avant d'en venir à une conclusion quant au fondement de la plainte. La décision qu'il rend a tous les attributs d'une décision assujettie à un processus judiciaire. En outre, la Loi confère au tribunal le pouvoir de faire prêter serment, d'assigner des témoins et de recevoir des éléments de preuve. Lorsque l'examen du bien-fondé d'une plainte nécessite l'audition de témoins, il est incontestable que le tribunal est plus apte que la Commission à statuer sur cette plainte.

À mon avis, en recourant au critère du «bien-fondé» au par. 36(3), le législateur n'a sûrement pas voulu investir la Commission d'une fonction identique à celle du tribunal, tout en lui permettant de faire abstraction des garanties procédurales que comporte une audience du tribunal et qui sont établies en faveur du plaignant et des autres parties. La Loi prévoit plutôt, au par. 39(1), la possibilité d'un renvoi au tribunal:

39. (1) La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, constituer un tribunal des droits de la personne (ci-après dénommé, à la présente Partie, le «tribunal») chargé d'examiner la plainte.

La Commission n'est certes pas tenue, en application du par. 39(1), de renvoyer chacune des plaintes au tribunal; mais c'est une faculté qu'elle peut sûrement exercer au lieu de statuer sur le fond en s'appuyant sur le rapport de l'enquêteur. Si la Commission choisit de se prononcer elle-même sur le bien-fondé d'une plainte, elle doit se garder d'agir d'une façon susceptible de priver le plaignant des garanties procédurales dont il aurait disposé devant un tribunal. Soulignant les rôles complémentaires que jouent la Commission et le tribunal, le juge Mahoney (avec l'appui du juge Heald) s'est exprimé ainsi dans *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209 (C.A.), à la p. 215:

Il se peut que la Commission puisse trouver un moyen de faire le nécessaire pour statuer sur la présente plainte

within the limitations of its investigative process. If not, it does have another procedure available which would appear designed for such a case. [Emphasis added.]

In conclusion on this point, though they do not expressly require a hearing before a decision under s. 36(3), the provisions of the Act are in my view consistent with the imposition of a duty to proceed on a quasi-judicial basis.

The existence of such a duty finds ample support in the case law.

#### 4. *The Authorities*

In addition to *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, other judgments of the Federal Court of Appeal support the appellant's contention that a decision under s. 36(3) is required to be made on a quasi-judicial basis. In *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, a complaint was made alleging that the employer's decision not to renew the complainant's contract constituted discrimination on the basis of sex and marital status. The Commission launched an investigation into the matter and determined that the employer's decision not to renew the complainant's employment contract was based on a *bona fide* occupational requirement as provided for in s. 14(a) of the Act. On an application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, the Court of Appeal found that the investigator had failed to properly give the complainant the opportunity to controvert the evidence against her. The application was allowed. In Thurlow C.J.'s opinion, Heald J. concurring, the Commission's decision was required by law to be made on a judicial basis (at p. 211):

With respect to this issue the function of the Commission was in my view neither administrative nor quasi-judicial. It was a purely judicial function . . .

Mahoney J. (Heald J. also concurring) made no finding respecting the nature of the function exercised by the Commission, but it can be inferred from the fact that he allowed the application that he did believe the court had jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act*.

tout en respectant les limites imposées à son processus d'enquête. Dans le cas contraire, elle dispose d'une autre procédure qui semble mieux adaptée à un cas de ce genre. [Je souligne.]

<sup>a</sup> Pour conclure sur ce point, je dirai qu'à mon avis, même si elles ne requièrent pas expressément la tenue d'une audience avant la prise d'une décision en vertu du par. 36(3), les dispositions de la Loi sont compatibles avec l'imposition d'une obligation d'agir de façon quasi judiciaire.

L'existence de cette obligation est par ailleurs amplement étayée par la jurisprudence.

#### <sup>c</sup> 4. *La jurisprudence*

En plus de l'arrêt *Latif c. Commission canadienne des droits de la personne*, d'autres décisions de la Cour d'appel fédérale appuient la prétention de l'appelant selon laquelle la décision rendue en vertu du par. 36(3) doit être soumise à un processus quasi judiciaire. Dans *Cashin c. Société Radio-Canada*, précité, la plainte portait que la décision de l'employeur de ne pas renouveler le contrat de la plaignante constituait une discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille. Après enquête, la Commission avait statué que le non-renouvellement du contrat était basé sur une exigence professionnelle justifiée comme le permet l'al. 14a) de la Loi. Saisie d'une demande formée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel a conclu que l'enquêteur n'avait pas donné à la plaignante une possibilité suffisante de contester les éléments de preuve présentés contre elle. Accueillant la demande, le juge en chef Thurlow, avec l'appui du juge Heald, a conclu que la décision de la Commission était légalement soumise à un processus judiciaire (à la p. 211):

<sup>e</sup> En ce qui concerne ce point du litige, la fonction de la Commission n'était, à mon avis, ni administrative ni quasi judiciaire. Il s'agissait d'une fonction purement judiciaire . . .

<sup>i</sup> Le juge Mahoney (avec lequel le juge Heald était également d'accord) n'a pas tiré de conclusion quant à la nature de la fonction exercée par la Commission, mais on peut déduire du fait qu'il a accueilli la demande, qu'il jugeait que la cour avait compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

In *MacBain v. Lederman, supra, Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.* was discussed in a footnote indicating confirmation of the judicial nature of the process (at p. 862):

This Court has held that the Commission is acting in a judicial capacity when making such a determination [i.e., whether a claim is substantiated pursuant to s. 36(3)].

This question was raised before this Court in *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407. We allowed an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal rejecting an application for judicial review of a decision of the Commission to dismiss a claim as unsubstantiated pursuant to s. 36(3). Our judgment records the following admission made by the Commission at the hearing (at p. 410):

Respondent Commission acknowledges that it must act on a quasi-judicial basis when it decides to dismiss a complaint as unsubstantiated under s. 36(3)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

No party to that appeal took a contrary position, and as the jurisdictional question was not raised, we allowed the appeal. This of course would not have been possible had the Federal Court lacked jurisdiction to hear the application for judicial review in the first place. The Federal Court is a court of general statutory jurisdiction: it is not empowered to hear an application which by virtue of its nature properly belongs in the Trial Division. Accordingly, our decision in *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission* is implicitly premised on the quasi-judicial nature of the decision under s. 36(3).

I find it important to emphasize that, in the present appeal, the Commission made no submission in response to the Attorney General's contention that the Federal Court of Appeal lacks jurisdiction. At the hearing, the Commission attempted to make submissions on the merits of the application and was quite properly prevented from doing so by the Court. While it does not positively affirm the jurisdiction of the Federal Court under s. 28 of the *Federal Court Act*, the Commission, in adopt-

Dans *MacBain c. Lederman*, précité, l'arrêt *Cashin c. Société Radio-Canada* fait l'objet d'une note en bas de la p. 862 où se trouve confirmée la nature judiciaire du processus:

<sup>a</sup> Cette Cour a décidé que la Commission exerce une fonction judiciaire lorsqu'elle rend une telle décision [savoir si une plainte est fondée aux termes du par. 36(3)].

<sup>b</sup> Cette question a été soulevée devant notre Cour dans *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407, où nous avons accueilli le pourvoi formé contre un jugement de la Cour d'appel fédérale refusant une demande d'examen judiciaire de la décision de la Commission de rejeter, en vertu du par. 36(3), une plainte qu'elle estimait non fondée. Le jugement note, à la p. 410, l'admission suivante faite par la Commission à l'audience:

<sup>d</sup> La Commission intimée reconnaît qu'elle remplit une fonction quasi judiciaire lorsqu'elle décide de rejeter en vertu de l'al. 36(3)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* une plainte qui n'est pas fondée.

<sup>e</sup> Aucune partie à ce pourvoi n'ayant pris la position contraire et la question de la compétence n'ayant pas été soulevée, nous avons accueilli le pourvoi, ce qui naturellement aurait été impossible si, en premier lieu, la Cour fédérale n'avait pas eu compétence pour entendre la demande d'examen judiciaire. La Cour fédérale ne possède qu'une compétence d'attribution: elle n'a pas le pouvoir d'entendre une demande qui, de par sa nature, <sup>f</sup> relève de la Division de première instance. En conséquence, le jugement que nous avons rendu dans l'affaire *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne* repose sur le postulat implicite de la nature quasi judiciaire de la décision prise en vertu du par. 36(3).

<sup>h</sup> Il me paraît important de souligner que, dans le présent pourvoi, la Commission n'a présenté aucun argument à l'encontre de la prétention du procureur général quant à l'absence de compétence de la Cour d'appel fédérale. Elle a bien tenté, à l'audience, de plaider sur le fond de la demande, mais c'est à bon droit que la Cour l'en a empêchée. Bien qu'elle n'ait pas ainsi reconnu explicitement la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Commission



ing such a position, at least implicitly concedes the Court of Appeal's jurisdiction, as it had previously done in *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission, supra*. This also appears to have been the position adopted by the Commission in the recent decisions of *Brouillette v. Canadian Human Rights Commission, Labelle v. Canada (Treasury Board)* and *Whiteman v. Canada (Canadian Human Rights Commission), supra*. Being a court of general statutory jurisdiction, the failure of the Federal Court of Appeal to raise the jurisdictional issue, in these cases as well as in the case at bar, suggests that, as a matter of judicial policy, a determination made pursuant to s. 36(3)(b) of the *Canadian Human Rights Act* is required to be made in a judicial or quasi-judicial manner. In my view that policy is firmly rooted in law. A decision by the Commission to dismiss a complaint as unsubstantiated, pursuant to s. 36(3) of the *Canadian Human Rights Act*, is a conclusive determination in respect of fundamentally important individual rights which is made in an adversarial context and involves the application of a pre-existing legal standard to a disputed set of facts. In these circumstances, having regard to the terms of the Act which, though silent, are nevertheless consistent with the procedural safeguards of the quasi-judicial sphere, the Commission's decision can in my view be the subject of an application for review taken pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*.

Before concluding on this point, I note that subsequent to the decision of the Federal Court of Appeal in *MacBain v. Lederman*, important changes were brought to the wording of s. 36(3). In *MacBain*, the court had rejected the Commission's argument that "substantiated" did not mean "proven" on the ground that, had Parliament intended to mean something other than the clear meaning of that word, it would have done so. The court remarked (at p. 873):

In order to give effect to this submission [i.e., the Commission's submission], it would be necessary to read paragraph 36(3)(a) of the Act as though the word "substantiated" was deleted and the following word or words of like import were substituted therefor: "that an

l'a du moins admise implicitement, comme elle l'avait fait auparavant dans l'affaire *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, précitée. C'est également la position que la Commission paraît avoir adoptée dans les récentes décisions *Brouillette c. Commission canadienne des droits de la personne, Labelle c. Canada (Conseil du Trésor)*, et *Whiteman c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, précitées. Dans ces affaires tout comme en l'espèce, la Cour d'appel fédérale, tribunal investi d'une compétence d'attribution, n'a pas soulevé la question de sa compétence, ce qui laisse entendre, sur le plan des principes judiciaires, qu'une décision rendue en application de l'al. 36(3)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* doit être prise de manière judiciaire ou quasi judiciaire. À mon avis, ce principe est fermement ancré dans le droit. La décision de la Commission de rejeter, en vertu du par. 36(3) de la *Loi canadienne des droits de la personne*, une plainte qu'elle juge non fondée est une décision concluant à l'égard de droits individuels fondamentaux, prise dans le cadre d'une procédure contradictoire et nécessitant l'application de normes légales préexistantes à des faits en litige. Dans ces circonstances et compte tenu du fait que les termes de la Loi, silencieuse à cet égard, sont néanmoins compatibles avec les garanties procédurales inhérentes au domaine quasi judiciaire, la décision de la Commission peut, à mon avis, faire l'objet d'une demande d'examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Avant de conclure sur ce point, soulignons qu'après la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *MacBain c. Lederman*, d'importantes modifications ont été apportées au texte du par. 36(3). Dans *MacBain*, la cour avait rejeté la prétention de la Commission selon laquelle le mot «substantiated» («fondée») ne signifiait pas «proven» («prouvée»), au motif que si le législateur avait voulu donner à ce mot un sens autre que son sens évident, il l'aurait fait. La cour s'était exprimée ainsi, à la p. 873:

Pour donner effet à cet argument [celui de la Commission], il faudrait lire l'alinéa 36(3)a) de la Loi comme si le mot «substantiated» («fondée») n'y était pas et qu'on y trouvait plutôt les mots suivants: [TRADUCTION] «qu'un examen de la plainte est justifié». Les tribunaux ont

inquiry into the complaint is warranted." The courts have resisted this practice of adding or deleting words in a statute. [Emphasis added.]

The very same words were used by the legislator in amending s. 36(3) (S.C. 1985, c. 26, s. 69), which today reads as follows:

(3) On receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

(a) may request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Human Rights Tribunal in accordance with section 39 to inquire into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry thereinto is warranted, and

(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry thereinto is not warranted, or

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv). [Emphasis added.]

In light of *McBain v. Lederman*, the use of these words by Parliament in amending the Act could not more clearly express an intention to give the Commission sufficient latitude to dispose of complaints otherwise than by a determination of their merit. The new wording suggests an intention to confine the role of the Commission to the administrative sphere. Should the Commission nevertheless feel an inquiry is not "warranted" on the basis that it is not substantiated, then in my view the reasoning in respect of the old wording might equally apply and the Commission would be required to act quasi-judicially. However, this is not for us to decide in the present case which was argued solely on the basis of the previous version of s. 36(3).

I now turn to the question whether the Commission has committed a reviewable error.

résisté à cette pratique qui consiste à ajouter ou à supprimer des mots dans une loi. [Je souligne.]

Or, c'est la formulation même que le législateur a utilisée en modifiant le par. 36(3) (S.C. 1985, chap. 26, art. 69), lequel se lit maintenant comme suit:

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au b) paragraphe (1), la Commission:

a) peut demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal des droits de la personne, en application de l'article 39, chargé d'examiner la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue:

(i) que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,

(ii) qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des sous-alinéas 33b)(ii) à (iv);

b) doit rejeter la plainte, si elle est convaincue:

(i) que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,

(ii) que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux sous-alinéas 33b)(ii) à (iv). [Je souligne.]

Compte tenu de l'arrêt *McBain c. Lederman*, le législateur ne pouvait exprimer plus clairement dans cette formulation son intention de donner à la Commission toute la latitude voulue pour statuer sur une plainte sans se prononcer sur le bien-fondé de celle-ci. Le nouveau texte donne à entendre qu'on a ainsi voulu confiner la Commission à un rôle administratif. Si cette dernière jugeait néanmoins qu'un examen n'était pas «justifié» parce que la plainte n'était pas fondée, peut-être y aurait-il lieu alors de suivre le raisonnement applicable à la formulation antérieure et d'exiger que la Commission agisse de manière quasi judiciaire. Nous n'avons pas toutefois à nous prononcer sur ce point dans la présente affaire, laquelle a été plaidée en fonction de la version antérieure du par. 36(3).

Examinons maintenant la question de savoir si la Commission a commis une erreur donnant lieu à révision.

II—Did the Commission Commit a Reviewable Error?

The complaint which gave rise to the present proceedings alleges that the employer maintains a difference in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value, contrary to s. 11 of the Act. Specifically, the complaint focusses on the discrepancy in the wages paid to the predominantly female employees of the Section costumes and those paid to the predominantly male employees of the Section décors.

Appellant's argument before this Court is twofold. First, appellant contends that the Commission erred in law in applying s. 11 to the circumstances of this case. In appellant's submission, the organization of the work force perpetuates a wage differential between "women's work" and "men's work" and such job segregation in and of itself constitutes *prima facie* evidence of wage discrimination under s. 11 of the Act. In failing to recognize this, appellant contends that the Commission erred in law and that its decision should be set aside pursuant to s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*. Second, appellant submits that the Commission "failed to observe a principle of natural justice", also contrary to s. 28(1)(a). A number of submissions have been advanced under this heading, all of which are considered in the opinion of my colleague Sopinka J. as well as in the decision of the Federal Court of Appeal. However, in my view, the main submission is that it was not enough for the Commission to provide appellant with the factual basis of its decision; it also had to provide appellant with the legal basis of its decision, namely, how it compared the "skill, effort and responsibility" required for the tasks in Section costumes with the "skill, efforts and responsibility" required for the tasks in Section décors. Did it for comparison purposes assess individually the value of the various tasks in each Section or did it assess their collective value? Did it assess value in terms of value to the employer of the particular task performed in the context of its importance to the whole operation or did it proceed on the basis that all tasks were equally important to the opera-

II—La commission a-t-elle commis une erreur donnant lieu à révision?

Dans la plainte ayant donné naissance aux présentes procédures, il est allégué que, en contravention de l'art. 11 de la Loi, l'employeur pratique la disparité salariale entre des hommes et des femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes. La plainte soulève plus particulièrement la question de la disparité entre les salaires versés aux employés, majoritairement féminins, de la Section costumes, et ceux versés aux employés, majoritairement masculins, de la Section décors.

L'appelant fait valoir devant la Cour une argumentation à deux volets. En premier lieu, il soutient que la Commission a commis une erreur de droit dans son application de l'art. 11 aux circonstances de la présente affaire. D'après lui, l'organisation de la main-d'œuvre perpétue l'écart salarial entre les emplois «féminins» et les emplois «masculins» et cette ségrégation dans l'emploi constitue en elle-même la preuve *prima facie* d'une discrimination salariale aux termes de l'art. 11 de la Loi. Selon l'appelant, en ne reconnaissant pas cela, la Commission a commis une erreur de droit et sa décision devrait être annulée en vertu de l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*. En second lieu, l'appelant soutient que, toujours aux termes de l'al. 28(1)a), la Commission «n'a pas observé un principe de justice naturelle». Les arguments avancés à ce chapitre ont tous été examinés par mon collègue le juge Sopinka et par la Cour d'appel fédérale. À mon avis cependant, la principale prétention de l'appelant consiste à dire qu'il ne suffisait pas à la Commission de l'informer du fondement factuel de sa décision, mais qu'elle devait aussi l'informer de son fondement juridique, c'est-à-dire, indiquer comment elle a comparé «des qualifications, les efforts et les responsabilités» nécessaires pour effectuer les tâches de la Section costumes avec «des qualifications, les efforts et les responsabilités» nécessaires pour effectuer celles de la Section décors. Avait-elle évalué séparément, à des fins de comparaison, la valeur des diverses tâches de chaque section ou avait-elle évalué leur valeur collective? Avait-elle estimé la valeur en termes de valeur pour l'employeur de la tâche

tion and only the criteria in s. 11(2) can be considered? These are only some of the questions which arise on the legal application of s. 11 to the facts as found in the investigator's report.

I note at the outset that appellant's complaint is not based in any way on s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which was not in force at the relevant time. Accordingly, it is not necessary to consider the possible application of the equality rights under the *Charter* to a claim based on wage discrimination. I now turn to a consideration of appellant's arguments.

#### 1. *Prima Facie* Discrimination Under s. 11

Section 11 states:

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

(3) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 22(2) to be a reasonable factor that justifies the difference.

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(2) Les critères permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des employés dans le même établissement sont les qualifications, les efforts et les responsabilités nécessaires pour leur exécution, considérés globalement, compte tenu des conditions de travail.

(3) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 22(2).

particulière à exécuter selon son importance pour l'ensemble des opérations ou avait-elle procédé en tenant pour acquis que toutes les tâches étaient également importantes pour les opérations et qu'elle ne pouvait prendre en considération que les critères énoncés au par. 11(2)? Ce ne sont que quelques-unes des questions que soulève l'application juridique de l'art. 11 aux faits constatés dans le rapport de l'enquêteur.

Soulignons dès le départ que la plainte de l'appelant n'est aucunement fondée sur l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel n'était pas en vigueur à l'époque. Il n'y a donc pas lieu d'examiner la possibilité d'appliquer les dispositions relatives aux droits à l'égalité garantis par la *Charte* à une plainte fondée sur la discrimination salariale. Passons maintenant en revue les arguments de l'appelant.

#### 1. *Discrimination prima facie* aux termes de l'art. 11

L'article 11 dispose:

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(2) Les critères permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des employés dans le même établissement sont les qualifications, les efforts et les responsabilités nécessaires pour leur exécution, considérés globalement, compte tenu des conditions de travail.

(3) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 22(2).

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

(3) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 22(2) to be a reasonable factor that justifies the difference.

(4) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

(4) Des considérations fondées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

(4) Des considérations fondées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

(4) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

The evidence of professional segregation in the present case is considerable. Section costumes employs 40 persons, close to three-quarters of whom are female (72.5%), while Section décors employs 280 persons, nearly all of whom are male (99.65%). The work performed in the former section is subdivided into six jobs by the employer, while that performed on the latter is subdivided into over 20 jobs. The average salary paid in the Section costumes is \$19,782, while in the Section décors that average is \$21,715. This discrepancy of close to \$2,000 is further reflected in the wage scales for jobs in each section. In the Section costumes, the wages range from \$15,559 to \$23,367, while in the Section décors, according to the appellant, the wages range from \$15,559 to \$25,579. In the appellant's submission, these wage discrepancies are especially serious in view of a principle of economics which posits an inversely proportional relationship between the degree of specialization of a task and the average salary of those who perform that task. Since the work performed in the Section décors is considerably more subdivided than the work performed in the Section costumes, on the basis of this principle, one would have expected a lower average salary in the former section. Appellant adds that the French job titles in Section costumes being feminine ("*habilleuse*", "*habilleuse en chef*", "*script assistante*") while all those in Section décors are masculine. This evidence, appellant contends, establishes that the organization of labour is segregated and that the lower wage scales in Section costumes reflect an undervaluing of the work performed by its predominantly female employees. In its factum, appellant writes:

[TRANSLATION] . . . when, within the same bargaining unit, composed of a minority of women, these women fill, majoritarily, certain "female jobs" which are less well paid than the other "male jobs" in the unit, and where men and women work under similar working conditions and at jobs having the same objective, proof of job segregation establishes *prima facie* that the wage

<sup>a</sup> Il existe en l'espèce une preuve abondante de ségrégation professionnelle. Sur les 40 employés qui travaillent à la Section costumes, près des trois quarts sont des femmes (72,5 %), tandis qu'à la Section décors, la plupart des 280 employés sont des hommes (99,65 %). Dans la première section, le travail est subdivisé en six postes, alors que la dernière compte plus de vingt subdivisions. Le salaire moyen est de 19 782 \$ dans la Section costumes et de 21 715 \$ dans la Section décors. Cet écart de près de 2 000 \$ se reflète aussi dans les échelles salariales applicables aux postes de chacune des sections. Ainsi, dans la Section costumes, les salaires s'échelonnent de 15 559 \$ à 23 367 \$, tandis que dans la Section décors, ils varient, selon l'appellant, de 15 559 \$ à 25 579 \$. L'appellant soutient que ces écarts salariaux sont d'autant plus importants qu'il existe un principe économique suivant lequel le degré de spécialisation d'une tâche est inversement proportionnel au salaire moyen de ceux qui l'exécutent. Étant donné la subdivision beaucoup plus marquée du travail effectué dans la Section décors par rapport à la Section costumes, on s'attendrait à ce qu'en vertu de ce principe, le salaire moyen soit inférieur dans la première section. De plus, ajoute l'appellant, le titre français des postes est lui-même un indice de ségrégation, certains titres de la Section costumes étant féminins («*habilleuse*», «*habilleuse en chef*», «*script assistante*»), alors que tous ceux de la Section décors sont masculins. Selon l'appellant, ces éléments de preuve établissent l'existence d'une ségrégation dans l'organisation de la main-d'œuvre et la sous-évaluation du travail exécuté par les employés majoritairement féminins de la Section costumes, qui est reflétée dans leur échelle salariale inférieure. L'appellant écrit dans son mémoire:

<sup>i</sup> . . . lorsqu'à l'intérieur de la même unité de négociation, les femmes sont minoritaires alors qu'elles occupent majoritairement certains emplois «féminins» moins rémunérés que les autres emplois «masculins» de l'unité, alors qu'hommes et femmes travaillent dans des conditions de travail similaires, et comme ici effectuent un travail ayant la même finalité, la preuve de la ségréga-

disparity is in part caused by sex discrimination.  
[Emphasis in original.]

This argument raises the legal definition of wage discrimination under s. 11 of the Act. A first step in this direction is this Court's clear statement that intent is not a precondition to a finding of adverse discrimination under the *Canadian Human Rights Act*. As written by La Forest J. for the Court in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, *supra*, at p. 90:

Since the Act is essentially concerned with the removal of discrimination, as opposed to punishing anti-social behaviour, it follows that the motives or intention of those who discriminate are not central to its concerns. Rather, the Act is directed to redressing socially undesirable conditions quite apart from the reasons for their existence.

See also the elaborate discussion of the Chief Justice in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, *supra*, at pp. 1134-38, and the comments of McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 173-74.

The cases of *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* and *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* find their origin in complaints based on ss. 7 and 10 of the Act respectively. These two provisions state as follows:

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

tion professionnelle établit prima facie que la disparité salariale est en partie due à une discrimination fondée sur le sexe. [Souligné dans l'original.]

Cet argument soulève la question de la définition juridique de la discrimination salariale aux termes de l'art. 11 de la Loi. Un premier pas dans cette direction est l'affirmation claire par notre Cour qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'intention pour pouvoir conclure à la présence d'une discrimination préjudiciable en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Comme le déclare le juge La Forest au nom de la Cour dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité, à la p. 90:

Puisque la Loi s'attache essentiellement à l'élimination de toute discrimination plutôt qu'à la punition d'une conduite antisociale, il s'ensuit que les motifs ou les intentions des auteurs d'actes discriminatoires ne constituent pas une des préoccupations majeures du législateur. Au contraire, la Loi vise à remédier à des conditions socialement peu souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence.

Voir également l'analyse détaillée que fait le Juge en chef dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, précité, aux pp. 1134 à 1138, ainsi que les observations du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 173 et 174.

Les plaintes à l'origine des affaires *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)* et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* étaient fondées respectivement sur les art. 7 et 10 de la Loi, lesquels disposent:

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou

b) de défavoriser un employé dans le cadre de son emploi,

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur, l'association d'employeurs ou l'association d'employés

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

As intent is not a prerequisite element of adverse discrimination, a complainant may build his or her case under ss. 7 and 10 by presenting evidence of the type adduced by the complainant in the present case. Statistical evidence of professional segregation is a most precious tool in uncovering adverse discrimination. Section 11, however, differs from ss. 7 and 10. Its scope of protection is delineated by the concept of "equal value". That provision does not prevent the employer from remunerating differently jobs which are not "equal" in value. Wage discrimination, in the context of that specific provision, is premised on the equal worth of the work performed by men and women in the same establishment. Accordingly, to be successful, a claim brought under s. 11 must establish the equality of the work for which a discriminatory wage differential is alleged.

In other jurisdictions which have adopted equal pay for equal work legislation, no *prima facie* case of wage discrimination can be made solely by presenting evidence of segregation (for the United States, see *Corning Glass Works v. Brennan*, 417 U.S. 188 (1974); for the United Kingdom see *Waddington v. Leicester Council for Voluntary Services*, [1977] 2 All E.R. 633 (E.A.T.)) Commenting on the Canadian legislation generally, Walter S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (1982), at p. 417 states:

The onus is clearly upon the complainant to prove "equal work" or "similar or substantially similar" work.

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

L'intention n'étant pas un élément essentiel de la discrimination préjudiciable, il est loisible au plaignant d'étayer son argumentation fondée sur les art. 7 et 10 en présentant le même type de preuve que celle qui a été produite en l'espèce. Ainsi, le recours à des données statistiques démontrant l'existence d'une ségrégation professionnelle est un outil des plus précieux dans la découverte d'une discrimination préjudiciable. L'article 11, cependant, diffère des art. 7 et 10. La portée de sa protection est en effet délimitée par le concept d'«équivalence»: cette disposition n'empêche pas un employeur de rémunérer différemment des emplois non équivalents. Dans le cadre particulier de cette disposition, la discrimination salariale présuppose l'équivalence, dans le même établissement, des fonctions exécutées par des femmes et par des hommes. En conséquence, pour que soit accueillie une plainte fondée sur l'art. 11, il faut établir l'équivalence des fonctions à l'égard desquelles est alléguée une situation de disparité salariale discriminatoire.

Dans d'autres pays où ont été adoptées des lois relatives à la parité salariale, on ne peut établir *prima facie* l'existence de discrimination salariale en présentant uniquement des éléments prouvant la ségrégation (pour les États-Unis, voir *Corning Glass Works v. Brennan*, 417 U.S. 188 (1974); pour le Royaume-Uni, voir *Waddington v. Leicester Council for Voluntary Services*, [1977] 2 All E.R. 633 (E.A.T.)) Commentant la législation canadienne en général, Walter S. Tarnopolsky écrit dans *Discrimination and the Law in Canada* (1982), à la p. 417:

[TRADUCTION] C'est manifestement au plaignant qu'il incombe de prouver que des fonctions sont «équivalentes» ou encore «analogues ou essentiellement analogues».

For these reasons, with respect to the narrow question raised by appellant, evidence of professional segregation in and of itself does not seem to constitute a *prima facie* case under that provision, unless of course such evidence independently establishes the equal worth of the work under consideration, which is not the case here.

This brings me to the disputed issue whether the work of Section costumes and Section décors is of equal value within the meaning of s. 11. This issue is intimately linked to the procedure followed by the Commission in this case and I accordingly find it appropriate to discuss it in that context.

## 2. Breach of a Principle of Natural Justice

Although the principle of "equal pay for work of equal value" is expressed in a straightforward manner, the application of that principle through s. 11 of the Act gives rise to considerable difficulty.

To begin with, as stated by s. 11(3), there are exceptions to the principle. At the time material to this appeal, the *Equal Wages Guidelines* prescribed seven factors justifying a pay differential: different performance ratings, seniority, red circling, a rehabilitation assignment, a demotion pay procedure, a procedure of phased-in wage reductions, and a temporary training position. Since then, three other exceptions have been added, namely, an internal labour shortage, a reclassification to a lower level, and regional rates of wages (see SI/82-2, January 13, 1982, and the *Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, s. 16). None of these exceptions plays a significant role in the present appeal.

Of key importance for the purpose of this appeal, as I said earlier, is the concept of "work of equal value". That concept is simple only in appearance.

One element of difficulty is the concept of equality. The prohibition against wage discrimination is part of a broader legislative scheme

Pour ces motifs et compte tenu de la question restreinte que soulève l'appelant, la ségrégation professionnelle ne saurait, en elle-même, constituer une preuve *prima facie* en vertu de cette disposition, à moins naturellement que cette preuve n'établisse de façon indépendante l'équivalence des fonctions en cause, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Cela m'amène à la question litigieuse de savoir si les fonctions exécutées dans les Sections costumes et décors sont équivalentes au sens de l'art. 11. Cette question est étroitement liée à la procédure suivie par la Commission en l'espèce. Il convient donc à mon avis de l'examiner dans ce contexte.

## 2. Violation d'un principe de justice naturelle

Bien que le principe du «salaire égal pour un travail d'égale valeur» soit formulé en termes non équivoques, l'application de ce principe à l'art. 11 se heurte à des difficultés considérables.

Il y a d'abord les exceptions au principe, prévues au par. 11(3). À l'époque pertinente aux fins du présent pourvoi, les *Ordonnances sur l'égalité de rémunération* reconnaissaient sept facteurs pouvant justifier un écart salarial: la rémunération fondée sur le rendement, l'ancienneté, la surévaluation des postes, l'affectation comportant des tâches allégées, le mode de rémunération en cas de rétrogradation, la réduction graduelle des salaires et l'affectation temporaire à des fins de formation. Depuis, trois nouvelles exceptions se sont ajoutées: la pénurie de main-d'œuvre, la reclassification à un niveau inférieur et enfin les variations salariales régionales (voir TR/82-2, 13 janvier 1982, et l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, art. 16). Aucune de ces exceptions ne joue de rôle significatif dans le présent pourvoi.

Comme je l'ai indiqué précédemment, le concept de «travail égal» revêt une importance capitale aux fins du présent pourvoi. Or, ce concept n'est simple qu'en apparence.

La première difficulté réside dans la notion d'égalité. L'interdiction dont est l'objet la discrimination salariale s'inscrit dans un régime législatif



designed to eradicate all discriminatory practices and to promote equality in employment. In this larger context s. 11 addresses the problem of the undervaluing of work performed by women. As this objective transcends the obvious prohibition against paying lower wages for strictly identical work, the notion of equality in s. 11 should not receive a technical or restrictive interpretation. However, the degree of similarity which is required under that provision is not for this Court to decide here.

Another difficulty lies on the concept of value. Section 11(2) defines in general terms the manner in which the value of work is to be assessed. The criterion to be applied, under that provision, is the composite of the skill, effort, and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is to be performed. At the time material to this appeal, s. 3 of the *Equal Wages Guidelines* defined this criterion in somewhat greater detail:

3. Subsections 11(1) and (2) of the Act apply in any case in such a manner that in assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment to determine if they are performing work of equal value,

(a) the skill required in the performance of the work of an employee shall be considered to include any type of intellectual or physical skill required in the performance of that work that has been acquired by the employee through experience, training, education or natural ability, and the nature and extent of such skills of employees employed in the same establishment shall be compared without taking into consideration the means by which such skills were acquired by the employees;

(b) the effort required in the performance of the work of an employee shall be considered to include any intellectual or physical effort normally required in the performance of that work, and in comparing such efforts exerted by employees employed in the same establishment,

(i) such efforts may be found to be of equal value whether such efforts were exerted by the same or different means, and

(ii) the assessment of the effort required in the performance of the work of an employee shall not

plus large visant à éliminer tout acte discriminatoire et à promouvoir l'égalité dans l'emploi. C'est dans ce cadre élargi que l'art. 11 s'attaque au problème de la sous-évaluation du travail exécuté par des femmes. Puisque cet objectif va au-delà de l'interdiction évidente de payer un salaire inférieur pour des fonctions strictement identiques, la notion d'égalité contenue à l'art. 11 ne devrait pas recevoir une interprétation formaliste ou restrictive. Il n'appartient pas à notre Cour toutefois de déterminer ici le degré d'analogie nécessaire en vertu de cette disposition.

La notion de valeur présente une autre difficulté. Le paragraphe 11(2) définit en termes généraux la façon dont l'équivalence des fonctions doit être évaluée. Le critère applicable est, aux termes de cette disposition, l'amalgame des qualifications, efforts et responsabilités nécessaires pour l'exécution des fonctions, considéré globalement et compte tenu des conditions de travail. À l'époque pertinente, ce critère était plus amplement décrit à l'art. 3 des *Ordonnances sur l'égalité de rémunération*:

3. Les paragraphes 11(1) et 11(2) de la Loi s'appliquent dans tous les cas où le travail exécuté par les employés d'un même établissement est évalué en vue de déterminer si ces employés remplissent des fonctions équivalentes.

a) les qualifications requises pour l'exécution du travail d'un employé comprennent les aptitudes physiques ou intellectuelles nécessaires à l'exécution de ce travail et acquises par l'expérience, la formation, les études ou attribuables à l'habileté naturelle; la nature et l'importance de ces qualifications chez les employés qui travaillent dans le même établissement doivent être évaluées sans tenir compte de la manière dont elles ont été acquises;

b) l'effort requis pour l'exécution du travail d'un employé comprend tout effort physique ou intellectuel normalement nécessaire à ce travail; lorsqu'on compare les fonctions des employés d'un même établissement à cet égard,

(i) l'effort déployé par un employé peut être équivalent à celui déployé par un autre employé, que ces efforts soient exercés de la même façon ou non et

(ii) l'effort nécessaire à l'exécution du travail d'un employé ne doit pas normalement être considéré

normally be affected by the occasional or sporadic performance by that employee of a task that requires additional effort;

(c) the responsibility required in the performance of the work of an employee shall be assessed by determining the extent to which the employer relies on the employee to perform the work having regard to the importance of the duties of the employee and the accountability of the employee to the employer for machines, finances and any other resources and for the work of other employees; and

(d) the conditions under which the work of an employee is performed shall be considered to include noise, heat, cold, isolation, physical danger, conditions hazardous to health, mental stress and any other conditions produced by the physical or psychological work environment, but shall not be considered to include a requirement to work overtime or on shifts where a premium is paid to the employee for such overtime or shift work.

The notions of "skill", "effort", "responsibility" and "conditions" which one finds in the Act and the companion *Equal Wage Guidelines* are terms of art. They refer to the areas traditionally measured by industrial job evaluation plans. The *Equal Pay Act of 1963*, 29 U.S.C. § 206(d), which added s. 6 to the *Fair Labor Standards Act of 1938*, prohibits the payment of lower wages "for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions . . ." Interpreting this language in *Corning Glass Works v. Brennan*, *supra*, the Supreme Court of the United States determined that these four special words allow the use of industrial job evaluation plans in determining the value of work. Marshall J., who delivered the opinion of the court, explained (at pp. 198-201):

The most notable feature of the history of the Equal Pay Act is that Congress recognized early in the legislative process that the concept of equal pay for equal work was more readily stated in principle than reduced to statutory language which would be meaningful to employers and workable across the broad range of industries covered by the Act. As originally introduced, the Equal Pay bill required equal pay for "equal work

comme différent sous prétexte que l'employé accomplit de temps à autre une tâche exigeant un effort supplémentaire;

c) les responsabilités liées à l'exécution du travail d'un employé doivent être évaluées en déterminant dans quelle mesure l'employeur compte sur l'employé pour accomplir son travail, compte tenu de l'importance des exigences du poste et de toutes les ressources techniques, financières et humaines dont l'employé a la responsabilité;

d) les conditions dans lesquelles l'employé exécute ses fonctions comprennent le bruit, la chaleur, le froid, l'isolement, le danger physique, les risques pour la santé, le stress et toutes les autres conditions liées à l'environnement physique et au climat psychologique; elles ne comprennent pas cependant l'obligation de faire des heures supplémentaires ou de travailler par postes lorsque l'employé reçoit une prime à cet égard.

Les notions de «qualifications», d'«effort», de «responsabilités» et de «conditions de travail» que l'on retrouve dans la Loi, ainsi que dans les *Ordonnances sur l'égalité de rémunération* qui l'accompagnent, relèvent du langage technique. Traditionnellement, on les mesure à l'aide de plans industriels d'évaluation des emplois. Aux États-Unis, l'*Equal Pay Act of 1963*, 29 U.S.C. § 206(d), ajoutant l'art. 6 au *Fair Labor Standards Act of 1938*, interdit le versement d'un salaire inférieur [TRADUCTION] «pour des fonctions équivalentes dans des emplois exigeant des qualifications, des efforts et des responsabilités équivalents, dans des conditions de travail semblables . . .» Appelée à interpréter cette disposition dans l'arrêt *Corning Glass Works v. Brennan*, précité, la Cour suprême des États-Unis a statué que ces quatre termes particuliers permettent le recours à des plans industriels d'évaluation des emplois pour déterminer l'équivalence des fonctions. S'exprimant au nom de la cour, le juge Marshall a précisé (aux pp. 198 à 201):

[TRADUCTION] Le trait le plus marquant de l'histoire de l'Equal Pay Act est la reconnaissance par le Congrès, dès le début du processus législatif, qu'il était plus facile d'énoncer le principe de l'égalité de salaire pour des fonctions équivalentes que de le rédiger en termes légaux compréhensibles pour les employeurs et applicables au vaste éventail de secteurs industriels visés par la Loi. À l'origine, le projet de loi prescrivait le versement d'un

on jobs the performance of which requires equal skills.” . . .

In both the House and Senate committee hearings, witnesses were highly critical of the Act's definition of equal work and of its exemptions. Many noted that most of American industry used formal, systematic job evaluation plans to establish equitable wage structures in their plants. Such systems . . . took into consideration four separate factors in determining job value—skill, effort, responsibility and working conditions—and each of these four components was further systematically divided into various sub-components. Under a job evaluation plan, point values are assigned to each of the subcomponents of a given job, resulting in a total point figure representing a relatively objective measure of the job's value.

In comparison to the rather complex job evaluation plans used by industry, the definition of equal work used in the first drafts of the Equal Pay bill was criticized as unduly vague and incomplete. Industry representatives feared that as a result of the bill's definition of equal work, the Secretary of Labor would be cast in the position of second-guessing the validity of a company's job evaluation system. They repeatedly urged that the bill be amended to include an exception for job classification systems, or otherwise to incorporate the language of job evaluation into the bill . . . .

We think it plain that in amending the bill's definition of equal work to its present form, the Congress acted in direct response to these pleas. . . . Indeed, the most telling evidence of congressional intent is the fact that the Act's amended definition of equal work incorporated the specific language of the job evaluation plan described at the hearings . . . that is, the concepts of “skill”, “effort”, “responsibility”, and “working conditions”.

While the legislative history of s. 11 of the *Canadian Human Rights Act* is somewhat less documented than its American counterpart, it can be no coincidence that the same four words, “skill”, “effort”, “responsibility” and working “conditions” were used by Parliament to breathe life into the principle of equal pay for work of equal value in Canada. These words are an indication that job evaluation plans can be used to determine whether jobs are of equal value under s. 11. In her *Report of the Commission on Equality*

salaires égaux pour «des fonctions équivalentes dans des emplois exigeant des qualifications équivalentes.» . . .

Tant devant le comité de la Chambre que devant celui du Sénat, les témoins ont été très critiques à l'égard de la définition de fonctions équivalentes dans la Loi et des exemptions prévues. Plusieurs ont souligné que la plupart des secteurs de l'industrie américaine utilisaient des plans systématiques d'évaluation des emplois aux fins d'établir une structure salariale équitable dans leurs usines. Ces systèmes [ . . . ] prenaient en considération quatre critères distincts pour mesurer l'équivalence des fonctions—les qualifications, l'effort, les responsabilités et les conditions de travail—, chacune de ces composantes étant systématiquement divisée en diverses sous-composantes. En vertu de ces plans, des points sont attribués à chaque sous-composante d'un emploi donné, de sorte que le pointage total représente une mesure relativement objective de la valeur d'un emploi.

Comparativement aux plans d'évaluation relativement complexes en usage dans l'industrie, la définition de fonctions équivalentes dans les premières ébauches du projet de loi sur la parité salariale a été critiquée comme étant indûment vague et incomplète. Les représentants de l'industrie craignaient que le Secrétaire au travail ne s'autorise de cette définition pour remettre en question la validité du système d'évaluation d'une société donnée. Aussi ont-ils insisté fortement pour que le projet soit amendé afin d'y inclure une exception visant les systèmes de classification des emplois ou encore pour y incorporer les termes de ces systèmes . . .

Il nous semble évident qu'en amendant la définition de fonctions équivalentes pour en arriver à la présente formulation, le Congrès a choisi de répondre directement à ces demandes [ . . . ] En fait, la preuve la plus révélatrice de l'intention du Congrès est que la définition amendée incorpore les termes spécifiques du plan d'évaluation des emplois décrit lors des audiences [ . . . ] savoir les notions de «qualifications», d'«effort», de «responsabilités» et de «conditions de travail».

Même si l'histoire législative de l'art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est comparativement moins documentée que sa contrepartie américaine, ce n'est sûrement pas par pure coïncidence que le législateur a utilisé les mêmes quatre termes—qualifications, efforts, responsabilités et conditions de travail—pour donner du corps au principe de l'égalité salariale pour des fonctions équivalentes au Canada. Ces termes indiquent qu'il est possible de recourir à des plans d'évaluation des emplois pour déterminer s'il s'agit

in *Employment* (1984), then judge Rosalie Abella noted this when she wrote (at p. 244):

The "equal value" approach calls for using job evaluations to examine pay structures in the labour force.

In no way can it be said however that the use of job evaluation plans is the only possible approach to s. 11 of the Act. Where the investigator relies on such a plan to assess the value of work, the Commission is not bound by his conclusions. Commenting upon the equal pay for work of equal value standard in s. 17(1) of the *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, c. L-1, the Saskatchewan Human Rights Commission stated in *Harmatiuk v. Pasqua Hospital* (1982), 4 C.H.R.R. D/1177, aff'd (1983), 4 C.H.R.R. D/1650 (Q.B.) (at pp. D/1180-81):

The equal pay standard is not dependent on classifications, point values or job titles, but rather on actual job requirements and performance. Job content is the controlling factor. The Act contains its own definition of equal work which is independent of any classification system. Thus, although the point values allocated to 2 jobs may add up to unequal totals, it does not necessarily follow that the work being performed in such jobs is unequal when the statutory tests of the equal pay standard are applied.

Though indicating approval of the use of job evaluation plans, s. 11 of the Act leaves the Commission ample flexibility to reject the conclusions of such a plan where it is of the opinion that a different result should be reached having regard to the components of skill, effort, responsibility and working conditions. A point-rating plan does not lock the Commission into an inescapable conclusion.

The use of a job evaluation plan typically involves a number of steps. The first step is called a job analysis. It is an examination of the job's requirements and duties. From that analysis, a job description is prepared, often with the participation of employees who are interviewed or are asked to fill out questionnaires. A set of compensable

de fonctions équivalentes au sens de l'art. 11. L'auteur du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984), Rosalie Abella, alors juge, souligne à la p. 271:

L'application du principe de «valeur égale» prévoit l'évaluation des postes pour examiner les structures salariales de la population active.

Il serait inexact cependant d'affirmer que le recours à des plans d'évaluation d'emploi est le seul moyen d'appliquer l'art. 11 de la Loi. D'ailleurs, lorsque l'enquêteur se fonde sur un plan de cette nature pour évaluer la valeur d'un emploi, la Commission n'est pas liée par ses conclusions. Dans *Harmatiuk v. Pasqua Hospital* (1982), 4 C.H.R.R. D/1177, confirmé à (1983), 4 C.H.R.R. D/1650 (B.R.) (aux pp. D/1180 et D/1181), la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan fait les commentaires suivants au sujet de la norme du salaire égal pour les fonctions équivalentes, contenue au par. 17(1) de la *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, chap. L-1:

[TRADUCTION] La norme de la parité salariale n'est pas fonction de la classification, du nombre de points attribués ou du titre d'un poste, mais bien des exigences réelles de l'emploi et du rendement. Le facteur clé est la nature de l'emploi. La définition de la notion de fonctions équivalentes prévue à la Loi est indépendante de tout système de classification. Ainsi, le fait que deux emplois n'obtiennent pas le même nombre de points ne signifie pas nécessairement que les fonctions qu'ils comportent sont nécessairement d'inégale valeur au regard des critères légaux de la parité salariale.

Ainsi, tout en permettant l'usage de plans d'évaluation des emplois, l'art. 11 de la Loi laisse à la Commission toute la latitude voulue pour rejeter les conclusions d'un plan semblable lorsqu'elle est d'avis qu'il y a lieu d'arriver à un résultat différent, eu égard aux qualifications, à l'effort, aux responsabilités et aux conditions de travail. La Commission ne saurait être liée inexorablement par un système de pointage.

L'application d'un plan d'évaluation d'emploi typique comporte un certain nombre d'étapes. La première étape, celle de l'analyse de l'emploi, consiste à en examiner les exigences et les fonctions. Une description d'emploi est alors préparée, souvent avec la participation d'employés que l'on rencontre ou à qui on fait remplir des questionnaires.

factors is then set up. These are the components related to the elements of "skill", "effort", "responsibility" and "working conditions" which together define the jobs under consideration for the purpose of the evaluation. The compensable factors are weighed in respect of each other for their relative importance to the job. The job description is scanned to identify the presence and importance of these compensable factors. A score is assigned for each compensable factor, corresponding to the importance of that factor in the job. The weighed total score corresponds to the value of the job.

All steps of such a job evaluation plan involve a measure of subjectivity. Social beliefs which have traditionally led to the undervaluing of women's work may bring a certain measure of bias in the design and application of these methods. To illustrate, job content information which is supplied by the employees can contain certain characteristics which, as a result of underlying values, may be overlooked in the assessment. There may be confusion between truly compensable characteristics and stereotyped notions of what are perceived to be inherent attributes of being a woman. The definition of the compensable factors and their respective weights is therefore critical to the assessment. Stereotypes may at this stage cause some compensable factors to be overvalued in comparison with others. The analyst's and the employee's values and perceptions may influence the data used in the plan.

In this connection, commenting on the accuracy of the job evaluation method, Rosalie Abella notes in her report that (*op. cit.*, at p. 250):

While this is theoretically a workable method, and is a great improvement over systems that compare jobs aspect-by-aspect, it is limited by the latitude for discretion it allows. Effort and responsibility are difficult to measure objectively.

Professor Ruth G. Blumrosen, in her article "Wage Discrimination, Job Segregation, and Title VII of the Civil Rights Act of 1964" (1979), 12

Des critères d'évaluation sont ensuite établis, lesquels sont des composantes reliées aux «qualifications», à l'«effort», aux «responsabilités» et aux «conditions de travail» et dont la combinaison sert à définir l'emploi examiné pour les fins de l'évaluation. Ces critères sont comparés les uns aux autres pour déterminer leur importance relative dans l'emploi. On examine ensuite la description de l'emploi afin d'y détecter la présence et l'importance de ces critères. Des points sont attribués à chacun d'eux, suivant son importance dans l'emploi. Le total des points correspond à la valeur de l'emploi.

Les étapes d'un plan d'évaluation d'emploi comportent toutes une certaine dose de subjectivité. En effet, les croyances sociales qui ont abouti à une sous-évaluation du travail des femmes peuvent être une source de préjugés dans l'élaboration et l'application de ces méthodes. Par exemple, les renseignements que fournissent eux-mêmes les employés au sujet de la nature de leur emploi peuvent présenter certaines caractéristiques qui, en raison de valeurs sous-jacentes, pourraient être négligées lors de l'évaluation. Il peut ainsi y avoir confusion entre des caractéristiques pertinentes aux fins de l'évaluation et certaines notions stéréotypées de ce que l'on perçoit comme des traits inhérents à la femme. La définition des critères d'évaluation et le poids respectif qu'on leur accorde revêtent donc une importance cruciale aux fins de l'évaluation. À ce stade, les stéréotypes peuvent entraîner la surévaluation de certains critères par rapport à d'autres. Il se peut ainsi que les valeurs et les perceptions de l'analyste et de l'employé colorent les données utilisées dans le plan.

À cet égard, Rosalie Abella fait les remarques suivantes quant à l'exactitude de la méthode d'évaluation des emplois (*op. cit.*, à la p. 279):

Quoiqu'en théorie cette méthode soit applicable et qu'elle représente une amélioration considérable par rapport aux méthodes qui comparent les emplois aspect par aspect, elle est limitée car elle donne trop de latitude à celui ou celle qui l'utilise. L'effort et la responsabilité, par exemple, sont difficiles à évaluer objectivement.

Le professeur Ruth G. Blumrosen exprime un même souci qu'elle expose plus en détail dans son article «Wage Discrimination, Job Segregation,

*U. Mich. J. L. Ref.* 397, expressed similar concerns in greater detail (at pp. 436-37):

Not all elements mentioned in a job description will be included in the selection of compensable factors. The choice of compensable factors may ignore the skills involved in typically women's work. The choice of factors and factor weights can have strong effects on the relative ranking of jobs and thus ultimately on the pay received for the job. . . .

Even when a factor is identified and selected, the importance of that factor in the job is subject to the vagaries of perception. White or male evaluators are more likely to better understand and appreciate the difficulties of traditional white or male jobs than traditional minority or women's jobs, and are likely to have a traditional disdain for "women's work" or "black jobs". [Footnote omitted.]

This criticism is echoed by Professors Bruce A. Nelson, Edward M. Opton and Thomas E. Wilson, in their study entitled "Wage Discrimination and the "Comparable Worth" Theory in Perspective" (1980), 13 *U. Mich. J. L. Ref.* 233, at p. 255:

Job evaluation systems are basically methods for systematizing and recording subjective judgments, and at each stage in the process—job analysis, job description, selection of compensable factors, weighting of compensable factors, and the selection of the breadth of jobs to which a particular system will be applied—the necessarily subjective judgments inevitably incorporate individual and societal biases. [Footnote omitted.]

The Commission itself seems to be aware of the possibility that bias can filter through the job evaluation plan. It proposes, in its Aiken Job Evaluation Manual, that "[b]oth sexes should be represented on a committee dealing with evaluations related to Section 11 of the Canadian Human Rights Act".

Before proceeding any further, I wish to stress that we are not called upon to approve or disapprove of the use of the Aiken method. The main question before this Court is whether the Commis-

and Title VII of the Civil Rights Act of 1964" (1979), 12 *U. Mich. J. L. Ref.* 397, aux pp. 436 et 437:

[TRANSDUCTION] Les éléments mentionnés dans une description d'emploi ne seront pas tous inclus dans les critères d'évaluation sélectionnés. Le choix d'un critère peut laisser dans l'ombre les qualifications qu'exige un travail typiquement féminin. Outre son choix, le poids attribué à un critère peut fortement influencer sur le niveau d'un poste et donc, en dernier lieu, sur le salaire versé pour celui-ci . . .

Même lorsqu'un critère est identifié et sélectionné, son importance dans le contexte de l'emploi est sujette aux caprices de la subjectivité. Les évaluateurs masculins ou de race blanche sont plus susceptibles de comprendre et de mesurer les difficultés que présentent les emplois dominés traditionnellement par les blancs ou les hommes que celles des emplois occupés traditionnellement par des femmes ou des représentants de minorités. Ils sont traditionnellement susceptibles de considérer avec dédain les emplois «féminins» ou «noirs». [Note omise.]

Les professeurs Bruce A. Nelson, Edward M. Opton et Thomas E. Wilson font écho à cette critique dans leur étude «Wage Discrimination and the «Comparable Worth» Theory in Perspective» (1980), 13 *U. Mich. J. L. Ref.* 233, à la p. 255:

[TRANSDUCTION] Les systèmes d'évaluation des emplois sont essentiellement des méthodes permettant la systématisation et le recensement de jugements subjectifs. À chaque étape de ce processus—analyse de l'emploi, description, sélection des critères d'évaluation, appréciation des critères retenus, choix de l'éventail des emplois auxquels sera appliqué un système particulier—ces jugements forcément subjectifs reflètent inévitablement des préjugés individuels et sociétaux. [Note omise.]

La Commission elle-même semble consciente de la possibilité que des préjugés se glissent dans un plan d'évaluation d'emploi. Dans son Manuel Aiken d'évaluation des emplois, elle propose en effet que «des personnes des deux sexes [fassent] partie des comités chargés d'effectuer des évaluations en rapport avec la Section 11 de la Loi canadienne des droits de la personne» (*sic*).

Avant d'aller plus loin, je dois insister sur le fait que nous ne sommes pas ici appelés à approuver ou désapprouver l'utilisation de la méthode Aiken. La question principale posée à la Cour est de savoir si

sion failed to observe a principle of natural justice in dealing with the appellant's complaint.

The concept of equal value is central to the statutory prohibition against wage discrimination. At the same time, the evaluation of the worth of work is extremely delicate being as it is inherently subjected to individual bias and sexual stereotyping. In these circumstances, fairness requires that the job evaluation process be subjected to the purifying effect of the adversarial process. The vulnerability of the job evaluation plan method to individual bias and sexual stereotyping is best minimized by allowing the parties concerned an opportunity to tailor the elements of the testing to the special circumstances of each particular case. The Commission is accordingly under a duty to disclose to the parties concerned how it proposes to interpret the statutory principle of equal pay for work of equal value. Further, the parties concerned must be allowed to make an informed response to the Commission's interpretation and to urge upon it their own interpretation of the law.

The duty to disclose the legal basis of an administrative body's action was discussed by the Ontario Court of Appeal in *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355. That case concerned a complaint lodged under the provisions of the *Employment Standards Act*, S.O. 1974, c. 112. The complainant alleged that her employer was paying her less than male employees hired at the same time and performing substantially the same work. Graydon, an employment standards officer, was appointed to investigate the matter. She initially interviewed the complainant to review the complaint and request further information. On the basis of this interview and following an investigation, the officer found that for a short time the complainant was indeed paid lower wages for identical work. However, the officer felt that the overall difference was too trivial to justify an adjustment of the remuneration. The complaint was ultimately rejected by Graydon. An application for judicial review was then taken against this decision. The Divisional Court dismissed the applica-

la Commission a violé un principe de justice naturelle dans son examen de la plainte de l'appelant.

Le concept de valeur égale est au cœur de l'interdiction légale de la discrimination salariale. En même temps, l'évaluation de la valeur d'un emploi est une tâche extrêmement délicate en ce qu'elle est la proie naturelle des préjugés individuels et des stéréotypes sexuels. Étant donné ces circonstances, l'équité exige que ce processus d'évaluation soit soumis à l'effet purificateur du débat contradictoire. Le meilleur moyen de minimiser la vulnérabilité de la méthode d'évaluation face aux préjugés individuels et aux stéréotypes sexuels est de fournir aux parties concernées la possibilité d'adapter les éléments de l'évaluation aux circonstances particulières de chaque cas. En conséquence, la Commission est dans l'obligation de révéler aux intéressés l'interprétation qu'elle se propose de donner au principe, reconnu dans la Loi, de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale. De plus, les parties concernées doivent avoir la possibilité de répondre en toute connaissance de cause à l'interprétation de la Commission et de faire valoir leur propre interprétation.

L'obligation de révéler le fondement juridique de l'action d'un organisme administratif a été étudiée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355. Il s'agissait d'une plainte portée en vertu des dispositions de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.O. 1974, chap. 112; la plaignante alléguait que son employeur lui versait un salaire moins élevé qu'aux hommes engagés à la même époque et accomplissant essentiellement les mêmes fonctions. Madame Graydon, un agent des normes d'emploi, fut chargée de l'enquête. Elle rencontra d'abord la plaignante pour examiner la plainte avec elle et obtenir de plus amples renseignements. Se fondant sur cette entrevue et les résultats de son enquête, l'agent conclut que, pendant une courte période, la plaignante avait effectivement reçu un salaire inférieur pour des fonctions identiques. Elle estimait, cependant, que l'écart global était trop minime pour justifier un ajustement de la rémunération. Finalement elle rejeta la plainte. Une demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre de cette

tion. On appeal to the Court of Appeal, a majority allowed the appeal and set aside the employment standards officer's decision.

Delivering the judgment of the majority, Blair J.A. said (at pp. 374-75):

Generally, in a claim for "equal pay for equal work", more will be required than a bare mechanical recitation of facts referable to the wages and duties of a female complainant and her male counterparts. A qualitative judgment is required to determine what "work" was performed by the complainant and to decide whether that work was "substantially the same" as that of male employees. The complainant is entitled to know on what bases the comparisons are made; the criteria used in evaluating the work performed by various employees; and, as I previously emphasized, the way in which the officers interpret and apply the Act to her case. [Emphasis added.]

Wilson J.A. (as she then was) concurred and added the following remarks (at p. 377):

In my view the employment standards officers should have told the appellant how they proposed to apply the Act, again prior to their final adjudication, and given her an opportunity to put before them for their consideration any other interpretation of which the language of the section was susceptible and which might be more favorable to her cause. The employment standards officers were free, of course, to reject the alternative interpretation in making their adjudication but I think the rules of natural justice, and particularly the rule *audi alteram partem*, required them to hear it. I believe, in other words, that it was not the factual basis alone that the appellant was entitled to respond to but also the legal basis of the employment standards officers' decision. [Emphasis added.]

Although this duty is anchored in the common law, it finds additional support in the legislation, more particularly s. 22(2) of the *Canadian Human Rights Act*, which gives the Commission the power to issue binding guidelines:

22. ...

(2) The Commission may, at any time on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting forth the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision

décision fut rejetée par la Cour divisionnaire. Saisie à son tour, la Cour d'appel accueillit l'appel à la majorité et annula la décision de l'agent des normes d'emploi.

<sup>a</sup> Le juge Blair au nom de la majorité a déclaré (aux pp. 374 et 375):

[TRADUCTION] De façon générale, dans une plainte dénonçant une situation de disparité salariale pour des fonctions équivalentes, on exigera davantage qu'une simple énumération de faits relatifs aux salaires et fonctions de la plaignante et de ses collègues masculins. Il faut porter un jugement qualitatif afin de déterminer la nature du «travail» accompli par la plaignante et décider si ce travail est «essentiellement le même» que celui qu'accomplissent les employés masculins. La plaignante a le droit de savoir comment les comparaisons sont faites; quels critères d'évaluation du travail accompli par différents employés ont été utilisés ainsi que, comme je l'ai déjà souligné, comment les agents interprètent et appliquent la Loi à son cas. [Je souligne.]

Le juge Wilson (maintenant de notre Cour) a souscrit à ses motifs et ajouté la remarque suivante (à la p. 377):

<sup>e</sup> [TRADUCTION] À mon avis, les agents des normes d'emploi auraient dû expliquer à l'appelante de quelle manière ils se proposaient d'appliquer la Loi, avant de rendre leur décision finale, et lui donner l'occasion de soumettre à leur attention toute autre interprétation susceptible d'être plus favorable à sa cause. Les agents auraient, bien sûr, été libres de rejeter l'interprétation proposée en rendant leur décision mais j'estime qu'en vertu des règles de justice naturelle, et particulièrement la règle *audi alteram partem*, ils se devaient de l'entendre. En d'autres termes, je crois que l'appelante avait non seulement le droit de répondre au fondement factuel de la décision des agents des normes d'emploi, mais également à son fondement juridique. [Je souligne.]

<sup>h</sup> Bien que cette obligation soit ancrée en *common law*, elle trouve également appui dans la loi, plus particulièrement au par. 22(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui confère à la Commission le pouvoir de prononcer des ordonnances contraignantes:

22. ...

<sup>i</sup> (2) Dans un cas ou une série de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser les limites et les modalités de



of this Act applies in a particular case or in a class of cases described in the guideline and any such guideline is . . . binding on the Commission . . . .

This provision indicates Parliament's intent to give complainants the opportunity to be informed in advance of the legal principles guiding the Commission on a particular point. In adopting the *Equal Wages Guidelines*, the Commission did fulfill the legislative intent embodied in s. 22(2) to some extent. However, in such a case as the present one, Parliament's will is fully complied with by informing complainants at the beginning or other proper stage of the investigation of the Commission's proposed interpretation of the standards of "skill", "effort", "responsibilities" and "working conditions". In short, the rules of the game must be known before the game is played.

In *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, *supra*, this Court acknowledged a concession made by the Commission at the hearing (at p. 410):

It [the Commission] also acknowledges that procedural fairness requires that the complainant be provided with an opportunity to make submissions, at least in writing, before any action is taken on the basis of the report; however, a hearing is not necessarily required. Finally, the Commission acknowledges that in order to ensure that such submissions are made on an informed basis, it must, prior to its decision, disclose the substance of the case against the party. [Emphasis added.]

In my view, *Radulesco* set no ceiling but simply recognized minimum requirements which were quite properly conceded by the Commission. The early disclosure of the legal basis for the proposed administrative action is quite consistent with the spirit of the Commission's concession in that case.

In order to determine whether the Commission satisfied its disclosure requirement, it is first necessary to describe fully the methodology it adopted. The Commission assessed the accuracy of the job evaluation plan previously used by the employer to classify the positions in both sections. To this end, the Commission relied on the result of another evaluation plan known as the Aiken plan. That

l'application de la présente loi dans des ordonnances qui [...] lient la Commission . . .

<sup>a</sup> Cette disposition traduit l'intention du législateur de permettre aux plaignants d'être informés au préalable des principes de droit qui guident la Commission sur un point particulier. En édictant les *Ordonnances sur l'égalité de rémunération*, la Commission a, dans une certaine mesure, donné suite à cette intention législative. Cependant, dans un cas comme l'espèce, la volonté du législateur n'est pleinement respectée que si les plaignants, dès l'ouverture de l'enquête ou à tout autre moment opportun, sont informés de l'interprétation que la Commission se propose de donner aux normes de «qualifications», d'«effort», de «responsabilités» et de «conditions de travail». En somme, les règles du jeu doivent être connues avant le début de la partie.

<sup>e</sup> Dans *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, précité, notre Cour a pris acte de la concession suivante faite par la Commission à l'audience (à la p. 410):

<sup>f</sup> Elle [la Commission] reconnaît en outre que l'équité dans la procédure exige qu'un plaignant ait la possibilité de présenter des arguments, du moins par écrit, avant qu'on donne suite au rapport; toutefois, la tenue d'une audience n'est pas obligatoire. En dernier lieu, la Commission reconnaît que, pour s'assurer que ces arguments sont produits en connaissance de cause, elle doit, avant de rendre sa décision, révéler à l'intéressé les éléments essentiels de la preuve produite contre lui. [Je souligne.]

<sup>g</sup> À mon avis, *Radulesco* n'établit pas d'exigence maximale mais reconnaît simplement les exigences minimales que la Commission a eu raison de concéder. La divulgation préalable du fondement juridique de l'action administrative proposée est tout à fait conforme à l'esprit de la concession qu'a faite la Commission dans cette affaire.

<sup>i</sup> Afin de déterminer si la Commission a respecté cette obligation de divulgation, il faut d'abord faire une description complète de la méthode utilisée. La Commission a vérifié l'exactitude du plan d'évaluation d'emploi que l'employeur avait utilisé auparavant pour classer les postes dans les deux sections. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur les résultats d'un autre plan d'évaluation, connu sous

plan, in the Commission's view, was "relatively bias-free". Therefore, to the extent that the classification of the jobs under the employer's plan was identical to that under the Aiken plan, the Commission felt it was authorized to conclude that there was no wage discrimination.

While this general strategy was disclosed to the appellant in the early stages of the investigation, the actual methodology of the Aiken plan was withheld from the appellant at that time. As of April 22, 1982, some eighteen months after the complaint had been filed, the Commission replied as follows to appellant's request to have access to the methodology:

[TRANSLATION] As regards the Aiken plan, I must point out that it is the property of the Treasury Board of Canada and for this reason we cannot supply you with a copy. We would however suggest that you direct your request to that agency . . . Needless to say, we will be using another evaluation plan in the investigation, probably our own, and we will of course send you a copy at that time.

Less than 6 months later, by October 19, 1982, the evaluation had been performed and the results militated in the investigator's view in favour of dismissing the complaint. A formal recommendation to this effect was issued on November 17, 1982. On December 23, 1982, a copy of this recommendation was forwarded to appellant, along with the plan used by the investigator to reach its conclusion:

[TRANSLATION] We also enclose herewith a copy of the evaluation plan used by us in comparing the positions.

At no time before this recommendation had appellant had an informed opportunity to respond to the legal basis of the Commission's action.

Without pausing to solicit appellant's arguments on the conformity of the method with s. 11 of the Act, the Commission then undertook a more extensive study of the employer's classification system, expanding the original sample to cover a greater number of jobs in the sections. Again, the Aiken plan was used to assess the value of these

le nom de plan Aiken. De l'avis de la Commission, ce plan était «relativement exempt de préjugés». Dans la mesure donc où la classification des emplois en vertu du plan de l'employeur était identique à celle du plan Aiken, la Commission s'est crue autorisée à conclure à l'absence de discrimination salariale.

Les grandes lignes de cette stratégie ont été dévoilées à l'appellant dès les premières étapes de l'enquête, mais la méthode du plan Aiken n'a pas été portée à sa connaissance à cette époque. Le 22 avril 1982, soit environ dix-huit mois après le dépôt de la plainte, la Commission répondait ainsi à l'appellant qui demandait d'avoir accès à cette méthode:

En ce qui a trait au plan Aiken, je tiens à vous signaler qu'il est propriété du Conseil du Trésor du Canada et que pour cette raison, nous ne pouvons pas vous en remettre une copie. Nous vous invitons cependant à diriger votre demande auprès de cet organisme. [ . . . ] Il va sans dire que nous utiliserons au cours de l'enquête un deuxième plan d'évaluation, probablement le nôtre, et soyez assuré que nous vous en ferons alors parvenir une copie.

Moins de six mois plus tard, le 19 octobre 1982, l'évaluation était terminée et, selon l'enquêteur, les résultats militaient en faveur du rejet de la plainte. Une recommandation officielle en ce sens a été faite le 17 novembre 1982. Le 23 décembre 1982, copie de cette recommandation était adressée à l'appellant, ainsi qu'une copie du plan utilisé par l'enquêteur pour parvenir à sa conclusion:

Nous vous faisons également parvenir par la même occasion une copie du plan d'évaluation que nous avons utilisé pour la comparaison des postes.

Avant la formulation de cette recommandation l'appellant n'avait jamais eu la possibilité de prendre connaissance du fondement juridique de l'action de la Commission et d'y répondre.

Sans même s'arrêter pour permettre à l'appellant de soumettre ses arguments quant à la conformité de la méthode utilisée au regard de l'art. 11 de la Loi, la Commission a tout de suite entrepris un examen plus approfondi du système de classification de l'employeur, élargissant l'échantillon original pour couvrir un plus grand nombre d'emplois

jobs and the results were compared to the employer's classification. By March 23, 1984, the investigator again concluded from the test results that no wage discrimination had occurred and recommended the dismissal of the complaint.

Only at this stage was the appellant afforded any opportunity to submit arguments in respect of the concept of equal value. The Commission had still not openly stated its interpretation of that legal standard.

The Aiken plan which was ultimately communicated to the appellant shows the complexity of the evaluation and the many possibly different outcomes of the process. Under that plan, the factor of "skill" is broken down into "complexity-judgment", "education" and "experience"; "effort", into "initiative" and "physical and mental demands"; and "responsibilities", into "result of errors", "contacts" and "supervision (character and scope)". The factor of "working conditions" remains entire, and as a result there is a total of nine compensable factors. Each of these factors in the Commission's Aiken plan is allocated a range of possible scores. "Complexity-judgment" ranges from 10 to 150; "education", from 10 to 120; "experience", from 5 to 150; "initiative", from 10 to 90; "physical and mental demands", from 5 to 30; "result of errors", from 5 to 100; "contacts", from 5 to 100; "supervision", from 5 to 80 for "character", and from 5 to 50 for "scope"; and "working conditions", from 5 to 40. As can readily be seen, the relative weights of each of the factors prescribed by s. 11 of the Act are unequal, being far more important in the case of "skill" and "responsibilities" than they are in the case of "effort" and "working conditions".

It is true as my colleague Sopinka J. points out that appellant made written submissions on a number of points in relation to the use of the Aiken plan. However these submissions were allowed only after the investigation had proceeded on the basis that the Aiken plan was the only appropriate method to assess whether work is of equal value under s. 11, and that the choice of

dans chacune des sections. De nouveau, le plan Aiken a servi d'instrument de mesure et on a comparé les résultats ainsi obtenus à la classification de l'employeur. Le 23 mars 1984, l'enquêteur a conclu de nouveau, au vu des résultats, qu'il n'y avait pas eu de discrimination salariale, et recommandait le rejet de la plainte.

Ce n'est qu'à ce stade que l'appelant a eu la possibilité d'argumenter sur la notion de valeur égale. Mais la Commission n'avait pas encore ouvertement formulé son interprétation de cette norme légale.

Le plan Aiken, finalement communiqué à l'appelant, montre bien la complexité de l'évaluation et les différents résultats possibles auxquels ce processus peut aboutir. Dans ce plan, le facteur «connaissances et aptitudes» est subdivisé en «complexité et jugement», «formation», et «expérience»; le facteur «efforts» comprend l'«initiative» et les «exigences physiques et mentales»; le facteur «responsabilités» est divisé en «conséquences des erreurs», «contacts» et «surveillance (nature et portée)». L'élément «conditions de travail», enfin, ne comporte aucune subdivision. Il y a donc en tout neuf critères d'évaluation, auxquels chacun se voit attribuer une échelle de points. Ainsi, «complexité et jugement», va de 10 points à 150 points; le facteur «formation» de 10 à 120, «expérience», de 5 à 150, «initiative», de 10 à 90, «exigences physiques et mentales» de 5 à 30, «conséquences des erreurs», de 5 à 100, «contacts» de 5 à 100, «surveillance», de 5 à 80 pour la «nature» et de 5 à 50 pour la «portée», et enfin «conditions de travail», de 5 à 40. Comme on peut aisément le constater, le poids relatif de chacun de ces critères énoncés à l'art. 11 de la Loi varie, les facteurs «qualifications» et «responsabilités» étant beaucoup plus importants que les facteurs «efforts» et «conditions de travail».

Il est vrai, comme le souligne mon collègue, le juge Sopinka, que l'appelant a soumis une argumentation écrite sur un certain nombre de points relatifs à l'utilisation du plan Aiken. Cependant, sa présentation n'a été autorisée qu'après la fin d'une enquête menée en prenant pour acquis que ce plan était la seule méthode valable d'évaluation de l'équivalence des fonctions au regard de l'art. 11 et

compensable factors and their relative weights by the Commission were the correct ones in light of that provision. A consideration of appellant's arguments could have involved setting aside all the data so far collected and the analysis that had been done. Given the amount of time and effort spent on the investigation, it was hardly realistic to assume that at that point the process could have started afresh taking into consideration appellant's submissions contesting the basis of the investigator's report as not in accordance with the proper interpretation of s. 11.

These submissions were as follows. First the appellant submitted that the work performed by Section costumes and Section décors aims at the same objective, namely the production of a television show. Thus, the predominantly female employees in Section costumes and the predominantly male employees of Section décors "work . . . at jobs having the same objective" and the jobs are of equal value because they contribute equally to the production:

[TRANSLATION] . . . it should be noted that the handling and making of costumes are tasks as important in the production of a television program as the handling and making of scenery, if not more so. Makeup and costumes are frequently in the foreground on a television screen.

Second, assuming that the Aiken method was to be adopted as the appropriate legal standard under s. 11, appellant submitted that a number of true compensable characteristics were not caught by the subdivision of factors defined in the Commission's interpretation of that plan. For instance, the ability of employees in Section costumes to adapt to a flexible allocation of work, the resourcefulness of these employees, as well as the dexterity and speed with which they are required to perform the work were said to have been overlooked by the Aiken plan. In addition, appellant contested the factor of "experience". This factor, according to the appellant, was biased against women:

[TRANSLATION] It is amazing to discover that when female personnel take less time to attain the level required to perform duties effectively, they are given a

que le choix de la Commission, quant aux critères d'évaluation et à leur poids respectif, était également approprié à la lumière de cette disposition. Or, prendre en considération les arguments de l'appellant aurait pu signifier le rejet de toutes les données recueillies et des analyses faites jusqu'alors. Vu le temps et les efforts consacrés à l'enquête, il n'était pas réaliste de penser qu'à ce stade, le processus aurait pu repartir à zéro pour tenir compte des allégations de l'appellant selon lesquelles le fondement même du rapport d'enquête n'était pas conforme à l'interprétation correcte de l'art. 11.

L'appellant a présenté l'argumentation suivante. En premier lieu, il a fait valoir que le travail effectué dans la Section costumes et dans la Section décors visait le même objectif, savoir la production d'émissions de télévision. Ainsi, les employés majoritairement féminins de la Section costumes et ceux majoritairement masculins de la Section décors «effectuent un travail ayant la même finalité» et leurs fonctions sont équivalentes parce qu'elles contribuent également à la production:

. . . il est important de rappeler que la manipulation et fabrication des costumes sont des tâches aussi importantes, sinon plus, dans la production d'une émission de télévision que les tâches de manipulation et fabrication de décors. Les maquillages et costumes sont très souvent au premier plan de l'écran de télévision.

En second lieu, à supposer que la méthode Aiken soit reconnue comme la norme juridique appropriée en vertu de l'art. 11, l'appellant soutenait néanmoins que bon nombre de caractéristiques pertinentes aux fins de l'évaluation n'étaient pas prises en considération dans les facteurs que la Commission avait établis pour interpréter le plan. Le plan Aiken n'aurait pas permis, par exemple, de faire ressortir la capacité des employés de la Section costumes de s'adapter à une répartition souple du travail, leur ingéniosité, leur dextérité de même que la vitesse à laquelle s'effectue le travail. De plus, l'appellant a contesté le critère «expérience», prétendant qu'il dénotait un préjugé sexiste:

Il est étonnant de constater que lorsque le personnel féminin prend moins de temps pour atteindre le niveau requis pour s'acquitter convenablement des fonctions, ce

lower rating and so in short are less well paid. On the other hand, when male personnel due to lack of ability or for other reasons take a long time to attain the required level, they are given a higher rating. [Emphasis in original.]

Third, as regards the respective weights of the nine compensable factors which were defined by the Commission, appellant argued that s. 11 requires the assignment of an equal weight to each of the four groups of compensable factors specified in the Act:

[TRANSLATION] It is also necessary, bearing in mind that the Act does not discriminate between criteria, that equal weight be given to each, namely 25% for qualifications, 25% for effort, 25% for responsibilities and 25% for working conditions. We wish to stress that neither the employer's old evaluation plan nor the AIKEN plan provides this parity. They both weight the single criterion of "Qualifications" at about 60%.

To summarize, at no time was the appellant involved in the selection of compensable factors or the respective weighing of these factors. While the methodology was eventually disclosed to the appellant, this was done only after the job evaluation process had been initiated. As the evaluation process involved the participation of a large number of employees and took a considerable amount of time to complete, it was unrealistic to hope that appellant's interpretation of s. 11 would in fact be taken into account by the Commission before reaching a decision. From the beginning the Commission proceeded as if its own interpretation of the legal standard of equal value under s. 11 was not for discussion nor to be submitted to argument. This in my view does not satisfy the standard set in *Re Downing and Graydon*. Consistent with that case as well as the minimum duty acknowledged in *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, appellant should have been allowed to make informed submissions with respect to the legal standard of equal value under s. 11, and, if the Aiken method was chosen as that standard, then appellant should also have been heard on the selection and relative weight of the compensable factors as well. Any other aspect of the methodology proposed to be adopted by the Commission

personnel est évalué à un degré inférieur donc moins bien rémunéré au bout du compte. À l'inverse, lorsque, par manque d'habileté ou autrement, le personnel masculin prend beaucoup de temps pour atteindre le niveau requis, il est évalué aux niveaux supérieurs. [Souligné dans l'original.]

En troisième lieu, en ce qui a trait au poids respectif des neuf facteurs d'évaluation définis par la Commission, l'appelant a prétendu qu'il fallait, en vertu de l'art. 11, accorder une importance égale à chacun des quatre groupes de critères énumérés dans la Loi:

Il faut de plus que, étant gardé à l'esprit que la loi n'est pas discriminatoire d'un critère à l'autre, chacun des critères ait un poids égal, à savoir 25 % pour les qualifications, 25 % pour les efforts, 25 % pour les responsabilités et 25 % pour les conditions de travail. Nous tenons à souligner que ni l'ancien plan d'évaluation de l'employeur ni le plan AIKEN ne rencontre cette dernière parité. L'un et l'autre accorde un poids d'environ 60 % au seul critère «Qualifications».

En résumé, l'appelant n'a pris part à aucun moment à la sélection des facteurs d'évaluation ni à l'attribution de leur poids respectif. Même si la méthode utilisée lui a finalement été divulguée, il n'a pu en prendre connaissance qu'une fois effectué le processus d'évaluation des emplois. Étant donné le grand nombre d'employés ayant participé au processus et le temps considérable qui lui a été consacré, il était irréaliste d'espérer que la Commission tiendrait effectivement compte de l'interprétation de l'art. 11 proposée par l'appelant avant de rendre sa décision. Dès le départ, la Commission a agi comme si sa propre interprétation de la norme juridique de l'équivalence prévue à l'art. 11 échappait au débat. À mon avis, cela ne respecte pas la norme établie dans *Re Downing and Graydon*. Conformément à cet arrêt ainsi qu'à l'obligation minimale reconnue dans *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, l'appelant aurait dû être autorisé à présenter, en connaissance de cause, des arguments concernant la norme juridique de l'équivalence prescrite à l'art. 11. De plus, si la norme choisie était la méthode Aiken, l'appelant aurait dû avoir la possibilité de se faire entendre sur les questions de la sélection et du poids relatif des critères d'évaluation. À cette même audience, on aurait pu débattre

which the parties might have felt could unfairly prejudice the assessment of the value of the work could also be dealt with at such a hearing. Such a hearing should have been granted either orally or in writing, so as to give the parties concerned an effective means of advancing their own interpretation of the applicable legal standard before the investigation could proceed.

For these reasons, I am of the view that the Commission failed to observe a principle of natural justice in proceeding without affording such an opportunity to the appellant and that its decision must accordingly be set aside.

On the whole, I would allow the appeal, quash the decision of the Federal Court of Appeal dismissing the application for judicial review. Exercising that court's powers under s. 28(1) of the *Federal Court Act* I would set aside the decision of the Commission and remit the matter to it for further consideration.

*Appeal dismissed with costs, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Russell G. Juriansz and Anne Trottier, Ottawa.*

*Solicitors for the mis en cause: Gaspard Côté and Raymond Piché, Montréal.*

tout autre aspect de la méthode proposée par la Commission et risquant, aux yeux des parties, de fausser l'évaluation des fonctions. L'audience aurait pu se tenir oralement ou par écrit, mais de façon à ce que les parties concernées puissent faire valoir efficacement, avant le début de l'enquête, leur propre interprétation de la norme juridique applicable.

Pour ces motifs, j'estime que la Commission a violé un principe de justice naturelle en procédant sans fournir cette possibilité à l'appelant et, en conséquence, sa décision doit donc être annulée.

Sur le tout, j'accueillerais le pourvoi et j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel fédérale rejetant la demande de révision judiciaire. En outre, exerçant les pouvoirs qui sont conférés à cette cour par le par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, j'annulerais la décision de la Commission et lui renverrais l'affaire pour reconsidération.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelant: Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Russell G. Juriansz et Anne Trottier, Ottawa.*

*Procureurs des mis en cause: Gaspard Côté et Raymond Piché, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Robert Frank Docherty** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DOCHERTY

File No.: 20810.

1989: March 15; 1989: October 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Criminal law — Mens rea — Wilful non-compliance with probation order — Failure to keep the peace and to be of good behaviour — Charge arising because of conviction of having care and control of vehicle while impaired — Accused believing vehicle could not be started — Whether s. 666(1) an offence requiring its own mens rea or one automatically following conviction for any Criminal Code offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 19, 236(1), 663(2), 666(1), 722(1).*

Respondent, who had been found sitting in an automobile apparently in an intoxicated state, pleaded guilty to having the care and control of a motor vehicle while legally impaired contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. An information was sworn against him alleging that he "did unlawfully and wilfully fail to comply" with a probation order which required him to "keep the peace and be of good behaviour". The commission of the offence under s. 236 of the *Criminal Code* was the basis relied on for the alleged breach of s. 666(1).

At his trial for the s. 666(1) offence, respondent testified that when he committed the s. 236 offence he was unaware that he was breaking the law because he believed that the car could not be started. The trial judge noted that there was evidence to support his belief and acquitted respondent of the s. 666(1) offence on the ground that he lacked the requisite *mens rea*. An appeal by the Crown by way of stated case before the Newfoundland Court of Appeal was dismissed. At issue here is whether s. 666(1) of the *Criminal Code* is to be interpreted as an offence requiring its own *mens rea* or as an offence which automatically follows upon a con-

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*

c.

**Robert Frank Docherty** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. DOCHERTY

N° du greffe: 20810.

1989: 15 mars; 1989: 12 octobre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

*Droit criminel — Mens rea — Non-respect volontaire d'une ordonnance de probation — Omission de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite — Accusation découlant d'une déclaration de culpabilité d'avoir eu, en état d'ébriété, la garde et le contrôle d'un véhicule — Croyance de l'accusé que le véhicule ne pouvait être mis en marche — L'article 666(1) crée-t-il une infraction qui exige sa propre mens rea ou une infraction qui découle automatiquement d'une déclaration de culpabilité d'une infraction au Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19, 236(1), 663(2), 666(1), 722(1).*

L'intimé, qui avait été trouvé assis dans une automobile alors qu'il était apparemment en état d'ébriété a plaidé coupable à l'accusation d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'il était en état d'ébriété contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. Une dénonciation a été faite sous serment contre l'intimé dans laquelle on alléguait qu'il «avait illégalement et volontairement omis de se conformer» à une ordonnance de probation lui enjoignant de «ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite». C'est sur la perpétration de l'infraction visée à l'art. 236 du *Code criminel* qu'on s'est fondé pour prétendre qu'il y a eu violation du par. 666(1).

Lors de son procès relatif à l'infraction visée au par. 666(1), l'intimé a témoigné qu'au moment où il a commis l'infraction visée à l'art. 236, il ignorait qu'il violait la loi parce qu'il croyait que la voiture ne pouvait être mise en marche. Le juge du procès a souligné qu'il y avait des éléments de preuve à l'appui de cette croyance de l'intimé et il l'a acquitté de l'infraction visée au par. 666(1) pour le motif qu'il n'avait pas la *mens rea* nécessaire. L'appel interjeté par le ministère public par voie d'exposé de cause devant la Cour d'appel de Terre-Neuve a été rejeté. Il s'agit en l'espèce de savoir si le par. 666(1) du *Code criminel* doit être interprété comme

viction for any *Criminal Code* offence or other deliberate act which constitutes a violation of the conditions of a probation order.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Section 666 requires a relatively high level of *mens rea*. The term "wilfully" denotes a relatively high level of *mens rea* requiring persons on probation to have formed the intent to breach the terms of the probation order and to have had that purpose in mind while doing so. The requirement of "refusing" to comply with a probation order also denotes some form of guilty knowledge for it is necessary to know what is not being complied with. The fact that imprisonment may be imposed under s. 722 of the *Code* for conviction under s. 666(1) too indicates a higher level of *mens rea*.

The purpose of s. 666(1) is clearly to achieve compliance with probation orders and the *Code* goes to great length to ensure that the accused is fully aware of the terms of his or her probation order. A person can hardly be deterred from wrongdoing where he or she has no awareness of doing anything wrong. Persons who unknowingly violate the terms of their parole should not be convicted.

The *mens rea* of s. 666(1) requires that an accused intend to breach his probation order: the accused must have known that he was bound by the probation order and that it contained a term which would be breached by his proposed conduct. The *mens rea* of the underlying offence cannot be treated as the intent required under s. 666(1). The conviction for the underlying offence constitutes the *actus reus* under s. 666(1) and establishes that the accused violated the terms of his parole. That conviction is not *prima facie* evidence of an intent to breach the probation order which is quite different from the intention to commit the *actus reus* of the underlying offence. Because direct evidence is almost always difficult to obtain, the Crown may ask the court, absent any evidence to the contrary, to infer intent from the fact of the conduct but any doubt must be resolved in favour of the accused.

créant une infraction qui exige sa propre *mens rea* ou comme créant une infraction qui découle automatiquement d'une déclaration de culpabilité à l'égard de toute infraction visée au *Code criminel* ou de tout autre acte délibéré qui constitue une violation des conditions d'une ordonnance de probation.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

L'article 666 exige un niveau relativement élevé de *mens rea*. L'adverbe «volontairement» indique un niveau relativement élevé de *mens rea* en vertu duquel ceux qui sont soumis à l'ordonnance de probation doivent avoir formé l'intention d'en violer les conditions et avoir eu cet objectif à l'esprit lorsqu'ils l'ont fait. L'exigence du «refus» de se conformer à une ordonnance de probation indique également une certaine forme de connaissance coupable car il est nécessaire de connaître ce à quoi on ne se conforme pas. Le fait qu'une peine d'emprisonnement peut être imposée en vertu de l'art. 722 du *Code* pour une déclaration de culpabilité en vertu du par. 666(1) indique également un niveau plus élevé de *mens rea*.

Le paragraphe 666(1) a clairement pour but d'assurer le respect des ordonnances de probation et le *Code* traduit les efforts que le législateur a déployés pour s'assurer que l'accusé connaisse bien les conditions de son ordonnance de probation. Une personne peut difficilement être dissuadée de commettre un méfait quant elle ignore qu'elle fait quelque chose de mal. Les personnes qui, inconsciemment, violent les conditions de leur probation ne devraient pas être reconnues coupables.

La *mens rea* visée au par. 666(1) exige qu'un accusé ait l'intention de violer son ordonnance de probation: il doit avoir su qu'il était soumis à l'ordonnance de probation et que celle-ci contenait une condition à laquelle il dérogerait s'il adoptait une certaine conduite. La *mens rea* de l'infraction sous-jacente ne peut être traitée comme l'intention requise en vertu du par. 666(1). La déclaration de culpabilité relative à l'infraction sous-jacente constitue l'*actus reus* aux termes du par. 666(1) et prouve que l'accusé a violé les conditions de son ordonnance de probation. Cette déclaration de culpabilité ne constitue pas une preuve suffisante à première vue de l'intention de violer l'ordonnance de probation, qui est tout à fait différente de l'intention de commettre l'*actus reus* de l'infraction sous-jacente. Parce qu'il est presque toujours difficile d'obtenir une preuve directe, le ministère public peut demander à la cour, en l'absence d'un élément de preuve contraire, de déduire l'existence de l'intention de la conduite adoptée, mais tout doute doit bénéficier à l'accusé.



Section 19 of the *Criminal Code* provides that ignorance of the law is not an excuse for committing an offence. Section 666(1), however, constitutes an exception to the general rule expressed in s. 19 in a case where the commission of a criminal offence is relied on as the *actus reus* under the section. Where knowledge is itself a component of the requisite *mens rea*, the absence of knowledge provides a good defence.

#### Cases Cited

**Applied:** *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231; *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; **considered:** *R. v. Stone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 249; **referred to:** *R. v. Piche* (1976), 31 C.C.C. (2d) 150; *R. v. McNamara* (1982), 66 C.C.C. (2d) 24; *R. v. Bara* (1981), 58 C.C.C. (2d) 243; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Butkans v. The Queen*, [1972] 4 W.W.R. 262; *R. v. Sugg* (1986), 28 C.C.C. (3d) 569; *Shaver v. The Queen* (1977), 4 B.C.L.R. 354.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 19, 236(1), 663(2), (4), 666(1), 772(1).

#### Authors Cited

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 232, dismissing an appeal from acquittal by Scott Prov. Ct. C.J. Appeal dismissed.

*Robert Hyslop, Q.C.*, for the appellant.

*Evan Kipnis*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The sole issue to be resolved in this appeal is the requisite *mens rea* for the offence of wilfully failing or refusing to comply with a probation order contrary to s. 666(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (since renumbered s. 740(1), R.S.C., 1985, c. C-46). More specifically, this Court is asked to determine whether commission of a criminal offence by a person required by his probation order to “keep the peace and be of good behaviour” is sufficient to ground a breach of s. 666(1) regardless of the mental element

L'article 19 du *Code criminel* prévoit que l'ignorance de la loi n'excuse pas la perpétration d'une infraction. Le paragraphe 666(1) constitue cependant une exception à la règle générale exprimée à l'art. 19 dans un cas où la perpétration d'une infraction criminelle est invoquée comme étant l'*actus reus* visé à l'article. Lorsque la connaissance constitue elle-même une composante de la *mens rea* nécessaire, l'absence de cette connaissance fournit un moyen de défense valable.

#### b Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231; *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119; **arrêt examiné:** *R. v. Stone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 249; **arrêts mentionnés:** *R. v. Piche* (1976), 31 C.C.C. (2d) 150; *R. v. McNamara* (1982), 66 C.C.C. (2d) 24; *R. v. Bara* (1981), 58 C.C.C. (2d) 243; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Butkans v. The Queen*, [1972] 4 W.W.R. 262; *R. v. Sugg* (1986), 28 C.C.C. (3d) 569; *Shaver v. The Queen* (1977), 4 B.C.L.R. 354.

#### d Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19, 236(1), 663(2), (4), 666(1), 772(1).

#### e Doctrine citée

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 232, qui a rejeté l'appel d'un verdict d'acquiescement prononcé par le juge en chef Scott de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

*Robert Hyslop, c.r.*, pour l'appelante.

*Evan Kipnis*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La seule question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi porte sur la *mens rea* nécessaire à l'infraction d'omission ou de refus volontaire de se conformer à une ordonnance de probation, contrairement au par. 666(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (devenu le par. 740(1), L.R.C. (1985), chap. C-46). Plus précisément, on demande à notre Cour de déterminer si la perpétration d'une infraction criminelle par une personne tenue aux termes de son ordonnance de probation de «ne pas troubler l'ordre

required to sustain a conviction for the underlying offence.

### 1. The Facts

On October 27, 1984 the respondent was found sitting in an automobile apparently in an intoxicated state. The respondent was charged with and pleaded guilty to an offence under s. 236 of the *Criminal Code* of having the care and control of a motor vehicle with a blood alcohol level of over 80 mg. of alcohol in 100 ml. of blood. On December 6, 1984 an information was sworn against the respondent alleging that he "did unlawfully and wilfully fail to comply" with a probation order issued against him on February 23, 1983 requiring him to "keep the peace and be of good behaviour". The commission of the offence under s. 236 of the *Criminal Code* was the basis relied on for the alleged breach of s. 666(1).

### 2. The Courts Below

At his trial for the s. 666(1) offence, the respondent testified before Chief Judge Scott of the Provincial Court of Newfoundland that at the time he committed the offence under s. 236 he was unaware that he was breaking the law because he believed that the car could not be started. The trial judge noted that there was evidence to support his belief. He acquitted the respondent on the ground that he lacked the requisite *mens rea* to sustain a conviction under s. 666(1). In the course of his oral reasons, Chief Judge Scott stated:

There are a great many people and you may be one who feel that because a vehicle cannot start and might have something mechanically wrong with it, that you are not breaching the law. For this Section to apply, this Section 666 for wilfully to breach the law, you have to have a dishonest belief in your mind or acting with a wrong intention that you intend to break the law. I think its more than just proving that the previous offence was pleaded guilty to or you were found guilty of and I am

public et d'avoir une bonne conduite» est suffisante pour établir la violation du par. 666(1) peu importe l'élément moral nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction sous-jacente.

### 1. Les faits

Le 27 octobre 1984, l'intimé a été trouvé assis dans une automobile alors qu'il était apparemment en état d'ébriété. L'intimé a été accusé d'avoir, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*, eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, et il a plaidé coupable à cette accusation. Le 6 décembre 1984, une dénonciation a été faite sous serment contre l'intimé dans laquelle on alléguait qu'il [TRADUCTION] «avait illégalement et volontairement omis de se conformer» à une ordonnance de probation délivrée contre lui le 23 février 1983 et lui enjoignant de «ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite». C'est sur la perpétration de l'infraction visée à l'art. 236 du *Code criminel* qu'on s'est fondé pour prétendre qu'il y a eu violation du par. 666(1).

### 2. Les tribunaux d'instance inférieure

Lors de son procès relatif à l'infraction visée au par. 666(1), l'intimé a témoigné devant le juge en chef Scott de la Cour provinciale de Terre-Neuve qu'au moment où il a commis l'infraction visée à l'art. 236, il ignorait qu'il violait la loi parce qu'il croyait que la voiture ne pouvait être mise en marche. Le juge du procès a souligné qu'il y avait des éléments de preuve à l'appui de cette croyance de l'intimé. Il a acquitté l'intimé pour le motif que celui-ci n'avait pas la *mens rea* nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité aux termes du par. 666(1). Dans ses motifs oraux, le juge en chef Scott a déclaré:

[TRADUCTION] Beaucoup de gens, dont vous-même peut-être, croient qu'ils ne violent pas la loi parce qu'un véhicule ne peut démarrer ou peut être défectueux. Pour que cet article s'applique, savoir l'article 666 qui porte sur la violation volontaire de la loi, vous devez entretenir une croyance de façon malhonnête ou agir dans la mauvaise intention de violer la loi. Je crois qu'il faut plus que la simple preuve d'un plaidoyer de culpabilité ou d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une

rather inclined to agree with the judgment of the County Court contrary to Crown Counsel here. There are cases I believe where just merely proving the previous act or omission would be sufficient and some of them are pretty well some of the simpler areas of law. Where you had an honest belief, although you may be wrong, that you are not doing anything wrong could be found wilfully guilty of a breach of probation, I think would be stretching the law a little bit.

An appeal by the Crown by way of stated case before the Newfoundland Court of Appeal was dismissed: see (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 232. Speaking for the court (Mifflin, Gushue and Mahoney JJ.A.) Mifflin J.A. concluded that the type of evidence supporting a conviction for a criminal offence would often, although not always, provide “*prima facie* evidence of wilfulness” but that this was not so in the case of the respondent’s conviction under s. 236. He stated at p. 233:

In my view, this court cannot make a determination the effect of which would be to preclude any defence to a charge of breaching a probation order when an offence contrary to the **Criminal Code** has been proved. Section 666(1) does not have this effect. If such were intended, s. 666(1) would have so provided. Section 666(1) does not distinguish between provisions in the probation order, be they general or specific, or offences under the **Criminal Code** or not. “Wilfully” is applicable to all charges under that section. This court does not intend to canvass all the provisions in the **Criminal Code** and determine whether or not the mens rea required for each offence would be sufficient to satisfy the provisions of “wilfully” in s. 666(1) in every case. Moreover, it would be injudicious for this court to speculate as to what particular defences could be available to an accused in any particular case.

The word “wilfully” in s. 666(1) of the **Criminal Code** was interpreted in *Shaver v. R.*, 4 B.C.L.R. 354. At p. 357 Cashman, C.C.J., said:

infraction antérieure et je suis plutôt porté à souscrire à la décision de la Cour de comté, contrairement au substitut du procureur général en l’espèce. À mon avis, il y a des cas où la simple preuve de l’acte ou de l’omission antérieurs serait suffisante et certains de ces cas s’inscrivent assez bien dans les domaines du droit les plus simples. Je crois que ce serait faire quelque peu violence à la loi si on disait qu’il est possible de déclarer une personne coupable de violation volontaire des conditions de son ordonnance de probation même si celle-ci croyait sincèrement, quoique à tort, qu’elle ne faisait rien de mal.

L’appel interjeté par le ministère public par voie d’exposé de cause devant la Cour d’appel de Terre-Neuve a été rejeté: voir (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 232. Le juge Mifflin, s’exprimant au nom de la cour (les juges Mifflin, Gushue et Mahoney), a conclu que le genre de preuve qui justifie une déclaration de culpabilité d’infraction criminelle constitue souvent, mais pas toujours, une [TRADUCTION] «preuve suffisante à première vue du caractère volontaire»; toutefois ce n’était pas le cas en ce qui avait trait à la déclaration de culpabilité de l’intimé aux termes de l’art. 236. Voici ce qu’il affirme, à la p. 233:

[TRADUCTION] À mon avis, notre cour ne peut rendre une décision qui aurait pour effet d’empêcher toute défense contre l’accusation de violation des conditions d’une ordonnance de probation lorsque l’existence d’une infraction au **Code criminel** a été démontrée. Le paragraphe 666(1) n’a pas cet effet. Si on avait voulu qu’il ait cet effet, le par. 666(1) l’aurait prévu. Le paragraphe 666(1) n’établit pas de distinction entre les dispositions de l’ordonnance de probation, qu’elles soient générales ou spécifiques, ni entre les infractions visées ou non par le **Code criminel**. L’adverbe «volontairement» s’applique à toutes les accusations portées en vertu de ce paragraphe. Notre cour n’entend pas examiner à fond toutes les dispositions du **Code criminel** afin de déterminer si la mens rea nécessaire pour chaque infraction serait suffisante pour satisfaire aux dispositions du par. 666(1) relatives au caractère «volontaire» dans chaque cas. De plus, il serait malavisé de la part de la cour qu’elle s’interroge sur les moyens de défense dont pourrait disposer un accusé dans chaque cas particulier.

L’adverbe «volontairement» dans le par. 666(1) du **Code criminel** a été interprété dans *Shaver v. R.*, 4 B.C.L.R. 354. À la p. 357, le juge Cashman de la Cour de comté dit:

"In my respectful view, the word 'wilfully' must mean that the act is done deliberately and intentionally and not by accident or inadvertence. Furthermore, the wilful act or refusal must relate to the breach of his promise to keep the peace because the essence of the offence created by s. 666(1) is wilful, that is, deliberate, disobedience of a probation order."

We do not accept the extreme proposition that there must be a deliberate intention in the mind of an accused to breach the probation order. The intention may be inferred from the particular Criminal Code offence which triggered the charge for a breach of s. 666(1).

Speaking generally, it would appear that in many prosecutions for a breach of s. 666(1), triggered by a breach of the Criminal Code, all that would be necessary to provide proof of wilfulness would be evidence of the conviction. The type of conduct itself which would ground a conviction for many offences would provide prima facie evidence of wilfulness and it is difficult to conceive of any defences thereto.

To answer the question in the case as stated, it is not possible for this court to say that the trial judge was wrong in law when he found as a fact that the respondent had a reasonable and honest belief that he was not breaking the law when he did the illegal acts which led to his conviction on the s. 236(1) charge and, therefore did not wilfully fail to comply with the probation order. [Emphasis added.]

### 3. The Relevant Legislation

Section 666(1) of the *Criminal Code* provides:

**666.** (1) An accused who is bound by a probation order and who wilfully fails or refuses to comply with that order is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Section 663(2) of the *Criminal Code* (now s. 737(2)) sets out the mandatory terms of a probation order as well as those which may be imposed in the court's discretion:

**663.** ...

(2) The following conditions shall be deemed to be prescribed in a probation order, namely, that the accused shall keep the peace and be of good behaviour

«À mon avis, l'adverbe «volontairement» doit signifier que l'acte est accompli de façon délibérée et intentionnelle et non par accident ou par inadvertance. En outre, l'acte ou le refus volontaire doit se rapporter à la violation de son engagement de ne pas troubler l'ordre public parce que l'infraction définie au par. 666(1) est essentiellement de caractère volontaire, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une désobéissance délibérée à une ordonnance de probation.»

Nous ne souscrivons pas à la position extrême selon laquelle il doit y avoir, dans l'esprit de l'accusé, l'intention expresse de violer l'ordonnance de probation. L'intention peut être déduite de l'infraction particulière au Code criminel qui a entraîné l'accusation de violation du par. 666(1).

De manière générale, il semblerait que dans un bon nombre de poursuites engagées relativement à une violation du par. 666(1) et découlant d'une violation du Code criminel, il suffirait, pour établir le caractère volontaire, de démontrer l'existence de la déclaration de culpabilité. Le genre de conduite qui justifierait en soi une déclaration de culpabilité à l'égard d'un bon nombre d'infractions constituerait une preuve suffisante à première vue du caractère volontaire et il est difficile de concevoir un moyen de défense opposable à celle-ci.

Pour répondre à la question soulevée en l'espèce, notre cour ne peut pas dire que le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu sur les faits que l'intimé croyait de manière raisonnable et sincère qu'il ne violait pas la loi lorsqu'il a commis les actes illégaux qui ont entraîné sa déclaration de culpabilité relativement à l'accusation portée en vertu du par. 236(1) et que, par conséquent, il n'a pas volontairement omis de se conformer à l'ordonnance de probation. [Je souligne.]

### 3. Les dispositions législatives pertinentes

Voici le texte du par. 666(1) du *Code criminel*:

**666.** (1) Un accusé qui est soumis à une ordonnance de probation et qui, volontairement, omet ou refuse de se conformer à cette ordonnance, est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Le paragraphe 663(2) du *Code criminel* (maintenant le par. 737(2)) énonce les conditions obligatoires d'une ordonnance de probation ainsi que celles que la cour peut imposer à sa discrétion:

**663.** ...

(2) Les conditions suivantes sont censées être prescrites dans une ordonnance de probation, savoir: que l'accusé ne trouble pas l'ordre public et ait une bonne

and shall appear before the court when required to do so by the court, and, in addition, the court may prescribe as conditions in a probation order that the accused shall do any one or more of the following things as specified in the order, namely,

- (a) report to and be under the supervision of a probation officer or other person designated by the court;
- (b) provide for the support of his spouse or any other dependants whom he is liable to support;
- (c) abstain from the consumption of alcohol either absolutely or on such terms as the court may specify;
- (d) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;
- (e) make restitution or reparation to any person aggrieved or injured by the commission of the offence for the actual loss or damage sustained by that person as a result thereof;
- (f) remain within the jurisdiction of the court and notify the court or the probation officer or other person designated under paragraph (a) of any change in his address or his employment or occupation;
- (g) make reasonable efforts to find and maintain suitable employment; and
- (h) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable for securing the good conduct of the accused and for preventing a repetition by him of the same offence or the commission of other offences. [Emphasis added.]

It should be noted that subs. 663(2)(c) permits the court to order an accused to abstain from alcohol. No such condition was attached to the respondent's probation.

Section 663 contains no penalty provision so that the general penalty provision in the *Criminal Code* applies. At the time of the offence, that provision stated:

**722.** (1) Except where otherwise expressly provided by law, every one who is convicted of an offence punishable on summary conviction is liable to a fine of not more than five hundred dollars or to imprisonment for six months or to both.

The respondent pleaded guilty to and was convicted of having the care or control of a motor vehicle while his blood alcohol level exceeded .08 contrary to s. 236(1) (now s. 253) even although he testified that he did not think he was doing

conduite et qu'il compare devant la cour lorsqu'il en est requis par la cour et, en outre, la cour peut prescrire comme conditions, dans une ordonnance de probation, que l'accusé devra exécuter l'une ou plusieurs des choses ci-après comme le spécifie l'ordonnance, savoir

- a) se présenter à un agent de probation ou autre personne désignée par la cour, et être sous sa surveillance;
- b) subvenir aux besoins de son conjoint et de toutes autres personnes qu'il est tenu de faire vivre;
- c) s'abstenir, soit absolument, soit selon les conditions que la cour peut spécifier, de consommer de l'alcool;
- d) s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;
- e) faire restitution ou réparation, à toute personne lésée ou blessée du fait de l'infraction, de la perte ou du dommage véritables soufferts de ce fait par cette personne;
- f) rester dans le ressort de la cour et notifier à la cour ou à l'agent de probation ou autre personne désignée en vertu de l'alinéa a) tout changement d'adresse ou d'emploi ou d'occupation;
- g) faire des efforts raisonnables en vue de trouver et de conserver un emploi approprié; et
- h) observer telles autres conditions raisonnables que la cour considère souhaitables pour assurer la bonne conduite de l'accusé et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions. [Je souligne.]

Il convient de souligner que l'al. 663(2)c) permet à la cour d'ordonner à un accusé de s'abstenir de consommer de l'alcool. Une telle condition n'était toutefois pas inscrite dans l'ordonnance de probation de l'intimé.

Comme l'art. 663 ne prévoit aucune peine, c'est la disposition du *Code criminel* qui prescrit une peine générale qui s'applique. Au moment où l'infraction a été commise, cette disposition prévoyait:

**722.** (1) Sauf lorsque la loi prévoit autrement de façon expresse, toute personne déclarée coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité est passible d'une amende d'au plus cinq cents dollars ou d'un emprisonnement de six mois, ou des deux peines à la fois.

L'intimé a plaidé coupable à l'accusation d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait .08, contrairement au par. 236(1) (maintenant l'art. 253), et il a été déclaré coupable de cette infraction

anything wrong at the time because he believed that the car was not in an operating condition. Section 236(1) provides as follows:

236. (1) Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

In *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231, the majority of this Court (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting) held that an intention to drive was not a required element of the offence of having care or control. Writing for the majority Ritchie J. stated at pp. 248-49:

Nor, in my opinion, is it necessary for the Crown to prove an intent to set the vehicle in motion in order to procure a conviction on a charge under s. 236(1) of having care or control of a motor vehicle, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. Care or control may be exercised without such intent where an accused performs some act or series of acts involving the use of the car, its fittings or equipment, such as occurred in this case, whereby the vehicle may unintentionally be set in motion creating the danger the section is designed to prevent.

Ritchie J.'s view was subsequently endorsed by a unanimous decision of this Court (*per* McIntyre J.) in *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119. Since the offence consists of having care or control and care or control is had by doing no more than performing certain acts by which a vehicle may unintentionally be set in motion, it is clear that the level of

même s'il avait déposé qu'il ne pensait pas faire quelque chose de mal à ce moment-là parce qu'il croyait que l'automobile n'était pas en état de fonctionner. Le paragraphe 236(1) prévoit:

<sup>a</sup> 236. (1) Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible,

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

<sup>b</sup> b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

<sup>c</sup> c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

Dans l'arrêt *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231, notre Cour à la majorité (le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents) a jugé que l'intention de conduire ne constituait pas un élément nécessaire de l'infraction de garde ou de contrôle. Le juge Ritchie affirme au nom de la majorité, aux pp. 248 et 249:

<sup>f</sup> Il n'est pas non plus nécessaire, à mon avis, que la poursuite fasse la preuve de l'intention de mettre le véhicule en marche pour que soit reconnue coupable une personne accusée, en vertu du par. 236(1), d'avoir eu la garde d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Il peut y avoir garde même en l'absence de cette intention lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un accusé accomplit un acte ou une série d'actes ayant trait à l'utilisation du véhicule ou de ses accessoires, qui font que le véhicule peut être mis en marche involontairement, créant le danger que l'article vise à prévenir.

<sup>g</sup> Notre Cour a par la suite souscrit à l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt unanime (le juge McIntyre) *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119. Étant donné que l'infraction consiste à avoir la garde ou le contrôle et que la garde ou le contrôle se fait simplement par l'accomplissement de certains actes par lesquels un véhicule peut involontairement être mis en marche, il est clair que le niveau d'intention que le ministère public doit démontrer

intent the Crown must prove to sustain a conviction for this offence is minimal indeed.

#### 4. Analysis

This case raises the important question whether an accused can be convicted of the summary conviction offence of wilfully breaching or refusing to comply with a probation order when, in the words of the trial judge, the accused "had an honest belief, although you may be wrong, that you are not doing anything wrong". In other words, is s. 666(1) of the *Criminal Code* to be interpreted as an offence requiring its own *mens rea* or is it to be interpreted as an offence which automatically follows upon a conviction for any *Criminal Code* offence or other deliberate act which constitutes a violation of the conditions of a probation order? The respondent's case is particularly challenging in that the underlying *Criminal Code* offence, care or control of a motor vehicle "over 80 mg.", was committed without proof or admission of *mens rea*, at least in the traditional sense. The respondent was simply found sitting in an intoxicated condition in a car which he thought (and the trial judge believed him) would not start. At his trial the respondent testified that he did not think he was doing anything wrong and this seems to have been accepted as a fact by the trial judge.

The issue in the case is primarily one of statutory interpretation.

##### (a) *The Literal Interpretation*

Section 666(1) is clearly framed so as to require guilty knowledge in order to constitute a breach. The section prohibits an accused from wilfully failing or refusing to comply with a probation order. The word "wilfully" is perhaps the archetypal word to denote a *mens rea* requirement. It stresses intention in relation to the achievement of a purpose. It can be contrasted with lesser forms of guilty knowledge such as "negligently" or even "recklessly". In short, the use of the word "wilfully" denotes a legislative concern for a relatively

pour justifier une déclaration de culpabilité à l'égard de cette infraction est vraiment minime.

#### 4. Analyse

<sup>a</sup> La présente affaire soulève la question importante de savoir si un accusé peut être déclaré coupable de l'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité d'omission ou de refus volontaire de se conformer à une ordonnance de probation lorsque, pour reprendre les termes du juge du procès, l'accusé «croyait sincèrement, quoique à tort, qu'[il] ne faisait rien de mal». En d'autres termes, le par. 666(1) du *Code criminel* doit-il être interprété comme créant une infraction qui exige sa propre *mens rea* ou doit-il être interprété comme créant une infraction qui découle automatiquement d'une déclaration de culpabilité à l'égard de toute infraction visée au *Code criminel* ou de tout autre acte délibéré qui constitue une violation des conditions d'une ordonnance de probation? Les arguments de l'intimé sont d'autant plus intéressants que l'infraction sous-jacente, prévue au *Code criminel*, que constitue la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur «avec plus de 80 mg», a été commise sans preuve ni aveu de *mens rea*, du moins au sens traditionnel. L'intimé a simplement été trouvé assis en état d'ébriété dans une automobile qu'il croyait (ce à quoi le juge du procès a ajouté foi) ne pas être en état de démarrer. À son procès, l'intimé a témoigné qu'il ne croyait pas qu'il faisait quelque chose de mal, ce que le juge du procès semble avoir tenu pour acquis.

La question soulevée en l'espèce en est une surtout d'interprétation législative.

##### <sup>h</sup> a) *L'interprétation littérale*

<sup>i</sup> Le paragraphe 666(1) est clairement rédigé de manière à exiger une connaissance coupable pour qu'il y ait violation. Le paragraphe interdit à un accusé d'omettre ou de refuser volontairement de se conformer à une ordonnance de probation. L'adverbe «volontairement» est sans doute idéal pour indiquer une exigence de *mens rea*. Il souligne l'intention en relation avec la réalisation d'un objectif. Il peut être opposé à des formes moindres de connaissance coupable comme «négligemment» ou même «de façon téméraire». Bref, l'emploi de

high level of *mens rea* requiring those subject to the probation order to have formed the intent to breach its terms and to have had that purpose in mind while doing so.

The requirement of "refusing" to comply with a probation order, although less obviously importing a *mens rea* element than the requirement of willfully failing to comply, also denotes some form of guilty knowledge. In order to "refuse" to comply with something it is necessary to know what you are not complying with. Only in that event can your actions constitute a "refusal". You know the strictures you are under but deliberately flout them.

I would conclude therefore that on a literal construction of the section a relatively high level of *mens rea* is required for the offence.

#### (b) *The Contextual Interpretation*

Is the requirement of a relatively high level of *mens rea* under s. 666(1) consistent with the wider context of the legislation?

Since s. 666(1) creates a criminal offence it should be presumed that some mental element is required in the absence of clear words to the contrary. In the case of s. 666(1), far from having clear words to the contrary, we have clear words denoting a mental element. It would appear to be significant also in this connection that the general punishment provision, s. 722 of the *Criminal Code*, applies in the case of a conviction under s. 666(1) and under that section imprisonment is a permitted sanction. Since s. 666(1) creates an offence under the *Code* for which imprisonment is a permitted sanction it makes eminent good sense, in my opinion, to construe it as requiring a mental element.

l'adverbe «volontairement» indique que la loi exige un niveau relativement élevé de *mens rea* en vertu duquel ceux qui sont soumis à l'ordonnance de probation doivent avoir formé l'intention d'en violer les conditions et avoir eu cet objectif à l'esprit lorsqu'ils l'ont fait.

L'exigence du «refus» de se conformer à une ordonnance de probation, bien qu'elle comporte un élément de *mens rea* d'une façon moins évidente que l'exigence de l'omission volontaire de se conformer, indique également une certaine forme de connaissance coupable. Pour «refuser» de vous conformer à quelque chose, il est nécessaire de connaître ce à quoi vous ne vous conformez pas. Vos actes ne peuvent constituer un «refus» que dans ce cas. Vous connaissez les restrictions auxquelles vous êtes assujetti, mais vous vous en moquez délibérément.

Par conséquent, je suis d'avis de conclure que, selon l'interprétation littérale du paragraphe, l'infraction exige un niveau relativement élevé de *mens rea*.

#### b) *L'interprétation contextuelle*

L'exigence d'un niveau de *mens rea* relativement élevé aux termes du par. 666(1) est-elle compatible avec le contexte général de la Loi?

Étant donné que le par. 666(1) crée une infraction criminelle, il convient de présumer qu'un certain élément moral est requis en l'absence de termes clairs indiquant le contraire. Dans le cas du par. 666(1), loin d'être rédigé en termes clairs indiquant le contraire, on y trouve des termes clairs qui font ressortir un élément moral. De plus, il semblerait important de souligner, à cet égard, que la disposition qui prescrit une peine générale, l'art. 722 du *Code criminel*, s'applique dans le cas d'une déclaration de culpabilité en vertu du par. 666(1) et que cette disposition permet d'imposer une peine d'emprisonnement. Étant donné que le par. 666(1) crée une infraction visée au *Code* à l'égard de laquelle il est permis d'imposer une peine d'emprisonnement, j'estime qu'il est tout à fait logique de l'interpréter comme exigeant un élément moral.



Moreover, the purpose of s. 666(1) is clearly to achieve compliance with probation orders. Section 663(4) requires not only that a copy of the probation order be given to the accused but also that it be read to him or her. The accused must also be told that breach of it constitutes a distinct offence under s. 666(1). Lower courts have held that the Crown must prove that this occurred before a conviction can be obtained under the section: *R. v. Piche* (1976), 31 C.C.C. (2d) 150 (Sask. Q.B.); *R. v. McNamara* (1982), 66 C.C.C. (2d) 24 (Ont. C.A.); *R. v. Bara* (1981), 58 C.C.C. (2d) 243 (B.C.C.A.) Indeed, the courts in *R. v. Piche* and *R. v. Bara* also ruled that an accused is not “bound by a probation order” within the meaning of s. 666(1) unless and until the court has complied with s. 663(4). Given the pains that Parliament has taken to ensure that the accused is fully aware of the terms of his or her probation order, it would be strange if an accused could be convicted under the section without knowing that he or she was violating it.

Other considerations seem to be relevant to the contextual approach to the interpretation of s. 666(1). For example, in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, Dickson J. suggested that the deterrence rationale advanced in favour of absolute liability offences is in most cases overblown. Put simply, it makes little sense to think that a person will be deterred from wrongdoing in situations where that person does not believe and has no awareness that he or she is doing anything wrong. The appellant submitted to the Court, however, that the whole purpose of putting a person found guilty of criminal conduct on probation is to “heighten his or her awareness of the consequences of criminal activity”. I am sure that is correct. However, in the context of this case the conviction of the accused under s. 666(1) would have little or no deterrent effect given (as was accepted by the trial judge) that the accused did not know he was doing anything wrong. A decision requiring a distinct *mens rea* element for the offence under s. 666(1) would not, in my view, undermine the

En outre, le par. 666(1) a clairement pour but d’assurer le respect des ordonnances de probation. Le paragraphe 663(4) exige non seulement qu’une copie de l’ordonnance de probation soit remise à l’accusé, mais également qu’elle lui soit lue. On doit également informer l’accusé qu’une violation des conditions de cette ordonnance constitue une infraction distincte en vertu du par. 666(1). Les tribunaux d’instance inférieure ont jugé que le ministère public doit démontrer le respect de cette exigence pour qu’une déclaration de culpabilité puisse être obtenue aux termes du paragraphe: *R. v. Piche* (1976), 31 C.C.C. (2d) 150 (B.R. Sask.), *R. v. McNamara* (1982), 66 C.C.C. (2d) 24 (C.A. Ont.), *R. v. Bara* (1981), 58 C.C.C. (2d) 243 (C.A.C.-B.) En fait, les tribunaux, dans les affaires *R. v. Piche* et *R. v. Bara*, ont également jugé qu’un accusé n’est [TRADUCTION] «soumis à une ordonnance de probation» au sens du par. 666(1) que si la cour s’est conformée aux dispositions du par. 663(4). Compte tenu des efforts que le législateur a déployés pour s’assurer que l’accusé connaisse bien les conditions de son ordonnance de probation, il serait curieux qu’un accusé puisse être déclaré coupable en vertu de ce paragraphe sans savoir qu’il y contrevenait.

D’autres considérations semblent être pertinentes relativement à l’interprétation contextuelle du par. 666(1). Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson a laissé entendre que le raisonnement de l’effet dissuasif présenté à l’appui des infractions de responsabilité absolue est dans la plupart des cas exagéré. Tout simplement, il n’est pas très logique de penser qu’une personne sera dissuadée de commettre un méfait dans des cas où cette personne ne croit pas ou n’est pas consciente qu’elle fait quelque chose de mal. Toutefois, l’appelante a soutenu devant la Cour que le fait de soumettre à une ordonnance de probation une personne déclarée coupable de conduite criminelle a simplement pour but de [TRADUCTION] «lui faire prendre davantage conscience des conséquences des activités criminelles». Je suis convaincue du bien-fondé de cette affirmation. Toutefois, dans le présent contexte, la déclaration de culpabilité de l’accusé aux termes du par. 666(1) n’aurait que peu ou pas d’effet dissuasif étant donné (comme l’a reconnu le juge

effectiveness of probation orders as the appellant alleges. The requirement that persons on probation keep the peace and be of good behaviour would still apply to those wilfully breaching their parole. It is, I think, consistent with the overall content and purpose of the probation provisions in the *Criminal Code* that those who unknowingly violate the terms of their parole not be convicted but only those who wilfully breach such terms or deliberately refuse to obey them.

I believe that the submissions of the appellant are directed not so much at the element of the offence under s. 666(1) but in support of a very broad reading of the provision in the probation order to keep the peace and be of good behaviour. In *R. v. Stone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 249, Steele J. of the Newfoundland Supreme Court attempted to define the terms "keep the peace" and "be of good behaviour" as found in s. 663(2). In that case the appellant who was bound by a probation order was acquitted by the provincial court judge of the *Criminal Code* offence of fraudulently obtaining food, essentially because he was too intoxicated to form the necessary specific intent when he ordered the restaurant meal for which he did not pay. He was, however, convicted of breaching his probation order on the ground that his conduct at the restaurant constituted a wilful failure to be of good behaviour even if it did not amount to a criminal offence. On appeal by way of stated case to the Newfoundland Supreme Court, Steele J. was asked to determine whether the trial judge had erred when he held that the phrase

"To Keep the Peace and Be of Good Behaviour" not only includes a violation of any penal statute, federal,

du procès) que l'accusé ignorait qu'il faisait quelque chose de mal. J'estime qu'une décision exigeant un élément distinct de *mens rea* à l'égard de l'infraction visée au par. 666(1) ne diminuerait en rien l'efficacité des ordonnances de probation comme l'allègue l'appelante. L'exigence que les personnes soumises à une ordonnance de probation ne troublent pas l'ordre public et aient une bonne conduite continuerait de s'appliquer à celles qui violeraient volontairement les conditions de leur probation. À mon avis, il est compatible avec le contenu et l'objet global des dispositions du *Code criminel* en matière de probation que ceux qui inconsciemment ne respectent pas les conditions de leur probation ne soient pas déclarés coupables, et que seuls le soient ceux qui violent volontairement ces conditions ou refusent délibérément de les respecter.

J'estime que les arguments de l'appelante ne visent pas tellement l'élément de l'infraction prévue au par. 666(1), mais qu'ils appuient une interprétation très large de la disposition de l'ordonnance de probation qui exige qu'on ne trouble pas l'ordre public et qu'on ait une bonne conduite. Dans la décision *R. v. Stone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 249, le juge Steele de la Cour suprême de Terre-Neuve a tenté de définir les expressions «ne trouble pas l'ordre public» et «ait une bonne conduite» utilisées au par. 663(2). Dans cette affaire, l'appelant qui était soumis à une ordonnance de probation a été acquitté par la Cour provinciale relativement à l'accusation, portée en vertu du *Code criminel*, d'avoir obtenu frauduleusement des aliments, essentiellement parce qu'il était trop ivre pour former l'intention spécifique nécessaire lorsqu'il a commandé le repas qu'il n'a pas payé. Toutefois, il a été déclaré coupable d'avoir violé son ordonnance de probation pour le motif que sa conduite au restaurant constituait une omission volontaire d'avoir une bonne conduite même si elle n'équivalait pas à une infraction criminelle. Dans l'appel interjeté par voie d'exposé de cause devant la Cour suprême de Terre-Neuve, on a demandé au juge Steele de déterminer si le juge du procès avait commis une erreur lorsqu'il avait jugé que l'expression

[TRADUCTION] «Ne trouble pas l'ordre public et ait une bonne conduite» comprend non seulement la violation de

provincial, or municipal, but also goes beyond them in that the words are to be given their ordinary meaning.

Steele J. dismissed the appeal.

Steele J. proceeded from the view, expressed at p. 255, that the two terms, “keep the peace” and “be of good behaviour”, impose “separate and distinct conditions though in certain circumstances may overlap”. At page 256, he draws the following distinction:

When considering whether there has been a failure “to keep the peace”, one is conscious of public opinion and its perception of peace and good order and what does or does not offend that nebulous standard. If the issue is an individual’s good behaviour, the emphasis shifts to a more personal analysis of his conduct. A breach of an undertaking “to keep the peace” means a disruption or the upsetting of public order whereas a breach of a bond “to be of good behaviour” means some act or activity by an individual that fails to meet the fanciful standard of conduct expected of all law-abiding and decent citizens. It is quite possible, as I have already said, that one can fail to be of good behaviour yet not commit a breach of the peace. It is probably a matter of degree. We are only concerned with the second aspect of the statutory condition, namely, “to be of good behaviour”.

Steele J. goes on to say at p. 257 that a conviction for breach of a federal, provincial or municipal statute “may be—perhaps usually is—but not necessarily” a failure to be of good behaviour. Conversely, conduct which does not violate any statute may nevertheless breach the condition to keep the peace and be of good behaviour. The accused in that case was found not to have had the required intent for the underlying offence, i.e., the offence of fraudulently obtaining food. Nevertheless, his behaviour at the restaurant was found to fall short of “good behaviour”. The stated case did not raise the issue of the requisite *mens rea* for a wilful failure to comply with the probationary condition to “be of good behaviour”, and Steele J. did not deal with it. By upholding the conviction under s. 666(1), however, he implicitly affirmed

toute disposition législative pénale, fédérale, provinciale ou municipale, mais va plus loin du fait que ces termes doivent être interprétés selon leur sens ordinaire.

*a* Le juge Steele a rejeté l’appel.

Le juge Steele s’est fondé sur l’opinion, exprimée à la p. 255, selon laquelle les deux expressions «ne trouble pas l’ordre public» et «ait une bonne conduite» imposent [TRADUCTION] «des conditions séparées et distinctes qui peuvent cependant se chevaucher dans certaines circonstances». À la page 256, il établit la distinction suivante:

[TRADUCTION] Lorsqu’on examine si on a «troublé l’ordre public», il faut être conscient de l’opinion publique et de sa perception de l’ordre public et de la bonne conduite, et de ce qui porte atteinte ou non à cette norme vague. S’il s’agit de la bonne conduite d’une personne, il faut mettre l’accent sur une analyse plus personnelle de sa conduite. La violation d’un engagement de «ne pas troubler l’ordre public» signifie qu’il y a perturbation de l’ordre public ou atteinte à celui-ci tandis que la violation d’un engagement «d’avoir une bonne conduite» signifie qu’une personne a accompli un acte ou a exercé une activité qui ne respecte pas la norme de conduite changeante à laquelle sont assujettis tous les citoyens honnêtes et respectueux des lois. Il est fort possible, comme je l’ai déjà mentionné, de ne pas avoir une bonne conduite tout en ne troublant pas l’ordre public. Il s’agit probablement d’une question de degré. C’est seulement le second aspect de la condition prescrite par la loi, c’est-à-dire «avoir une bonne conduite» qui nous intéresse.

*g* Le juge Steele affirme ensuite, à la p. 257, qu’une déclaration de culpabilité de violation d’une disposition législative fédérale, provinciale et municipale [TRADUCTION] «peut être—et est sans doute généralement—mais pas nécessairement» *h* une omission d’avoir une bonne conduite. Inversement, la conduite qui ne viole aucune disposition législative peut néanmoins porter atteinte à la condition de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite. Dans cette affaire, on *i* a jugé que l’accusé n’avait pas eu l’intention nécessaire relativement à l’infraction sous-jacente c’est-à-dire celle consistant à obtenir frauduleusement des aliments. Néanmoins, on a jugé que son comportement au restaurant ne constituait pas une *j* «bonne conduite». Dans l’exposé de cause, on n’a pas soulevé la question de la *mens rea* nécessaire

the trial judge's finding that the appellant had the requisite *mens rea* for that offence.

(c) *The Existing Jurisprudence Under s. 666(1)*

In *Butkans v. The Queen*, [1972] 4 W.W.R. 262, Hewak Co. Ct. J., as he then was, considered the significance of the word "wilful" in the context of s. 666(1) where an accused failed to pay restitution contrary to the terms of his probation order. He stated at p. 271:

Applying these principles and reasoning to the present case, the matter would have been different had s. 666 of the Code eliminated the term "wilful" making the failure to comply with the probation order an absolute liability without the necessity of proving *mens rea*. By using the term "wilful" and giving that word its ordinary meaning, the proper inference, in my view, would be that Parliament intended that something more than mere failure must be proven before an accused could be convicted under that section of the Code.

In *R. v. Sugg* (1986), 28 C.C.C. (3d) 569, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, also considered the meaning of "wilful" in s. 666(1). The appellant in that case failed to pay the full amount of restitution required of him under the terms of his probation order. The trial judge found as a fact that the accused was financially unable to pay the full amount although he could have paid a larger instalment than he did. The trial judge nevertheless found him guilty of wilfully failing to pay the total amount of the restitution and convicted him of a breach of probation contrary to s. 666(1). The Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, overturned the conviction. Speaking on behalf of the Court, Macdonald J.A. at p. 572 made the following comments about the mental element in s. 666(1):

relativement à une omission volontaire de respecter la condition «d'avoir une bonne conduite» dont était assortie la probation, et le juge Steele ne l'a pas examinée. Toutefois, en maintenant la déclaration de culpabilité aux termes du par. 666(1), il a implicitement confirmé la conclusion du juge du procès selon laquelle l'appelant avait la *mens rea* nécessaire pour commettre cette infraction.

b) c) *La jurisprudence relative au par. 666(1)*

Dans l'affaire *Butkans v. The Queen*, [1972] 4 W.W.R. 262, le juge Hewak, alors de la Cour de comté, a examiné l'importance du terme «volontaire» dans le contexte du par. 666(1) lorsqu'un accusé a omis de faire restitution contrairement aux conditions de son ordonnance de probation. Voici ce qu'il dit, à la p. 271:

[TRADUCTION] En appliquant ces principes et ce raisonnement à l'espèce, la question aurait été différente si l'art. 666 du Code avait éliminé le terme «volontaire» pour faire en sorte que l'omission de se conformer à une ordonnance de probation constitue une infraction de responsabilité absolue sans qu'il ne soit nécessaire de prouver la *mens rea*. À mon avis, on peut déduire à bon droit de l'utilisation du terme «volontaire» et du sens ordinaire de ce terme que le législateur a voulu que l'on démontre quelque chose de plus que la simple omission pour qu'un accusé puisse être déclaré coupable aux termes de cet article du Code.

Dans l'arrêt *R. v. Sugg* (1986), 28 C.C.C. (3d) 569, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a également examiné le sens du terme «volontaire» au par. 666(1). L'appelant dans cette affaire n'avait pas payé le plein montant de la restitution qu'il devait faire selon les conditions de son ordonnance de probation. Le juge du procès a tenu pour acquis que l'accusé n'était pas en mesure financièrement de payer le plein montant même s'il aurait pu faire un plus gros versement que celui qu'il a fait. Néanmoins, le juge du procès l'a déclaré coupable d'avoir volontairement omis de payer le montant total de la restitution et l'a déclaré coupable de violation des conditions de son ordonnance de probation contrairement au par. 666(1). La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a infirmé la déclaration de culpabilité. Le juge Macdonald, s'exprimant au nom de la cour, a fait les observations suivantes au sujet de l'élément moral contenu au par. 666(1), à la p. 572:

Subsection (1) of s. 666 of the *Criminal Code* creates a full *mens rea* offence. Judge MacDonald found as a fact that the appellant was financially unable to pay the amount of \$3,500 by May 1, 1985, as directed by the probation order. I agree with counsel for the appellant that such finding is incompatible with a wilful failure to make such payment.

The learned trial judge in finding that the appellant wilfully failed to comply with the restitution provision of the probation order was obviously influenced by the fact that in his opinion the appellant did not use his best efforts to pay more than he did. The charge however is that the appellant wilfully failed to pay \$3,500 as directed by the probation order by May 1, 1985, not that he did not make a more substantial payment than he did. Once Judge MacDonald found as he did that the appellant simply could not pay \$3,500 by May 1, 1985, then, in my opinion, it could not be said that the appellant wilfully failed to pay such amount. What is missing is the requisite criminal intent.

These cases concerned breaches of specific provisions of a probation order where the *actus reus* of the breach was clear and was not disputed but the presence of the required *mens rea* was. In the absence of the required *mens rea* a conviction could not be entered. It is noted that Steele J., in discussing s. 666(1) generally in *R. v. Stone*, agreed that a mental element was required for an offence under the section. He stated at pp. 254-55:

The vital element for an offence under s. 666(1) is that the non-compliance, disobedience or violation of the probation order be wilful. The term "wilful" is used in the sense that the failure or refusal to comply with the probation order was designed, intentional and not accidental or involuntary; that the non-compliance was deliberate and with bad purpose either to disobey or disregard the order; that there is no justifiable excuse; the failure or refusal to comply with a probation order must be with evil intent or bad motive or with indifference to the consequences: see Black's Law Dictionary, 5th ed., p. 1434. The term "wilfully" appearing in the section means that trifling or idle neglect of a condition in a probation order and nothing more is not the crime,

[TRADUCTION] Le paragraphe (1) de l'art. 666 du *Code criminel* crée une infraction exigeant une *mens rea* complète. Le juge MacDonald a tenu pour acquis que l'appelant n'était pas en mesure financièrement d'acquiescer le montant de 3 500 \$ le 1<sup>er</sup> mai 1985, comme l'exigeait l'ordonnance de probation. Je conviens avec l'avocat de l'appelant qu'une telle conclusion n'est pas compatible avec une omission volontaire d'effectuer un tel paiement.

En concluant que l'appelant a volontairement omis de se conformer à la disposition de l'ordonnance de probation prévoyant la restitution, le juge du procès a de toute évidence été influencé par le fait qu'à son avis l'appelant n'avait pas fait de son mieux pour payer plus qu'il ne l'a fait. Toutefois, l'appelant a été accusé d'avoir volontairement omis de payer 3 500 \$ le 1<sup>er</sup> mai 1985 comme l'exigeait l'ordonnance de probation et non de ne pas avoir fait un paiement plus important que celui qu'il a fait. Comme le juge MacDonald a conclu que l'appelant ne pouvait simplement pas payer 3 500 \$ le 1<sup>er</sup> mai 1985, alors, à mon avis, on ne peut dire que l'appelant a volontairement omis de payer un tel montant. Il manque l'intention criminelle nécessaire.

Ces affaires portaient sur des violations de dispositions précises d'une ordonnance de probation, dans lesquelles l'*actus reus* de la violation était évident et n'était pas contesté mais où l'existence de la *mens rea* nécessaire l'était. En l'absence de la *mens rea* nécessaire, une déclaration de culpabilité ne pouvait être prononcée. Il convient de souligner que le juge Steele, dans son analyse générale du par. 666(1) dans l'affaire *R. v. Stone*, a convenu qu'un élément moral était nécessaire pour qu'il y ait infraction à ce paragraphe. Il a dit, aux pp. 254 et 255:

[TRADUCTION] L'élément vital d'une infraction au par. 666(1) est que le non-respect et la violation d'une ordonnance de probation ou la désobéissance à celle-ci doit être volontaire. Le terme «volontaire» est utilisé dans le sens que l'omission ou le refus de se conformer à l'ordonnance de probation était planifié, intentionnel et non accidentel ou involontaire, que le non-respect était délibéré et avait pour but illicite soit de désobéir à l'ordonnance soit de ne pas en tenir compte, qu'il n'y a aucune justification, que l'omission ou le refus de se conformer à l'ordonnance de probation doit être accompagné d'une mauvaise intention, d'un mauvais motif ou de l'indifférence quant aux conséquences: voir Black's Law Dictionary, 5<sup>e</sup> éd, p. 1434. Le terme «volontairement» que contient le paragraphe signifie que le fait de traiter à la légère ou de simplement négliger une condi-

as there must be the additional element of wilfulness [*sic*] needed to constitute the offence.

However, as noted above, he did not expressly address the question whether the requisite *mens rea* for s. 666(1) was present on the facts in *R. v. Stone*. It is accordingly unclear how he reached the conclusion that the appellant was wilfully breaching his parole when in his intoxicated state he ordered the meal for which he did not pay. It seems fairly clear, however, that whether specific conduct falls short of the standard of good behaviour is one question and whether the accused intentionally fell short of that standard for purposes of s. 666(1) is another. The two questions, in my opinion, cannot be collapsed into one so as to eliminate any *mens rea* requirement from the s. 666(1) offence.

I believe that the judgment of Cashman Co. Ct. J. in *Shaver v. The Queen* (1977), 4 B.C.L.R. 354, illustrates the point. In that case the court had to decide whether the conduct of an accused in causing a disturbance constituted a wilful breach of his undertaking to keep the peace when there was evidence indicating that he was "hysterical" and had "lost control of himself" at the time of the incident. At page 357 the learned judge stated:

In my respectful view, the word "wilfully" must mean that the act is done deliberately and intentionally and not by accident or inadvertence. Furthermore, the wilful act or refusal must relate to the breach of his promise to keep the peace because the essence of the offence created by s. 666(1) is wilful, that is, deliberate, disobedience of a probation order.

In other words, the court cannot enter a conviction under s. 666(1) on proof of the *actus reus* alone. The accused may by his conduct have fallen short of whatever objective standard is required to be met in order to constitute keeping the peace but this by itself is not enough. An actual intent to

tion dans une ordonnance de probation, sans plus, ne constitue pas le crime, car l'élément du caractère volontaire doit s'ajouter pour qu'il y ait l'infraction.

Toutefois, comme je l'ai mentionné précédemment, il n'a pas expressément abordé la question de savoir si la *mens rea* nécessaire relativement au par. 666(1) était présente d'après les faits de l'affaire *R. v. Stone*. Par conséquent, on ne voit pas clairement de quelle manière il est parvenu à la conclusion que l'appelant violait volontairement son ordonnance de probation lorsqu'en état d'ébriété il a commandé le repas qu'il n'a pas payé. Toutefois, il semble assez évident qu'il s'agit de déterminer, d'une part, si une conduite en particulier n'a pas satisfait à la norme de la bonne conduite et, d'autre part, si l'accusé n'a pas satisfait de façon intentionnelle à cette norme aux fins du par. 666(1). À mon avis, ces deux questions ne peuvent être fondues en une seule de manière à supprimer l'exigence de *mens rea* de l'infraction définie au par. 666(1).

Je suis d'avis que la décision du juge Cashman de la Cour de comté, dans *Shaver v. The Queen* (1977), 4 B.C.L.R. 354, illustre ce point. Dans cette affaire, la cour devait déterminer si la conduite d'une personne accusée d'avoir fait du tapage constituait une violation volontaire de son engagement de ne pas troubler l'ordre public alors que des éléments de preuve indiquaient qu'elle était [TRADUCTION] «hystérique» et qu'elle n'était «plus maître de ses actes» au moment de l'incident. À la page 357, le juge écrit:

[TRADUCTION] À mon avis, l'adverbe «volontairement» doit signifier que l'acte est accompli de façon délibérée et intentionnelle et non par accident ou par inadvertance. En outre, l'acte ou le refus volontaire doit se rapporter à la violation de son engagement de ne pas troubler l'ordre public parce que l'infraction définie au par. 666(1) est essentiellement de caractère volontaire, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une désobéissance délibérée à une ordonnance de probation.

En d'autres termes, la cour ne peut prononcer une déclaration de culpabilité aux termes du par. 666(1) en se fondant uniquement sur la preuve de l'*actus reus*. Il se peut que par sa conduite l'accusé n'ait pas respecté une norme objective quelconque qu'il est tenu de respecter afin de ne pas troubler

breach the term of the probation order must be established if a conviction is to be entered under s. 666(1).

The Newfoundland Court of Appeal seems in the present case to have rejected this approach to the interpretation of s. 666(1). Mifflin J.A., after quoting from the decision of Cashman Co. Ct. J. in *Shaver v. The Queen* states at p. 234:

We do not accept the extreme proposition that there must be a deliberate intention in the mind of an accused to breach the probation order. The intention may be inferred from the particular **Criminal Code** offence which triggered the charge for a breach of s. 666(1).

Speaking generally, it would appear that in many prosecutions for a breach of s. 666(1), triggered by a breach of the Criminal Code, all that would be necessary to provide proof of wilfulness would be evidence of the conviction. The type of conduct itself which would ground a conviction for many offences would provide prima facie evidence of wilfulness and it is difficult to conceive of any defences thereto. [Emphasis added.]

With respect, I must disagree with the Newfoundland Court of Appeal on this point. The *mens rea* of an underlying offence cannot, in my view, be treated as the intent required under s. 666(1). As I have stated earlier, the *mens rea* of s. 666(1) requires that an accused intend to breach his probation order. This requires at a minimum proof that the accused knew that he was bound by the probation order and that there was a term in it which would be breached by his proposed conduct. The accused must be found to have gone ahead and engaged in the conduct regardless. The onus, of course, is on the Crown to prove that the accused had the requisite *mens rea*. To the extent that direct evidence of intent is almost always difficult to obtain, the Crown may ask the court, absent any evidence to the contrary, to infer intent from the fact of the conduct. Any doubt, however, as to whether the accused intended to do what he did must be resolved in favour of the accused. The important point is that an intent to commit the

l'ordre public, mais cela n'est pas suffisant en soi. Il faut démontrer une intention réelle de violer la condition de l'ordonnance de probation pour pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité en application du par. 666(1).

Il semble qu'en l'espèce la Cour d'appel de Terre-Neuve ait rejeté cette interprétation du par. 666(1). Le juge Mifflin, après avoir cité un passage de la décision du juge Cashman de la Cour de comté dans *Shaver v. The Queen*, affirme à la p. 234:

[TRADUCTION] Nous ne souscrivons pas à la position extrême selon laquelle il doit y avoir, dans l'esprit de l'accusé, l'intention expresse de violer l'ordonnance de probation. L'intention peut être déduite de l'infraction particulière au **Code criminel** qui a entraîné l'accusation de violation du par. 666(1).

De manière générale, il semblerait que dans un bon nombre de poursuites engagées relativement à une violation du par. 666(1) et découlant d'une violation du Code criminel, il suffirait, pour établir le caractère volontaire, de démontrer l'existence de la déclaration de culpabilité. Le genre de conduite qui justifierait en soi une déclaration de culpabilité à l'égard d'un bon nombre d'infractions constituerait une preuve suffisante à première vue du caractère volontaire et il est difficile de concevoir un moyen de défense opposable à celle-ci. [Je souligne.]

En toute déférence, je ne saurais être d'accord avec la Cour d'appel de Terre-Neuve sur ce point. À mon avis, la *mens rea* d'une infraction sous-jacente ne peut être traitée comme l'intention requise en vertu du par. 666(1). Comme je l'ai dit précédemment, la *mens rea* visée au par. 666(1) exige qu'un accusé ait l'intention de violer son ordonnance de probation. Il faut au moins prouver que l'accusé savait qu'il était soumis à l'ordonnance de probation et que celle-ci contenait une condition à laquelle il dérogerait s'il adoptait une certaine conduite. Il faut démontrer que l'accusé est allé de l'avant et a adopté la conduite sans se soucier des conséquences. Il va sans dire qu'il incombe au ministère public de prouver que l'accusé avait la *mens rea* nécessaire. Dans la mesure où il est presque toujours difficile de prouver directement l'existence de l'intention, le ministère public peut demander à la cour, en l'absence d'un élément de preuve contraire, de déduire l'existence de l'intention de la conduite adoptée. Cependant,

underlying offence does not afford a basis for inferring the wholly distinct intent, i.e., to breach one's probation order.

What then is the significance of the conviction for the underlying offence in relation to the undertaking in the probation order to be of good behaviour? It seems to me that it constitutes the *actus reus* under s. 666(1). It establishes that the accused has violated the terms of his parole through the commission of a criminal offence. But it is not, in my view, *prima facie* evidence of an intent to do so, still less a wilful intent to do so. This is a different intention from the intention to commit the *actus reus* of the underlying offence.

A full *mens rea* offence under the *Criminal Code* demands that the accused have an intent to perform the acts that constitute the *actus reus* of the offence. Section 666(1) is no different. In the circumstances of the present case the *actus reus* of the offence under s. 666(1) is the commission of the criminal offence under s. 236. Proof of the *mens rea* would therefore require that the respondent intended to commit the criminal offence under s. 236 when he sat behind the wheel in an intoxicated condition. The respondent testified that he thought the automobile was not in an operating condition and for that reason he honestly believed he was not committing an offence by sitting behind the wheel while intoxicated. This testimony was accepted by the trial judge. In my view, where the *actus reus* of s. 666(1) consists of the commission of a criminal offence, an honest belief on the part of the accused that he is not committing that offence means that the accused cannot be said to have wilfully failed or refused to comply with the probation order. He did not in these circumstances have the necessary *mens rea* for the offence under s. 666(1).

tout doute quant à savoir si l'accusé a voulu faire ce qu'il a fait doit bénéficier à l'accusé. L'important c'est que l'intention de commettre l'infraction sous-jacente ne permet pas de déduire l'existence d'une intention totalement différente, c.-à-d. celle de violer les conditions de son ordonnance de probation.

Quelle est alors l'importance de la déclaration de culpabilité relative à l'infraction sous-jacente en rapport avec l'engagement d'avoir une bonne conduite contenu dans l'ordonnance de probation? Il me semble qu'elle constitue l'*actus reus* aux termes du par. 666(1). Elle prouve que l'accusé a violé les conditions de son ordonnance de probation par la perpétration d'une infraction criminelle. Toutefois, il ne s'agit pas à mon avis d'une preuve suffisante à première vue de l'intention de faire cela, encore moins de l'intention expresse de le faire. Il s'agit d'une intention différente de celle de commettre l'*actus reus* de l'infraction sous-jacente.

Dans le cas d'une infraction exigeant la *mens rea* complète aux termes du *Code criminel*, l'accusé doit avoir l'intention d'accomplir les actes qui constituent l'*actus reus* de l'infraction. Le paragraphe 666(1) ne fait pas exception. Dans les circonstances de l'espèce, l'*actus reus* de l'infraction visée au par. 666(1) est la perpétration de l'infraction criminelle visée à l'art. 236. Par conséquent, pour prouver la *mens rea* il faut que l'intimé ait eu l'intention de commettre l'infraction criminelle visée à l'art. 236 lorsqu'il a pris place au volant en état d'ébriété. L'intimé a témoigné qu'il croyait que l'automobile n'était pas en état de fonctionner et que, pour cette raison, il croyait sincèrement qu'il ne commettait pas d'infraction en s'assoiant au volant alors qu'il était en état d'ébriété. Ce témoignage a été accepté par le juge du procès. À mon avis, lorsque l'*actus reus* du par. 666(1) est constitué par la perpétration d'une infraction criminelle, la croyance sincère de la part de l'accusé qu'il ne commettait pas cette infraction signifie que l'accusé ne peut avoir volontairement omis ou refusé de se conformer à l'ordonnance de probation. Dans ces circonstances, il n'avait pas la *mens rea* nécessaire pour commettre l'infraction visée au par. 666(1).



Having concluded that the conviction for the underlying offence will constitute the *actus reus* of the offence under s. 666(1), I emphasize that the elements comprising the *actus reus* and *mens rea* of the underlying offence are not open to dispute by the accused in defence of the charge under s. 666(1). For example, if an accused is convicted of sexual assault under s. 265 of the *Criminal Code*, a judge presiding over his trial for breach of probation must take it as given that the accused had the requisite *mens rea* when he committed the *actus reus* of the s. 265 offence. This would include an intent to commit the assault without the consent of the victim. Where the defence of honest but mistaken belief in consent has been rejected either explicitly or impliedly at the trial for the offence of sexual assault (as it must have been if the accused was convicted), the accused cannot argue at his trial for breach of probation that he did not intend to commit the offence under s. 265 because he honestly believed that the victim was consenting.

Does s. 19 of the *Criminal Code* prevent the respondent from relying on his honest belief to negate the *mens rea* requirement in s. 666(1)? The section provides:

19. Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

The respondent testified that he did not believe he was doing anything wrong when he got behind the wheel of the car while in an intoxicated condition. The trial judge accepted that the respondent's belief was honestly held and noted the existence of objective evidence in support of his contention.

It is beyond dispute that the respondent could not escape conviction for a violation of s. 236 of the *Criminal Code* on the ground that he did not know that having care and control of a motor vehicle with a blood alcohol level over .08 was against the law. That knowledge is not a component of the *mens rea* of s. 236. Neither could the respondent claim that he did not know that a wilful failure to be of good behaviour was a breach

Ayant conclu que la déclaration de culpabilité relative à l'infraction sous-jacente constitue l'*actus reus* de l'infraction visée au par. 666(1), je souligne qu'il n'est pas loisible à l'accusé de contester les éléments composant l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction sous-jacente pour se défendre contre l'accusation portée en vertu du par. 666(1). Par exemple, si un accusé est déclaré coupable d'agression sexuelle en vertu de l'art. 265 du *Code criminel*, le juge qui préside son procès pour violation des conditions de son ordonnance de probation doit tenir pour acquis que l'accusé avait la *mens rea* requise lorsqu'il a commis l'*actus reus* de l'infraction visée à l'art. 265. Cela comprendrait l'intention de commettre l'agression sans le consentement de la victime. Lorsque le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement est rejeté explicitement ou implicitement au procès relatif à l'infraction d'agression sexuelle (comme ce doit être le cas si l'accusé est déclaré coupable), l'accusé ne peut faire valoir à son procès pour violation des conditions de son ordonnance de probation qu'il n'a pas voulu commettre l'infraction visée à l'art. 265 puisqu'il croyait sincèrement que la victime était consentante.

L'article 19 du *Code criminel* empêche-t-il l'intimé d'invoquer sa croyance sincère pour nier la *mens rea* exigée au par. 666(1)? Voici le texte de cet article:

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de cette infraction.

L'intimé a témoigné qu'il ne croyait pas qu'il faisait quelque chose de mal lorsqu'il s'est assis au volant de la voiture alors qu'il était en état d'ébriété. Le juge du procès a reconnu que l'intimé croyait cela sincèrement et a souligné l'existence d'une preuve objective à l'appui de son argument.

Il est incontestable que l'intimé ne pourrait échapper à une déclaration de culpabilité pour violation de l'art. 236 du *Code criminel* pour le motif qu'il ignorait que le fait d'avoir la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur avec un taux d'alcoolémie supérieur à .08 était contraire à la loi. Cette connaissance n'est pas une composante de la *mens rea* de l'art. 236. L'intimé ne pourrait pas plus prétendre qu'il ignorait que l'omission

of probation, especially since s. 663(4) (now s. 737(3)) of the *Criminal Code* requires a court when it issues a probation order to ensure that the accused knows the terms and conditions of the order, the conduct that would constitute a breach and the consequences of such a breach and the respondent has not alleged that this was not done.

Mewett and Manning in their text, *Criminal Law* (2nd ed. 1985) discuss at p. 320 what is meant by the maxim ignorance of the law is no excuse:

It is often said that ignorance of the law is no excuse and as a general maxim—now incorporated in s. 19 of the Code—it is a harmless cliché. It is more accurate, however, to say that knowledge that one's act is contrary to the law is not one of the elements of the requisite *mens rea* and hence a mistake as to what the law is does not operate as a defence. That is to say, this belief that an act is lawful, however much it might affect sentence, does not affect liability.

While I agree with the authors' general proposition I believe that where the commission of a criminal offence is relied on as the *actus reus* of the offence under s. 666(1) (as in this case), knowledge that one's act is contrary to law (in this case, the law contained in s. 236 of the *Criminal Code*) is an element of the requisite *mens rea* of wilfully failing to comply with a probation order. I believe, in other words, that s. 666(1) constitutes an exception to the general rule expressed in s. 19 in a case where the commission of a criminal offence is relied on as the *actus reus* under the section. An accused cannot have wilfully breached his probation order through the commission of a criminal offence unless he knew that what he did constituted a criminal offence. However, the conviction is evidence of the *mens rea* under s. 666(1) only to the extent that wilfulness can be inferred from the *actus reus* as indicated above. Such *mens rea* must be proved and s. 19 of the *Criminal Code* does not preclude the respondent from relying on his honest belief that he was not doing anything wrong to negate its presence. Where knowledge is

volontaire d'avoir une bonne conduite constituait une violation des conditions de son ordonnance de probation, étant donné particulièrement que le par. 663(4) (maintenant le par. 737(3)) du *Code criminel* oblige la cour qui délivre une ordonnance de probation à s'assurer que l'accusé soit au courant des conditions de l'ordonnance, de la conduite qui constituerait une violation et des conséquences d'une telle violation, et l'intimé n'a pas allégué que cela n'a pas été fait.

Mewett et Manning dans leur ouvrage, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1985) analysent, à la p. 320, la signification de la maxime portant que nul n'est censé ignorer la loi:

[TRADUCTION] On dit souvent que nul n'est censé ignorer la loi et qu'à titre de maxime générale—qui fait maintenant partie de l'art. 19 du Code—il s'agit d'un cliché anodin. Toutefois, il est plus précis de dire que le fait de savoir qu'un acte est contraire à la loi n'est pas un des éléments de la *mens rea* nécessaire et, ainsi, une erreur sur ce que prescrit la loi ne constitue pas un moyen de défense. En d'autres termes, quelle que soit son importance à l'égard de la peine, la croyance qu'un acte est légitime n'influe pas sur la responsabilité.

Bien que je souscrive à la proposition générale des auteurs, je suis d'avis que lorsqu'on fait valoir que la perpétration d'une infraction criminelle constitue l'*actus reus* de l'infraction visée au par. 666(1) (comme en l'espèce), le fait de savoir que l'acte qu'on a accompli est contraire à la loi (en l'espèce, la disposition législative contenue à l'art. 236 du *Code criminel*) constitue un élément de la *mens rea* nécessaire en ce qui a trait à l'omission volontaire de se conformer à une ordonnance de probation. En d'autres termes, je suis d'avis que le par. 666(1) constitue une exception à la règle générale exprimée à l'art. 19 dans un cas où la perpétration d'une infraction criminelle est invoquée comme étant l'*actus reus* visé à l'article. Un accusé ne peut avoir volontairement violé les conditions de son ordonnance de probation par la perpétration d'une infraction criminelle à moins qu'il n'ait su que ce qu'il faisait constituait une infraction criminelle. Cependant, la déclaration de culpabilité ne constitue une preuve de la *mens rea* visée au par. 666(1) que dans la mesure où l'existence du caractère volontaire peut se déduire de

itself a component of the requisite *mens rea*, the absence of knowledge provides a good defence.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

*Solicitors for the respondent: Chalker, Green & Rowe, St. John's.*

*l'actus reus*, tel qu'indiqué plus haut. Cette *mens rea* doit être prouvée et l'art. 19 du *Code criminel* n'empêche pas l'intimé d'invoquer sa croyance sincère qu'il ne faisait rien de mal pour nier son existence. Lorsque la connaissance constitue elle-même une composante de la *mens rea* nécessaire, l'absence de cette connaissance fournit un moyen de défense valable.

*b* Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

*c* *Procureurs de l'intimé: Chalker, Green & Rowe, St. John's.*

**Syndicat des travailleurs(euses) de l'abattoir de Princeville (C.S.N.) Appellant**

v.

**Robert Hémond, Raymond Grenier and Pierre-André Ouellet Respondents**

and

**Coopérative fédérée du Québec Mis en cause**

INDEXED AS: HÉMOND V. COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DU QUÉBEC

File No.: 20459.

1989: June 20; 1989: October 12.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Labour relations — Seniority — Return to bargaining unit — Motion for declaratory judgment to determine seniority rights of certain employees — Collective agreement in effect at time employees returned to bargaining unit less generous than that in effect when promoted — Whether seniority rights of employees governed by new collective agreement — Whether Superior Court has jurisdiction to determine employees' seniority rights — Distinction between applicability and application of collective agreement — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(f), 65, 66, 67, 100, 139.*

Respondents, who had been employed by the mis en cause for many years, were promoted to be foremen and as such excluded from the bargaining unit. They were subsequently demoted and rejoined the unit. When they returned, however, respondents were only entitled to five years' seniority under the clause of the collective agreement then in effect. They filed a motion for a declaratory judgment in the Superior Court and contended that their seniority should be calculated in accordance with the collective agreement in effect at the time they were promoted. Under that agreement, H, G and O would be entitled to 27, 17 and 14 years' seniority respectively. They accordingly asked the court to declare that the clauses limiting seniority rights contained in the collective agreement concluded between the mis en cause and appellant could not be set up against them in computing their seniority because they were not bargaining parties. Appellant opposed the motion for a declaratory judg-

**Syndicat des travailleurs(euses) de l'abattoir de Princeville (C.S.N.) Appelant**

c.

**<sup>a</sup> Robert Hémond, Raymond Grenier et Pierre-André Ouellet Intimés**

et

**<sup>b</sup> Coopérative fédérée du Québec Mise en cause**

RÉPERTORIÉ: HÉMOND c. COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DU QUÉBEC

N° du greffe: 20459.

<sup>c</sup> 1989: 20 juin; 1989: 12 octobre.

Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Relations du travail — Ancienneté — Retour dans l'unité de négociation — Requête en jugement déclaratoire pour déterminer les droits d'ancienneté de certains employés — Convention collective en vigueur au moment de la réintégration des employés dans l'unité de négociation moins généreuse que celle en vigueur lors de leur promotion — Les droits d'ancienneté des employés sont-ils régis par la nouvelle convention collective? — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour déterminer les droits d'ancienneté des employés? — Distinction entre applicabilité et application d'une convention collective — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 1f), 65, 66, 67, 100, 139.*

<sup>e</sup> Les intimés, employés de la mise en cause depuis de nombreuses années, ont été promus contremaîtres et, de ce fait, exclus de l'unité de négociation. Par la suite, ils ont subi une rétrogradation et ont réintégré l'unité. Au moment de leur réintégration, les intimés n'ont toutefois eu droit qu'à cinq années d'ancienneté conformément à la clause de la convention collective alors en vigueur. Ils ont présenté devant la Cour supérieure une requête pour jugement déclaratoire et ont fait valoir que leur ancienneté devrait être calculée selon la convention collective en vigueur au moment de leur promotion. En vertu de cette convention, H, G et O auraient droit respectivement à 27, 17 et à 14 années d'ancienneté. Ils ont donc demandé à la cour de déclarer que les clauses limitatives du droit d'ancienneté contenues dans la nouvelle convention conclue entre la mise en cause et l'appellant ne leur soient pas opposables dans la computation de leur ancienneté parce qu'ils n'y étaient pas parties négocian-

ment for a lack of jurisdiction in the Superior Court *ratione materiae*, because the question involved the interpretation and application of a collective agreement and respondents' sole recourse was by grievance and arbitration. The Superior Court allowed the declinatory exception and dismissed the motion. The Court of Appeal reversed the judgment and held that the Superior Court had jurisdiction since the question raised by respondents concerned the applicability of the most recent collective agreement.

*Held:* The appeal should be allowed.

The Superior Court does not have jurisdiction to decide what seniority rights respondents have. These rights relate to the application of the most recent agreement and, under ss. 1(f), 100 and 139 of the *Labour Code*, only an arbitrator hearing a grievance has jurisdiction to determine them. It cannot be concluded that the problem raised by respondents is one of applicability (and that the Superior Court has jurisdiction), since this would mean that more than one collective agreement applied to the same bargaining unit. That would imply that a collective agreement which had otherwise expired would regulate the method used to calculate the seniority of certain employees (here respondents), while the text of the most recent collective agreement would regulate that of certain other employees. In light of the legislation and fundamental principles in the field of labour law, a collective agreement cannot be divided and governs all members of a bargaining unit. The wording of s. 67 of the *Labour Code* only recognizes the presence of one agreement and ss. 65 and 66 make it clear that old collective agreements are void. In view of these provisions, respondents' seniority rights must necessarily be based on the interpretation of the most recent collective agreement.

In any case, the concept of applicability cannot be extended to the case at bar. When applicability is in question it is not the content or effect of the particular provisions of the collective agreement that are at issue but whether the agreement as a whole is capable of governing a given situation. The scope of the particular provisions which do not imply the applicability of the agreement as a whole is a matter of interpretation and application reserved for the consideration of the grievance arbitrator.

Though it is possible in some cases to interpret a collective agreement so as to give seniority rights to certain workers, one cannot simply ignore the terms of such an agreement in order to give employees vested rights in the matter. Seniority rights are subject to the collective bargaining process like any other employee right and can therefore be changed. In the context of

tes. L'appelant a contesté la requête en jugement déclaratoire pour absence de compétence *ratione materiae* de la Cour supérieure parce qu'il s'agit de l'interprétation et de l'application d'une convention collective et que le seul recours des intimés est par voie de grief et arbitrage. La Cour supérieure a accueilli le moyen déclinaire et a rejeté la requête. La Cour d'appel a infirmé le jugement et déclaré la Cour supérieure compétente puisque la question soulevée par les intimés concerne l'applicabilité de la convention collective la plus récente.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La Cour supérieure n'a pas compétence pour décider des droits d'ancienneté des intimés. Ces droits relèvent de l'application de la convention la plus récente et, en vertu de l'al. 1f) et des art. 100 et 139 du *Code du travail*, seul un arbitre dans le cadre d'un grief a compétence pour en décider. On ne peut conclure que le problème soulevé par les intimés en est un d'applicabilité (et que la Cour supérieure a compétence) puisque ce serait admettre que plus d'une convention collective s'applique à une même unité de négociation. Ceci impliquerait qu'une convention collective par ailleurs échue régit le mode de calcul de l'ancienneté de certains employés (en l'occurrence les intimés), alors que le texte de la convention collective la plus récente régit celui de certains autres employés. Or, en vertu des dispositions législatives et des principes directeurs du droit du travail, une convention collective est indivisible et régit tous les membres d'une unité de négociation. Le libellé de l'art. 67 du *Code du travail* consacre en effet la présence d'une seule convention et les art. 65 et 66 mettent en évidence la caducité de conventions collectives anciennes. Compte tenu de ces dispositions, les droits d'ancienneté des intimés doivent nécessairement reposer sur une interprétation de la convention collective la plus récente.

De toute façon, le concept d'applicabilité ne peut être étendu à la présente espèce. En matière d'applicabilité, ce n'est pas le contenu ou l'effet des dispositions particulières de la convention collective qui sont en cause mais la question est de savoir si la convention dans son ensemble est susceptible de régir une situation donnée. La portée des dispositions particulières qui n'emportent pas l'applicabilité de l'ensemble de la convention est matière d'interprétation et d'application réservée à la compétence de l'arbitre de griefs.

Bien qu'il soit possible dans certains cas d'interpréter une convention collective de façon à reconnaître des droits d'ancienneté à certains travailleurs, il n'est pas permis d'ignorer carrément les termes d'une telle convention pour conférer à des employés des droits acquis en la matière. Les droits d'ancienneté, au même titre que n'importe quel autre droit des employés, sont assu-

labour relations it would be singular for those rights to be raised to the level of vested rights. When a collective agreement exists, individual rights are for all practical purposes superseded.

An arbitrator having the function of determining respondents' seniority may refer to an earlier collective agreement as an interpretation tool.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; **referred to:** *Société Radio-Canada v. Syndicat canadien de la Fonction publique*, [1988] R.J.Q. 932; *Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 204 v. Produits forestiers E.B. Eddy Ltée*, [1988] R.D.J. 614; *Auger v. Société Asbestos Ltée*, S.C. Frontenac, No. 235-05-000394-82, January 25, 1984; *Lachance v. Carey Canada Inc.*, D.T.E. 84T-53; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. v. Nadeau*, [1985] C.A. 62; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux-Montréal*, [1977] 2 S.C.R. 568; *Re Federal Wire and Cable Co.* (1960), 3 Steelworkers Arbitration Cases 276.

#### Statutes and Regulations Cited

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 453.  
*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(f), 62, 65, 66, 67, 100, 139 [rep. & sub. 1982, c. 16, s. 5].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 852, which reversed a judgment of the Superior Court<sup>1</sup>, dismissing a motion for a declaratory judgment. Appeal allowed.

*Laurent Roy and Louis Bibaud*, for the appellant.

*Jean Gagné*, for the respondents.

*Pierre Gagnon*, for the mis en cause.

<sup>1</sup> *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, S.C. Arthabaska, No. 415-05-000136-837, January 25, 1984.

jettis au processus de la négociation collective et peuvent donc être modifiés. Dans le contexte des relations ouvrières, il serait inédit d'élever ces droits au rang de droits acquis. Quand il existe une convention collective, les droits individuels sont à toutes fins pratiques écartés.

Il est loisible à un arbitre ayant pour tâche de déterminer l'ancienneté des intimés d'avoir recours à une convention antérieure en tant qu'outil d'interprétation.

#### b Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; **arrêts mentionnés:** *Société Radio-Canada c. Syndicat canadien de la Fonction publique*, [1988] R.J.Q. 932; *Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 204 c. Produits forestiers E.B. Eddy Ltée*, [1988] R.D.J. 614; *Auger c. Société Asbestos Ltée*, C.S. Frontenac, n° 235-05-000394-82, le 25 janvier 1984; *Lachance c. Carey Canada Inc.*, D.T.E. 84T-53; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. c. Nadeau*, [1985] C.A. 62; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal c. CEGEP du Vieux-Montréal*, [1977] 2 R.C.S. 568; *Re Federal Wire and Cable Co.* (1960), 3 Steelworkers Arbitration Cases 276.

#### Lois et règlements cités

*Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, art. 453.  
*Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27, art. 1f), 62, 65, 66, 67, 100, 139 [abr. & rempl. 1982, chap. 16, art. 5].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 852, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure<sup>1</sup>, qui avait rejeté une requête en jugement déclaratoire. Pourvoi accueilli.

*Laurent Roy et Louis Bibaud*, pour l'appellant.

*Jean Gagné*, pour les intimés.

*Pierre Gagnon*, pour la mise en cause.

<sup>1</sup> *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, C.S. Arthabaska, n° 415-05-000136-837, le 25 janvier 1984.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—The case at bar concerns the jurisdiction of the Superior Court to determine, on a motion for a declaratory judgment, the seniority rights of employees promoted to be foremen who have left a bargaining unit and later rejoin it, when the provisions regarding seniority in a new collective agreement differ from those in effect at the time of their promotion.

### Facts

The three respondents are employees of the mis en cause, the Coopérative fédérée du Québec. Robert Hémond was hired by the Coopérative in 1955, while Raymond Grenier and Pierre-André Ouellet were hired in 1963 and 1964 respectively. Originally, all the respondents held the position of labourer.

At some point, the three respondents were promoted to be foremen. This meant that they were excluded from the employees' bargaining unit. Respondents however were subsequently demoted, became laborers again and rejoined the unit. The relevant dates of their promotion and rejoining the unit are respectively: for Robert Hémond, September 25, 1972 and July 19, 1982, for Raymond Grenier, December 8, 1980 and December 21, 1981, and for Pierre-André Ouellet, September 4, 1978 and July 12, 1982.

At the time Robert Hémond left the bargaining unit to accept the position of foreman, the collective agreement then in effect contained the following provision:

[TRANSLATION] Art. 17(f) An employee promoted from the bargaining unit to a foreman's position may subject to the provisions of this clause return to the bargaining unit with seniority rights. The representatives of the parties shall meet to discuss the rejoining terms. The employee's seniority shall include the length of service given by him as foreman in addition to the seniority already acquired at the time of his promotion.

When the other two respondents in their turn left the bargaining unit, the following provision was in effect:

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent litige vise la compétence de la Cour supérieure de décider sur requête pour jugement déclaratoire des droits d'ancienneté des employés qui ont été promus contremaîtres et ont quitté une unité de négociation pour la réintégrer plus tard alors que les dispositions régissant l'ancienneté selon une nouvelle convention collective diffèrent de celles en vigueur lors de leur promotion.

### Les faits

Les trois intimés sont des employés de la mise en cause, la Coopérative fédérée du Québec. Robert Hémond a été embauché par la Coopérative en 1955, alors que Raymond Grenier et Pierre-André Ouellet ont respectivement été engagés en 1963 et en 1964. À l'origine, les intimés occupaient tous le poste d'ouvrier.

À un moment donné, les trois intimés ont été promus contremaîtres. De par ce fait, ils ont été exclus de l'unité de négociation des employés. Par la suite cependant, les intimés ont subi une rétrogradation redevenant des ouvriers et réintégrant l'unité. Les dates pertinentes de promotion et de réintégration sont respectivement: pour Robert Hémond, les 25 septembre 1972 et 19 juillet 1982, pour Raymond Grenier, les 8 décembre 1980 et 21 décembre 1981, et pour Pierre-André Ouellet, les 4 septembre 1978 et 12 juillet 1982.

Au moment où Robert Hémond a quitté l'unité de négociation pour accepter un poste de contremaître, la convention collective alors en vigueur contenait la disposition suivante:

Art. 17f) Un salarié promu de l'unité de négociation à une position de contremaître, peut sujet aux dispositions de la présente clause, revenir à l'unité de négociation avec droit d'ancienneté. Les représentants des parties se rencontreront pour discuter des modalités de réintégration. Son ancienneté comprendra la durée des services qu'il a donné[s] comme contremaître en plus de l'ancienneté déjà acquise au moment de sa promotion.

Quand les deux autres intimés ont à leur tour quitté l'unité de négociation, la disposition suivante était en vigueur:

[TRANSLATION] An employee promoted from the bargaining unit to a foreman's position may subject to the provisions of this clause return to the bargaining unit with seniority rights within six months of his promotion. The representatives of the parties shall meet to discuss the rejoining terms. After six months, such an employee returning to the bargaining unit shall not have any seniority rights. Notwithstanding the foregoing, an employee holding the position of foreman on the date on which this agreement is signed, may return to the bargaining unit with seniority rights equivalent either:

- (A) to the time worked in the bargaining unit until his appointment to the position of foreman;
- or
- (B) to a maximum of five years for a foreman who belonged to the bargaining unit for a period of less than five years.

The relevant provision of the collective agreement in effect at the time the three respondents returned to the bargaining unit reads as follows:

[TRANSLATION] Art. 29.02 Employees transferred to an occupation excluded from the bargaining unit for a period of six months or more who are later assigned by the employer to duties included in the bargaining unit shall have seniority equivalent to the time worked in the bargaining unit until their appointment, but such seniority shall not exceed a maximum of five years.

When respondents rejoined the bargaining unit the Coopérative told them that, under the foregoing clause, they were entitled only to five years' seniority. This decision had the effect of significantly reducing the seniority of each of the respondents. They contend that Robert Hémond lost a little over twenty-seven years' seniority and the other two respondents, Raymond Grenier and Pierre-André Ouellet, were deprived respectively of some seventeen and fourteen years' seniority.

In view of this, respondents filed a motion for a declaratory judgment in the Superior Court pursuant to art. 453 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. They contended that their seniority should be calculated in accordance with the collective agreement in effect at the time they were promoted to the position of foreman, not that in effect at the time they rejoined the bargaining

Un salarié promu de l'unité de négociation à une position de contremaître, peut sujet aux dispositions de la présente clause, revenir à l'unité de négociation avec droit d'ancienneté, dans les six (6) mois de sa promotion.

- <sup>a</sup> Les représentants des parties se rencontreront pour discuter des modalités de sa réintégration. Après six (6) mois, ce salarié retournant à l'unité de négociation, y retourne sans aucun droit d'ancienneté. Nonobstant ce qui précède, un employé occupant à la date de signature de la présente convention la position de contremaître,
- <sup>b</sup> peut revenir à l'unité de négociation avec droit d'ancienneté équivalent soit:
  - A) Au temps travaillé dans l'unité de négociation jusqu'à sa nomination au poste de contremaître;
  - ou
  - <sup>c</sup> B) À un maximum de cinq (5) années pour le contremaître qui aurait fait partie de l'unité de négociation pour une période de moins de cinq (5) années.

<sup>d</sup> La disposition pertinente de la convention collective en vigueur au moment où les trois intimés sont retournés à l'unité de négociation se lit comme suit:

<sup>e</sup> Art. 29.02 Les salariés qui sont transférés à une occupation exclue de l'unité de négociation pour une période de six (6) mois ou plus et par la suite assignés par l'employeur à des tâches incluses dans l'unité de négociation auront une ancienneté équivalente au temps travaillé dans l'unité de négociation jusqu'à leur nomination sans <sup>f</sup> toutefois dépasser un maximum de cinq (5) années d'ancienneté.

Au moment de leur réintégration dans l'unité de négociation, la Coopérative informe les intimés <sup>g</sup> qu'ils n'ont droit, conformément à la clause précitée, qu'à cinq années d'ancienneté. Cette décision a pour effet de réduire de façon significative l'ancienneté de chacun des intimés. Selon ces derniers, Robert Hémond perd en fait un peu plus de 27 <sup>h</sup> années d'ancienneté, et Raymond Grenier et Pierre-André Ouellet sont respectivement privés d'environ 17 et 14 années d'ancienneté.

<sup>i</sup> Face à cet état de choses, les intimés présentent devant la Cour supérieure une requête pour jugement déclaratoire aux termes de l'art. 453 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25. Ils font valoir que leur ancienneté doit être calculée selon <sup>j</sup> la convention collective en vigueur au moment de leur promotion à la position de contremaître et non selon celle en vigueur au moment de leur réinté-



unit. They asked the court to make the following findings:

[TRANSLATION] DECLARE that the clauses limiting seniority rights contained in the collective agreements concluded between respondent and the mis en cause union since July 31, 1974, as regards the applicant ROBERT HÉMOND, and subsequent to July 31, 1980 as regards the applicants RAYMOND GRENIER and PIERRE-ANDRÉ OUELLET, cannot be set up against applicants in computing their seniority because the latter were not bargaining parties;

ACCORDINGLY:

DECLARE that during the period in which he worked for respondent as foreman, petitioner ROBERT HÉMOND did not lose twenty-seven years, one month and six days' seniority;

DECLARE further that during the period he was a foreman in the employ of respondent petitioner RAYMOND GRENIER did not lose seventeen years, seven months' seniority;

DECLARE further that during the period he was a foreman in the employ of respondent petitioner PIERRE-ANDRÉ OUELLET did not lose fourteen years, three months and sixteen days' seniority.

Appellant Syndicat des travailleurs(euses) de l'abattoir de Princeville (C.S.N.) opposed respondents' motion for a declaratory judgment, first, for lack of jurisdiction in the Superior Court *ratione materiae* because the question involves the interpretation and application of a collective agreement and respondents' sole recourse is by grievance and arbitration. It further argued that respondents' motion was without foundation in law.

Decisions of Lower Courts

*Superior Court*

André Gervais J. allowed the declinatory exception made by appellant. He found that the Superior Court did not have the necessary jurisdiction to determine respondents' seniority rights, and accordingly dismissed the motion for a declaratory judgment. In support of its decision the court referred to the reasons for judgment in two cases dealing with the same question: *Auger v. Société Asbestos Ltée*, S.C. Frontenac, No. 235-05-000394-82, January 25, 1984, and *Lachance v.*

gration à l'unité de négociation. Ils concluent aux déclarations suivantes:

DÉCLARER que les clauses limitatives du droit d'ancienneté contenues dans les conventions collectives conclues entre l'intimée et le syndicat, mis en cause, depuis le 31 juillet 1974 en ce qui concerne le requérant ROBERT HÉMOND et postérieures au 31 juillet 1980 en ce qui concerne les requérants RAYMOND GRENIER et PIERRE-ANDRÉ OUELLET, ne sont pas opposables aux requérants dans la computation de leur ancienneté parce que ceux-ci n'y étaient pas parties négociantes;

EN CONSÉQUENCE:

DÉCLARER que pendant la période où il était à l'emploi de l'intimée comme contremaître, le requérant ROBERT HÉMOND n'a pas perdu vingt-sept (27) ans, un (1) mois et six (6) jours d'ancienneté;

DÉCLARER également que pendant la période de temps où il était contremaître, à l'emploi de l'intimée, le requérant RAYMOND GRENIER n'a pas perdu dix-sept (17) ans, sept (7) mois d'ancienneté;

DÉCLARER également que pendant la période de temps où il était contremaître, à l'emploi de l'intimée, le requérant PIERRE-ANDRÉ OUELLET n'a pas perdu quatorze (14) ans, trois (3) mois, seize (16) jours d'ancienneté.

L'appelant, le Syndicat des travailleurs(euses) de l'abattoir de Princeville (C.S.N.), conteste la requête en jugement déclaratoire des intimés, en premier lieu pour absence de compétence *ratione materiae* de la Cour supérieure parce qu'il s'agit de l'interprétation et de l'application d'une convention collective et que le seul recours des intimés serait par voie de grief et arbitrage. Il plaide en outre que la requête des intimés n'est pas bien fondée en droit.

Décisions des tribunaux d'instance inférieure

*La Cour supérieure*

Le juge André Gervais accueille le moyen déclinatoire invoqué par l'appelant. Il décide que la Cour supérieure n'a pas la compétence nécessaire pour décider des droits d'ancienneté des intimés et, en conséquence, rejette la requête en jugement déclaratoire. À l'appui de sa décision, la cour renvoie aux motifs des jugements dans deux causes traitant de cette même question: *Auger c. Société Asbestos Ltée*, C.S. Frontenac, n° 235-05-000394-82, 25 janvier 1984, et *Lachance c. Carey*

*Carey Canada Inc.*, S.C. Beauce, No. 350-05-000142-834, December 20, 1983 (summarized D.T.E. 84T-53).

In *Auger* Gervais J. dismissed the motion for a declaratory judgment. In the court's opinion it was clear that the union in that case had refused to file a grievance on the employees' behalf, and that this refusal by the union was the only plausible reason application had not been made directly to a civil tribunal. In such a case, the only possible recourse open to employees was an action against the union as such, not a motion for a declaratory judgment. The court cited in this connection the observations of Pigeon J. in *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, at p. 548:

It would be absolutely contrary to these provisions to allow the discharged employee to ask the courts to assume the function of the arbitrator appointed by the agreement, if the Union drops the grievance rather than carrying it to arbitration. The situation might be different if the Union acted in bad faith . . . .

and wrote:

[TRANSLATION] Taking into account what was said above regarding applicants' rights in the event that the UNION fails to represent them by a grievance, and their possible remedies in such a situation, the court must conclude that the said applicants cannot do indirectly, that is through a motion for a declaratory judgment, what they cannot do or what they have been prevented from doing directly, namely by a grievance, which in the field of collective labour law was their only proper remedy.

In *Lachance* Boisvert J., on the other hand, took a rather different approach. The applicants in that case had in their turn asked the court to determine the applicability to them of a seniority clause which had been amended against their interests when they were out of the bargaining unit. The court considered that the problem was exclusively within the jurisdiction of an arbitrator and refused to intervene on their behalf. The court held it could not apply and interpret either an expired collective agreement or one that was in effect. Boisvert J. cited s. 100 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, which provides that any question

*Canada Inc.*, C.S. Beauce, n° 350-05-000142-834, 20 décembre 1983 (résumé D.T.E. 84T-53).

*a* Dans l'affaire *Auger*, le juge Gervais avait rejeté la requête en jugement déclaratoire. Il était clair, selon ce juge, que le syndicat dans cette affaire avait refusé de loger un grief au nom des employés, et que ce refus de la part du syndicat constituait la seule raison plausible pour laquelle on s'était directement adressé à un tribunal civil. *b* En pareil cas, le seul recours possible des employés était une poursuite contre le syndicat en tant que tel, et non une requête pour jugement déclaratoire. *c* La cour cite à cet effet les propos du juge Pigeon dans l'affaire *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, à la p. 548:

*d* C'est aller directement à l'encontre de ces stipulations que de permettre à l'employé renvoyé de demander aux tribunaux de se substituer à l'arbitre désigné par la convention, si le Syndicat laisse tomber le grief au lieu de le pousser jusqu'à l'arbitrage. Il pourrait en être autrement au cas où le Syndicat agirait de mauvaise foi *e* . . .

et écrit:

Compte tenu de ce que ci-avant explicité en rapport avec les droits des requérants, en cas de défaut du SYNDICAT de les représenter par grief, et leurs recours possibles advenant cette situation, il y a lieu de conclure que lesdits requérants ne peuvent faire indirectement, savoir par l'entremise d'une requête pour jugement déclaratoire, ce qu'ils ne peuvent faire ou ce qu'on leur a refusé de faire directement, savoir par grief, chose qui, dans le domaine du régime collectif de travail, était leur seul recours approprié.

*h* Dans l'affaire *Lachance*, le juge Boisvert, par contre, épouse une approche un peu différente. Les requérants dans cette affaire avaient à leur tour demandé à la cour de déterminer l'applicabilité, en ce qui les concernait, d'une clause d'ancienneté qui avait été modifiée à leur désavantage lors de leur absence de l'unité de négociation. Estimant que le problème était du ressort exclusif d'un arbitre, la cour refuse d'intervenir en leur faveur. La cour statue qu'elle ne peut appliquer et interpréter ni une convention collective échue ni une convention collective en vigueur. Le juge Boisvert invoque l'art. 100 du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27,

of the interpretation and application of a collective agreement must be submitted to arbitration:

[TRANSLATION] . . . it has to be said that the only rights applicants have are those resulting from one or other of the collective agreements in effect: not only can the court not interpret old collective agreements which have ceased to apply, but the Superior Court has no right to interpret an existing collective agreement; such a right is null and non-existent; moreover as I mentioned above, under s. 100 of the *Labour Code* a grievance must be submitted to arbitration and the Superior Court is not required to become involved in the interpretation of collective agreements . . . .

### *Court of Appeal*

Relying on the reasons for its judgment in *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. v. Nadeau*, [1985] C.A. 62, a majority of the Court of Appeal reversed the judgment of the Superior Court: [1987] R.J.Q. 852. In the latter case, in which the situation of fact was almost the same as in the case at bar, the Court of Appeal had held that the Superior Court had the necessary jurisdiction to grant the remedies sought by the applicants because their seniority rights concerned not the application of a collective agreement (a question over which an arbitrator would have exclusive jurisdiction) but rather the applicability of a collective agreement. The court relied on *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, in which this Court held at p. 1073 that the applicability of such an agreement, as opposed to its application, was within the jurisdiction of a civil tribunal:

It is important to distinguish between the applicability of a collective agreement and its application, although both expressions are frequently used interchangeably.

The question of applicability is preliminary and goes to the initial jurisdiction of the arbitrator. That question asks whether in a given situation the collective agreement is capable of being applied, because it attains the objective sought. This question is not itself arbitrable; if it is before the arbitrator, he cannot err in this regard without usurping a jurisdiction which he does not have or refusing to exercise one which he does have.

qui prévoit que tout problème d'interprétation et d'application d'une convention collective doit être soumis à l'arbitrage:

. . . il faut dire et affirmer que les seuls droits que possèdent les requérants sont ceux découlant de l'une ou l'autre des conventions collectives en vigueur, non seulement la Cour ne peut interpréter d'anciennes conventions collectives qui ont cessé d'avoir vigueur et effet, mais quant au droit de la Cour supérieure d'interpréter une convention collective en vigueur, ce droit est nul et inexistant, d'ailleurs tel que je le mentionne plus haut en vertu de l'art. 100 du code du travail, un grief doit être soumis à l'arbitrage et la Cour supérieure n'a pas à s'immiscer dans l'interprétation de conventions collectives . . . .

### *La Cour d'appel*

Se fondant sur les motifs de son arrêt *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. c. Nadeau*, [1985] C.A. 62, la Cour d'appel, par voix majoritaire, renverse la décision de la Cour supérieure: [1987] R.J.Q. 852. Dans cette dernière affaire, où la situation factuelle était quasi-identique à celle en l'espèce, la Cour d'appel avait en effet décidé que la Cour supérieure avait la compétence nécessaire pour accorder aux requérants les remèdes recherchés parce que les droits d'ancienneté de ces derniers ne relevaient pas de l'application d'une convention collective (une question sur laquelle un arbitre aurait eu juridiction exclusive) mais concernait plutôt l'applicabilité d'une convention collective. La cour s'était appuyée sur l'affaire *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, où il a été décidé, à la p. 1073, que l'applicabilité d'une telle convention, par opposition à son application, relève de la compétence d'un tribunal civil:

Il importe de distinguer ici entre l'applicabilité d'une convention collective et son application, quoique les deux expressions soient couramment employées l'une pour l'autre.

La question de l'applicabilité est préalable et met en cause la juridiction initiale de l'arbitre. Par cette question, on se demande si, dans une situation donnée, la convention collective est susceptible de porter parce qu'elle y atteint le but qu'elle vise. Cette question n'est pas elle-même arbitrable: si c'est l'arbitre qui en est saisi, il ne peut se tromper à son sujet sans usurper une juridiction qu'il ne possède pas ou refuser d'exercer celle qui lui appartient.

The question of the application of a collective agreement concerns its implementation, the putting of it into practice. This is a subsequent question which arises only when the preceding one has been resolved in the affirmative and about which the arbitrator can err without his jurisdiction being necessarily affected.

A disagreement as to the applicability of a collective agreement therefore does not constitute a grievance but a preliminary issue.

On the substantive question the Quebec Court of Appeal held in *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc.*, *supra*, that applicants' seniority rights depended on the collective agreement that was in effect at the time they were promoted to the position of foreman. The Court of Appeal considered that applicants' seniority rights were individual rights that could not be altered without their consent by subsequent collective agreements.

In the case at bar Nichols and Paré J.J.A. therefore held that the question raised by respondents concerned the applicability of the most recent collective agreement. They found that the question is which of the seniority clauses governs respondents, and returned the matter to the Superior Court for this to be determined. Dubé J.A., dissenting, considered on the contrary that the problem raised by respondents does not relate to the applicability of the most recent collective agreement, but to its application and interpretation. After noting that under s. 67 of the *Labour Code*, respondents are governed by the aforementioned agreement, Dubé J.A. concluded that in accordance with s. 100 of the *Labour Code*, the dispute between the parties had to be settled by arbitration.

#### Point at Issue

The only point at issue is whether the Superior Court has jurisdiction to decide what seniority rights respondents have. If the issue between the parties raises a question of applicability, the Superior Court will have jurisdiction. If on the other hand it is the application and interpretation of the most recent collective agreement which is in question, only the arbitrator can hear the matter.

La question de l'application d'une convention collective concerne son exécution ou sa mise en pratique. C'est une question subséquente qui ne se pose que lorsque la précédente est résolue par l'affirmative. L'arbitre peut s'y tromper sans que sa juridiction en soit nécessairement affectée.

Une mésentente relative à l'applicabilité d'une convention collective ne constitue donc pas un grief mais un litige préliminaire.

Sur la question de fond, la Cour d'appel du Québec a décidé dans l'affaire *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc.*, précitée, que les droits d'ancienneté des requérants dépendaient de la convention collective qui était en vigueur au moment de leur promotion au poste de contremaître. La Cour d'appel a estimé que les droits d'ancienneté des requérants constituaient des droits individuels qui ne pouvaient pas être modifiés, sans le consentement de ces derniers, par des conventions collectives ultérieures.

Dans le présent dossier, les juges Nichols et Paré décident donc que la question soulevée par les intimés concerne l'applicabilité de la convention collective la plus récente. Ils jugent que la question est de savoir par quelle clause d'ancienneté les intimés sont régis et, à cette fin, retournent le dossier à la Cour supérieure. Le juge Dubé, dissident, est par contre de l'avis que le problème soulevé par les intimés n'a pas rapport à l'applicabilité de la convention collective la plus récente, mais plutôt à son application et à son interprétation. Après avoir fait remarquer que les intimés sont régis, aux termes de l'art. 67 du *Code du travail*, par la convention susmentionnée, le juge Dubé conclut que le litige entre les parties doit être réglé, selon l'art. 100 du *Code du travail*, par la voie de l'arbitrage.

#### Question en litige

La seule question en litige est de savoir si la Cour supérieure est compétente ou non pour décider des droits d'ancienneté des intimés. Si le litige entre les parties soulève une question d'applicabilité, la Cour supérieure aura compétence. Si, en revanche, ce sont l'application et l'interprétation de la convention collective la plus récente qui sont en jeu, seul l'arbitre pourra être saisi de l'affaire.

Arguments of Parties in this Court

Appellant alleged that respondents' seniority must be determined by an arbitrator in a grievance proceeding. In its submission, the concept of applicability is limited in scope and cannot successfully be relied on in the context of the case at bar. In appellant's opinion a collective agreement becomes applicable to employees as soon as it is determined that they are members of the bargaining unit for which the agreement was negotiated. Since it is clear that respondents are currently members of the bargaining unit of the employees of the mis en cause, there can be no doubt in appellant's view that their seniority rights are governed by the most recent collective agreement.

In appellant's opinion the Court of Appeal judgment has the effect of recognizing the existence of two collective agreements, one governing certain rights of respondents (namely seniority), and the other governing certain other rights. This position, appellant submitted, is contrary to the letter and spirit of the legislation dealing with labour relations. In appellant's submission respondents' seniority rights must necessarily be read and understood in terms of the most recent collective agreement.

Respondents for their part relied on *Labrecque, supra*, as a basis for saying that the problem raised by them regarding their seniority is not within the jurisdiction of an arbitrator. In the final analysis, they alleged that the seniority clause contained in the most recent collective agreement cannot be set up against them and accordingly concluded that the arbitrator, whose function is limited to the application and interpretation of that agreement, is not competent to decide what their rights are in the matter. In support of their argument that the most recent seniority clause does not apply to them, respondents argued that their seniority rights are vested rights which cannot be abridged without their agreement. They argued that the union has no power to alter their seniority rights by a subsequent collective agreement, as for all practical purposes those rights are personal rights which can neither be limited nor abolished without agreement between the parties.

Arguments des parties devant cette Cour

L'appelant allègue que l'ancienneté des intimés doit être déterminée par un arbitre dans le cadre d'un grief. Selon lui, le concept d'applicabilité a une portée limitée et ne peut être invoqué avec succès dans le contexte de l'espèce. L'appelant est d'avis qu'une convention collective devient applicable à des employés dès que l'on peut conclure que ceux-ci sont membres de l'unité syndicale pour laquelle la convention a été négociée. Puisqu'il est clair que les intimés sont actuellement membres de l'unité syndicale des employés de la mise en cause, il ne fait pas de doute, selon l'appelant, que leurs droits d'ancienneté sont régis par la convention collective la plus récente.

De l'avis de l'appelant, la décision de la Cour d'appel a pour effet de consacrer la coexistence de deux conventions collectives, l'une régissant certains droits des intimés (c.-à-d. l'ancienneté), l'autre gouvernant certains autres droits. Cette position, selon l'appelant, serait contraire à la lettre et à l'esprit du régime législatif qui régleme les relations ouvrières. Selon l'appelant, les droits d'ancienneté des intimés doivent obligatoirement être lus et compris en fonction de la convention collective la plus récente.

Les intimés, pour leur part, se fondent sur l'affaire *Labrecque*, précitée, pour affirmer que la difficulté qu'ils ont soulevée quant à leur ancienneté ne relève pas de la compétence de l'arbitre. Ils allèguent en dernière analyse que la clause d'ancienneté contenue dans la convention collective la plus récente ne leur est pas opposable et concluent de ce fait que l'arbitre, dont le rôle se limiterait à l'application et à l'interprétation de cette convention, n'est pas compétent pour décider de leurs droits en la matière. À l'appui de leur prétention à l'effet que la clause d'ancienneté la plus récente ne leur est pas applicable, les intimés soutiennent que leurs droits d'ancienneté constituent des droits acquis auxquels on ne peut déroger sans leur permission. Ils argumentent qu'il n'était pas loisible au syndicat de modifier leurs droits d'ancienneté par le biais d'une convention collective ultérieure, ces droits étant à toutes fins pratiques des droits personnels qui ne peuvent être ni limités ni supprimés sans entente entre les parties.

The mis en cause employer adopted some part of the argument of each of the other two parties. It agreed with respondents that the debate in this Court concerns a question of applicability, but it supported appellant's opinion that respondents' seniority rights must ultimately be determined in accordance with the most recent collective agreement.

### Analysis

If one were to conclude that the problem raised by respondents is one of applicability (and that the Superior Court thus has jurisdiction) this would mean that more than one collective agreement applies to the same bargaining unit. That would imply that a collective agreement which had otherwise expired would regulate the method used to calculate the seniority of certain employees (here respondents), while the text of the most recent collective agreement would regulate that of certain other employees. This would amount to saying that a collective agreement can be divided and may not govern certain members of a bargaining unit. In light of the legislation and fundamental principles in the field of labour law, this in my opinion would be an untenable conclusion.

### *Applicability of Collective Agreement*

To fully understand the problem of applicability, certain rules of law that emerge from the *Labour Code* or from precedent need to be looked at. Respondents' position on the question of applicability must be examined in terms of the legislation which governs labour relations and the case law that has resulted from it.

One of the most fundamental rules dealing with the question of applicability is stated in s. 67 of the *Labour Code*. This section provides first that the collective agreement is applicable to all employees, present or future, and also provides that the certified association must make only one collective agreement with the employer:

67. [Employees bound] A collective agreement shall be binding upon all the present or future employees contemplated by the certification.

La mise en cause, employeur, emprunte à l'argumentation de chacune des deux autres parties. Elle est d'accord avec les intimés que le débat devant cette Cour touche une question d'applicabilité, mais elle se range à l'avis de l'appelant pour dire que les droits d'ancienneté des intimés doivent, en définitive, être compris en fonction de la convention collective la plus récente.

### *b Analyse*

Conclure que le problème soulevé par les intimés en est un d'applicabilité (et que la Cour supérieure a donc compétence) serait admettre que plus d'une convention collective s'applique à une même unité de négociation. Ceci impliquerait qu'une convention collective par ailleurs échue régirait le mode de calcul de l'ancienneté de certains employés (en l'occurrence les intimés), alors que le texte de la convention collective la plus récente régirait celui de certains autres employés. Ce serait admettre qu'une convention collective est divisible et peut ne pas régir certains membres d'une unité de négociation. À la lumière des dispositions législatives et des principes directeurs du droit du travail, voilà qui constituerait, à mon avis, une conclusion insoutenable.

### *f Applicabilité de la convention collective*

Afin de mieux s'adresser au problème d'applicabilité, il importe de mettre en relief certains principes de droit qui se dégagent du *Code du travail* ou encore de la jurisprudence. La position des intimés sur la question d'applicabilité doit être comprise en fonction du régime législatif qui gouverne les relations ouvrières et de la jurisprudence qui en découle.

L'un des principes qui est certes parmi les plus importants sur la question d'applicabilité est exprimé à l'art. 67 du *Code du travail*. Cet article prévoit d'une part que la convention collective est applicable à tous les salariés, actuels ou futurs, et dispose d'autre part que l'association accréditée ne doit conclure qu'une seule convention collective avec l'employeur:

67. [Salariés liés] La convention collective lie tous les salariés actuels ou futurs visés par l'accréditation.

[One collective agreement per group] The certified association and the employer shall make only one collective agreement with respect to the group of employees contemplated by the certification.

Additionally, ss. 65 and 66 provide that collective agreements are for a limited time and are therefore capable of being ended and replaced:

65. [Duration] The term of a collective agreement shall not be less than one year nor more than three years.

66. [Presumption] An agreement having no fixed and definite term is presumed to be in force for one year.

Aside from these legislative provisions, two recent judgments of the Quebec Court of Appeal referring to the question of applicability are worth mentioning. In *Société Radio-Canada v. Syndicat canadien de la Fonction publique*, [1988] R.J.Q. 932, and *Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 204 v. Produits forestiers E.B. Eddy Ltée*, [1988] R.D.J. 614, the question was whether certain workers could rejoin the bargaining unit and retain the seniority they had accumulated when they were absent from it. In each of these two cases the union had argued that the employees' collective agreement, which was favourable to the workers' position, could not apply to them since they were no longer members of the unit. The Quebec Court of Appeal had to decide whether the arbitrator, who had based his finding on the employees' collective agreement and ruled in favour of the workers, had erred on the question of applicability. The Court of Appeal said, at p. 938 of *Société Radio-Canada, supra*:

[TRANSLATION] I think . . . that the question presented to the arbitrator did not concern third parties . . . but employees who had belonged to the bargaining unit working in other capacities at the time of the lay-off for the same employer. If they rejoined the unit, what were their rights under the collective agreement? The question of applicability was not presented at the outset: only the application of the collective agreement was the subject of the grievance. [Emphasis added.]

Note that the court thus did not conclude in these two cases that the arbitrator erred by applying the agreement in effect at the time of the arbitration,

[Une convention par groupe] L'association accréditée et l'employeur ne doivent conclure qu'une seule convention collective à l'égard du groupe de salariés visé par l'accréditation.

<sup>a</sup> Par ailleurs, les art. 65 et 66 déterminent que les conventions collectives sont d'une durée limitée et sont donc susceptibles de s'éteindre et d'être remplacées:

<sup>b</sup> 65. [Durée] La durée d'une convention collective est d'au moins un an et d'au plus trois ans.

66. [Présomption] Est présumée en vigueur pour la durée d'une année, la convention ne comportant pas de terme fixe et certain.

<sup>c</sup> Outre ces quelques dispositions législatives, deux récents arrêts de la Cour d'appel du Québec qui touchent la question d'applicabilité méritent d'être mentionnés. Dans les affaires *Société Radio-Canada c. Syndicat canadien de la Fonction publique*, [1988] R.J.Q. 932, et *Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 204 c. Produits forestiers E.B. Eddy Ltée*, [1988] R.D.J. 614, il s'agissait de déterminer si certains travailleurs pouvaient réintégrer l'unité de négociation tout en conservant l'ancienneté qu'ils avaient accumulée lorsqu'ils en étaient absents. Le syndicat, dans chacune de ces deux affaires, avait prétendu que la convention collective des employés, favorable à la position des travailleurs, ne pouvait s'appliquer à ces derniers puisqu'ils n'étaient plus des membres de l'unité. La Cour d'appel du Québec devait décider si l'arbitre, qui s'était fondé sur la convention collective des employés pour trancher en faveur des travailleurs, s'était trompé sur la question d'applicabilité. La Cour d'appel affirme à la p. 938 de l'affaire *Société Radio-Canada, précitée*:

<sup>h</sup> Je crois [. . .] que la question posée à l'arbitre ne concernait pas des tiers [. . .] mais des employés ayant appartenu à l'unité de négociation, travaillant lors de la mise à pied à d'autres titres pour le même employeur. En cas de réintégration, quels étaient leurs droits en vertu de la convention collective? La question d'applicabilité ne se posait pas au départ mais seule l'application de la convention collective faisait l'objet du grief. [Je souligne.]

<sup>j</sup> À noter que la cour n'a donc pas conclu dans ces deux affaires que l'arbitre s'était trompé en appliquant la convention en vigueur au moment de

rather than that which had been in effect when the workers were promoted. The court remained silent on this point.

When applied to the case at bar, ss. 65, 66 and 67 necessarily mean that the most recent agreement alone determines respondents' seniority rights. The very wording of s. 67 only recognizes the presence of one agreement and ss. 65 and 66 in their turn make it clear that old collective agreements are void. In view of these provisions respondents' seniority rights must necessarily be based on interpretation of the most recent collective agreement. As Dubé J.A., dissenting in the Court of Appeal, noted at pp. 855-56, the problem raised by respondents concerns the interpretation and application of this agreement, not its applicability:

[TRANSLATION] In the case at bar since appellants have rejoined the collective agreement, it is clear that the question is not for them one of "applicability" but rather a question of application and interpretation of [the new collective agreement] . . .

Moreover, respondents are not asking the Court to rule that they are not subject to the collective agreement now in effect, which might raise a question of applicability involving the initial jurisdiction of the arbitrator. Instead they are asking the Court to find that certain provisions of the agreement should not be set up against them, essentially because their seniority rights are personal rights, vested rights which exist outside the aforementioned agreement. They argue that the arbitrator has no jurisdiction over the determination of these rights since they are completely independent of the agreement. With respect, I cannot agree with this view. The advantages or benefits which respondents may enjoy as a result of their seniority have to be established by application of the new agreement by the arbitrator responsible for doing so. The arbitrator Bora Laskin, as he then was, said in *Re Federal Wire and Cable Co.* (1960), 3 Steelworkers Arbitration Cases 276, at p. 278:

I take as my starting point that seniority under a collective agreement has its meaning and application

l'arbitrage plutôt que celle qui était en vigueur au moment de la promotion des travailleurs. La cour est en effet demeurée silencieuse sur ce point.

Applicables à l'espèce, les art. 65, 66 et 67 commandent de conclure que la convention la plus récente dicte à elle seule les droits d'ancienneté des intimés. Le libellé même de l'art. 67 ne consacre en effet que la présence d'une seule convention et les art. 65 et 66 mettent en évidence, à leur tour, la caducité de conventions collectives anciennes. Compte tenu de ces dispositions, les droits d'ancienneté des intimés doivent nécessairement reposer sur une interprétation de la convention collective la plus récente. Comme le signale le juge Dubé, dissident en Cour d'appel, aux pp. 855 et 856, le problème soulevé par les intimés concerne l'interprétation et l'application de cette convention et non son applicabilité:

Dans le présent cas, puisque les appelants ont réintégré la convention collective, il est clair qu'il ne s'agit pas pour eux d'une question «d'applicabilité» mais plutôt d'une question d'application et d'interprétation de [la nouvelle convention collective] . . .

Les intimés ne demandent d'ailleurs pas qu'ils soient déclarés non assujettis à la convention collective actuellement en vigueur, ce qui pourrait comporter une question d'applicabilité impliquant la juridiction initiale de l'arbitre. Ils demandent plutôt que certaines dispositions de celle-ci leur soient déclarées inopposables et ceci essentiellement parce que leurs droits d'ancienneté seraient des droits personnels, des droits acquis qui existeraient en marge de la convention susmentionnée. Ils avancent que l'arbitre n'a aucune compétence sur la détermination de ces droits puisque ces derniers seraient complètement indépendants de cette convention. Avec respect, je ne puis me ranger à cette opinion. Les avantages ou les bénéfices dont peuvent jouir les intimés en raison de leur ancienneté doivent être établis par application de la nouvelle convention par l'arbitre qui en est chargé. L'arbitre Bora Laskin, tel qu'il était alors, affirmait dans l'affaire *Re Federal Wire and Cable Co.* (1960), 3 Steelworkers Arbitration Cases 276, à la p. 278:

[TRANSLATION] Je prends comme point de départ que l'ancienneté en vertu d'une convention collective n'a de



only under the terms and in the context of the agreement. Seniority, in other words, is a collective bargaining concept.

It cannot be said that the union in the case at bar did not have the right to alter respondents' seniority rights by means of a subsequent collective agreement. Section 62 of the *Labour Code* states that:

62. [Content of agreement] The collective agreement may contain any provision respecting conditions of employment which is not contrary to public order or prohibited by law.

Though it is possible in some cases to interpret a collective agreement so as to give seniority rights to certain workers, one cannot simply ignore the terms of such an agreement in order to give employees vested rights in the matter. Seniority rights are subject to the collective bargaining process like any other employee right. In the context of labour relations it would be singular, to say the least, for these rights to be absolutely and irremediably raised to the level of vested rights. When a collective agreement exists, individual rights are for all practical purposes superseded. As Laskin C.J. said at p. 725 of *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, in which the Court adopted a rule stated in *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206:

The common law as it applies to individual employment contracts is no longer relevant to employer-employee relations governed by a collective agreement which, as the one involved here, deals with discharge, termination of employment, severance pay and a host of other matters that have been negotiated between union and company as the principal parties thereto.

Respondents' seniority rights relate to the application of the most recent agreement. Under ss. 100, 1(f) and 139 of the *Labour Code*, reproduced below, only the arbitrator of this agreement has jurisdiction to determine them.

100. [Arbitration of grievance] Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the

sens et d'application qu'en vertu des termes et dans le contexte de la convention. En d'autres mots, l'ancienneté est un concept de convention collective.

On ne peut retenir que le syndicat en l'espèce n'avait pas la possibilité de modifier les droits d'ancienneté des intimés par le truchement d'une convention collective ultérieure. L'article 62 du *Code du travail* précise en effet que:

62. [Contenu de la convention] La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi.

Bien qu'il soit possible dans certains cas d'interpréter une convention collective de façon à reconnaître des droits d'ancienneté à certains travailleurs, il n'est pas permis d'ignorer carrément les termes d'une telle convention pour conférer à des employés des droits acquis en la matière. Les droits d'ancienneté, au même titre que n'importe quel autre droit des employés, sont assujettis au processus de la négociation collective. Dans le contexte des relations ouvrières, il serait, pour dire le moins, inédit d'élever ces droits, absolument et irrémédiablement, au rang de droits acquis. Quand il existe une convention collective, les droits individuels sont à toutes fins pratiques écartés. Comme l'affirme le juge en chef Laskin, à la p. 725 de l'affaire *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, où on reprend un principe énoncé dans l'affaire *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206:

Le droit commun applicable aux contrats individuels de travail ne vaut plus quand les relations employeur-employé sont régies par une convention collective qui traite, comme celle présentement en cause, de licenciement, de cessation d'emploi, d'indemnité de cessation d'emploi et d'une foule d'autres choses qui ont été négociées entre le syndicat et la compagnie en tant que parties principales à la convention.

Les droits d'ancienneté des intimés relèvent de l'application de la convention la plus récente. Or, en vertu de l'art. 100, de l'al. 1f) et de l'art. 139 du *Code du travail*, dont les libellés sont reproduits ci-dessous, l'arbitre de cette convention a seul la compétence pour en décider.

100. [Arbitrage des griefs] Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention

collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it; otherwise it shall be referred to an arbitrator chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister.

1. ...

(f) [“*grievance*”] “*grievance*”—any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement;

139. [Prohibited recourses] Except on a question of jurisdiction, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 850 of the Code of Civil Procedure shall be exercised and no injunction granted against any council of arbitration, court of arbitration, certification agent, labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

Accordingly, it is the arbitrator and not the Superior Court which has jurisdiction to decide on respondents' seniority. Any question related to this seniority must be settled by an arbitrator in a grievance proceeding. As this Court held *per Estey J.* in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 718, the arbitrator's jurisdiction over questions involving the interpretation of a collective agreement is exclusive:

The collective agreement establishes the broad parameters of the relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law.

For these reasons, I am unable to agree that respondents can escape the arbitrator's jurisdiction by relying on the concept of applicability as discussed in *Labrecque, supra*. The concept of applicability cannot be used in the case at bar to evade the rules contained in the *Labour Code* or in the case law. It should be noted in this regard that the issue in *Labrecque* raised the question of applicability in a completely different way. The question was whether Mr. Labrecque, a part-time employee of the Government of Quebec, belonged as such to a certain bargaining unit to which a particular collective agreement applied and whether he was accordingly subject to that agreement. The ques-

collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite; sinon il est déféré à un arbitre choisi par l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre.

a 1. ...

f) [“*griefs*”] «*grief*»—toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective;

b 139. [Recours prohibés] Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un conseil d'arbitrage, un tribunal d'arbitrage, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle.

c C'est donc l'arbitre et non la Cour supérieure qui a compétence pour décider de l'ancienneté des intimés. Toute question afférente à cette ancienneté doit être réglée par un arbitre dans le cadre d'un grief. Comme l'a confirmé cette Cour sous la plume du juge Estey dans l'affaire *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, à la p. 718, la compétence de l'arbitre sur des questions d'interprétation d'une convention collective est exclusive:

d La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en *common law*.

e Pour ces raisons, il m'est impossible d'accepter que les intimés puissent échapper à la juridiction de l'arbitre en invoquant le concept d'applicabilité tel que discuté dans l'affaire *Labrecque*, précitée. On ne saurait par le concept d'applicabilité en l'espèce contourner les principes contenus dans le *Code du travail* ou dans la jurisprudence. Il faut à cet effet souligner que le litige dans l'affaire *Labrecque* soulevait la question d'applicabilité de toute autre façon. Il s'agissait de savoir si M. Labrecque, un employé occasionnel du gouvernement du Québec, appartenait à ce titre à une certaine unité de négociation à laquelle s'appliquait une convention collective particulière et s'il

tion presented in that case is thus very different from the one at bar, where the Court must decide on the seniority rights of respondents whose membership in the bargaining unit and accordingly coverage by the collective agreement are not at issue. Only the question of whether certain of its provisions can be set up against them is raised. In my view, extending the scope of *Labrecque* to the case at bar would be to misunderstand the concept of applicability discussed in it. When applicability is in question it is not the content or effect of the particular provisions of the collective agreement that are at issue but whether the agreement as a whole is capable of governing a given situation. The scope of the particular provisions which do not imply the applicability of the agreement as a whole is a matter of interpretation and application reserved for the consideration of the grievance arbitrator. That is what is at issue here.

#### *Use of the Old Collective Agreement*

By this conclusion I do not intend to exclude all recourse by the arbitrator to the provisions of an earlier collective agreement in appropriate cases as an aid in applying and interpreting the collective agreement in effect. There are examples of this in earlier arbitral awards. What should be understood is that the arbitrator of the most recent collective agreement has exclusive jurisdiction to rule on respondents' seniority. He alone has the responsibility for determining the content and scope of all the rights and privileges connected with their seniority. However, as we have noted, the arbitrator of the collective agreement may use the wording of expired agreements as a guide in his interpretation function in certain particular situations, such as where the wording of the provision is not decisive. This has already been recognized by this Court. In *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux-Montréal*, [1977] 2 S.C.R. 568, in which the Court had to decide on the validity of an arbitral award as to a teacher's employment priority, Pigeon J. explained at p. 573:

It was unquestionably the duty of the arbitration board hearing the grievance to decide how the new agreement

était ainsi assujetti à cette convention. La question posée dans cette affaire était donc très différente de celle en litige où il s'agit de décider des droits d'ancienneté des intimés dont l'appartenance à l'unité de négociation et donc l'assujettissement à la convention collective ne sont pas en cause. Seule l'inopposabilité de certaines de ses dispositions est invoquée. À mon sens, c'est mal comprendre le concept d'applicabilité exposé dans l'arrêt *Labrecque* que d'en étendre la portée à la présente espèce. En matière d'applicabilité, ce n'est pas le contenu ou l'effet des dispositions particulières de la convention collective qui sont en cause mais la question est de savoir si la convention dans son ensemble est susceptible de régir une situation donnée. La portée des dispositions particulières qui n'emportent pas l'applicabilité de l'ensemble de la convention est matière d'interprétation et d'application réservée à la compétence de l'arbitre de griefs. Or, c'est de ceci dont il s'agit en l'espèce.

#### *Usage de l'ancienne convention collective*

Par cette conclusion, je n'entends pas exclure tout recours par l'arbitre dans les cas qui s'y prêtent aux dispositions d'une convention collective antérieure pour aider à l'application et l'interprétation de la convention collective en vigueur. La jurisprudence arbitrale en comporte des exemples. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'arbitre de la convention collective la plus récente a la compétence exclusive pour décider de l'ancienneté des intimés. À lui seul incombe la responsabilité de déterminer le contenu et la portée de tous les droits et privilèges qui s'attachent à l'ancienneté de ces derniers. Cependant, l'arbitre de la convention collective, comme nous l'avons signalé, peut avoir recours, pour le guider dans sa fonction d'interprétation, au texte de conventions expirées dans certaines situations particulières, par exemple où le libellé du texte n'est pas décisif. Cette Cour en a déjà convenu. Dans l'affaire *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal c. CEGEP du Vieux-Montréal*, [1977] 2 R.C.S. 568, où la Cour devait décider de la validité d'une décision arbitrale sur la priorité d'emploi d'un professeur, le juge Pigeon explique à la p. 573:

Il appartenait sûrement au tribunal d'arbitrage saisi du grief de décider comment la nouvelle convention s'appli-

would apply to a notice of termination given under the earlier agreement. Undoubtedly, the existence of this other agreement was one of the facts to be taken into account and the arbitrators certainly were not giving the new text a construction it could not bear . . .

An arbitrator having the function of determining respondents' seniority may thus refer to an earlier collective agreement as an interpretation tool. Such an agreement, as appellant in fact conceded, may, depending on the circumstances, assist in understanding the rights conferred by the more recent agreement.

#### Disposition

For these reasons I would allow the appeal at bar, reverse the judgment of the Quebec Court of Appeal, reinstate the trial judgment and accordingly dismiss for lack of jurisdiction the motion for a declaratory judgment, the whole with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Trudel, Nadeau, Lesage, Clearly, Larivière & Associés, Montréal; Sauvé, Ménard & Associés, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Moisan, Bellavance, Aubert & Associés, Arthabaska.*

*Solicitors for the mis en cause: Gagnon, de Billy, Cantin, Martin, Beaudoin, Lesage & Associés, Québec.*

quait à un avis de non-renouvellement donné sous le régime de la convention antérieure. L'existence de cette autre convention était indubitablement l'un des faits à considérer et les arbitres n'ont sûrement pas donné au nouveau texte un sens dont il n'était pas susceptible . . .

Il est donc loisible à un arbitre ayant pour tâche de déterminer l'ancienneté des intimés d'avoir recours à une convention antérieure en tant qu'outil d'interprétation. Une telle convention, comme l'a d'ailleurs concédé l'appelant, peut, dépendamment des circonstances, favoriser la bonne compréhension des droits accordés par la convention la plus récente.

#### c Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, de rétablir le jugement de première instance et en conséquence de rejeter, faute de compétence, la requête pour jugement déclaratoire, le tout avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*e Procureurs de l'appelant: Trudel, Nadeau, Lesage, Clearly, Larivière & Associés, Montréal; Sauvé, Ménard & Associés, Montréal.*

*f Procureurs des intimés: Moisan, Bellavance, Aubert & Associés, Arthabaska.*

*Procureurs de la mise en cause: Gagnon, de Billy, Cantin, Martin, Beaudoin, Lesage & Associés, Québec.*

**Alan Albert Pinske** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PINSKE

File No.: 21047.

1989: October 12.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Evidence — Admissibility — Criminal negligence in the operation of a motor vehicle causing death — Blood sample obtained by police — Whether blood test admissible in evidence — Whether jury was misdirected on the issue of causation.*

**Cases Cited**

Referred to: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945.

APPEAL as of right from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 30 B.C.L.R. (2d) 114, 6 M.V.R. (2d) 19, allowing an appeal from an acquittal on a charge of criminal negligence in the operation of a motor vehicle causing death and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*J. D. Thomas*, for the appellant.

*William F. Ehrcke*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We need not hear from you Mr. Ehrcke. We have come to a conclusion in this appeal. Justice Lamer will deliver the judgment of the Court.

LAMER J.—We are all of the view that, for the reasons given by the Court of Appeal (1983), 30 B.C.L.R. (2d) 114, 6 M.V.R. (2d) 19, as regards to the trial judge's instructions on causation, this appeal must fail and the order for a new trial must stand.

**Alan Albert Pinske** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. PINSKE

N° du greffe: 21047.

1989: 12 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin.

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

<sup>c</sup> *Preuve — Admissibilité — Négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur causant la mort — Échantillon de sang obtenu par la police — Le test sanguin est-il admissible en preuve? — Le jury a-t-il reçu des directives erronées sur la causalité?*<sup>d</sup> **Jurisprudence**

Arrêts mentionnés: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945.

<sup>e</sup> POURVOI de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 30 B.C.L.R. (2d) 114, 6 M.V.R. (2d) 19, qui a accueilli un appel contre un acquittement relativement à une accusation de négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur causant la mort et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.<sup>f</sup> *J. D. Thomas*, pour l'appellant.<sup>g</sup> *William F. Ehrcke*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Ehrcke. Nous sommes arrivés à une conclusion en l'espèce et le juge Lamer va rendre le jugement de la Cour.<sup>i</sup> LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis que, pour les raisons données par la Cour d'appel (1983), 30 B.C.L.R. (2d) 114, 6 M.V.R. (2d) 19, concernant les directives données par le juge du procès au sujet du lien de causalité, ce pourvoi doit échouer et l'ordonnance de nouveau procès doit être maintenue.

The Court of Appeal has not pronounced upon the admissibility in evidence of the blood test; two judges of the court have expressed views as regards the applicable principles to such a determination, each one placing emphasis on different factors when considering the facts of this case, but did not express final views on the admissibility of the evidence.

At the time of the trial judge's decision, this Court had not decided *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295 and *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945. As there will be a new trial at which the trial judge will exercise his or her jurisdiction in the matter having regard to these and subsequent decisions of this Court, we do not feel it appropriate to express our views absent a finding below reversing the trial judge's decision.

The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Kinsman & Company, Penticton.*

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

La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur l'admissibilité en preuve de l'analyse de sang. Deux des juges de la cour ont exprimé leur point de vue sur les principes applicables à une telle décision, chacun insistant sur des facteurs différents à l'examen des faits de l'espèce, mais ils ne se sont toutefois pas prononcés de façon définitive sur l'admissibilité de la preuve.

Au moment où le juge du procès a rendu sa décision, notre Cour n'avait pas encore statué sur les affaires *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295 et *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945. Étant donné qu'il y aura un nouveau procès au cours duquel le juge du procès exercera sa compétence en la matière en tenant compte de ces arrêts et d'autres arrêts subséquents de notre Cour, nous ne jugeons pas opportun d'exprimer notre opinion en l'absence d'un arrêt de la Cour d'appel infirmant la décision du juge du procès.

Le pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Kinsman & Company, Penticton.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Arthur D. Little Inc. and Arthur D. Little of Canada Ltd.** *Appellants*

v.

**Coopers & Lybrand (formerly known as MacDonald, Currie & Co.)** *Respondent*

and

**Newman, MacLean & Associates** *Respondent*

INDEXED AS: ARTHUR D. LITTLE INC. v. COOPERS & LYBRAND (APPLICATION)

File No.: 20521.

1989: October 13.

Present: Wilson J.

APPLICATION TO VARY A JUDGMENT

*Practice — Application to vary a judgment — Settlement as between Arthur D. Little and Newman, MacLean & Associates at the outset of the hearing of the appeal — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, ss. 5, 50(1), (2).*

APPLICATION to vary a judgment, [1989] 1 S.C.R. 293.

Application allowed.

WILSON J.—The judgment of the Court is varied to read as follows:

On consent, the appeal as against Newman, MacLean & Associates is dismissed without costs.

The appeal as against Coopers & Lybrand (formerly known as MacDonald, Currie & Co.) is allowed, the order of the Court of Appeal set aside, and the order of Scollin J. reinstated. Costs to the appellants both here and in the Court of Appeal in the cause.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Monk, Goodwin, Winnipeg.*

**Arthur D. Little Inc. et Arthur D. Little of Canada Ltd.** *Appelantes*

c.

<sup>a</sup> **Coopers & Lybrand (autrefois dénommée MacDonald, Currie & Co.)** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Newman, MacLean & Associates** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: ARTHUR D. LITTLE INC. c. COOPERS & LYBRAND (DEMANDE)

N° du greffe: 20521.

<sup>c</sup>

1989: 13 octobre.

Présente: Le juge Wilson.

DEMANDE DE RECTIFICATION DE JUGEMENT

<sup>d</sup>

*Pratique — Demande de rectification de jugement — Règlement entre Arthur D. Little et Newman, MacLean & Associates au début de l'audience du pourvoi — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 5, 50(1), (2).*

<sup>e</sup>

DEMANDE de rectification d'un jugement, [1989] 1 R.C.S. 293.

<sup>f</sup>

Demande accueillie.

LE JUGE WILSON—Le jugement de la Cour est rectifié de la manière à se lire ainsi:

<sup>g</sup>

Avec le consentement des parties, le pourvoi contre Newman, MacLean & Associates est rejeté sans dépens.

<sup>h</sup>

Le pourvoi contre Coopers & Lybrand (autrefois dénommée MacDonald, Currie & Co.) est accueilli, l'ordre de la Cour d'appel est infirmé et l'ordonnance du juge Scollin est rétablie. Les dépens des appelantes en cette Cour et en Cour d'appel suivent l'issue de la cause.

<sup>i</sup>

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelantes: Monk, Goodwin, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent Coopers & Lybrand: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg;* *Procureurs de l'intimée Coopers & Lybrand: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent Newman, MacLean & Associates: Tallin & Kristjansson, Winnipeg;* *Procureurs de l'intimée Newman, MacLean & Associates: Tallin & Kristjansson, Winnipeg.*



**Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division) Appellant**

v.

**Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers, Local 14 Respondent**

and

**British Columbia Hydro & Power Authority Respondent**

and

**International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213 Respondent**

and

**Industrial Relations Council of British Columbia, formerly the Labour Relations Board of British Columbia Respondent**

INDEXED AS: CAIMAW v. PACCAR OF CANADA LTD.

File No.: 20174.

1988: December 13; 1989: October 26.

Present: Dickson C.J. and McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — Curial deference — Court overturning decision of labour tribunal on judicial review — Determination of jurisdiction of court on judicial review to overturn labour tribunal — Jurisdiction infringed if error in interpreting jurisdictional provisions or if decision patently unreasonable — Whether or not labour tribunal erred in interpreting jurisdictional provisions — Whether or not patently unreasonable error in performance of board's function — Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 27, 33.*

*Appeals — Standing — Administrative tribunals — Whether or not tribunals have standing in appeals from their own decisions.*

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

**Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division) Appelante**

c.

**a Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14 Intimée**

et

**b British Columbia Hydro & Power Authority Intimée**

et

**c Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 213 Intimée**

et

**d Industrial Relations Council of British Columbia, autrefois la Labour Relations Board of British Columbia Intimée**

RÉPERTORIÉ: CAIMAW c. PACCAR OF CANADA LTD.

N° du greffe: 20174.

e

1988: 13 décembre; 1989: 26 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

f

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

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — Retenue judiciaire — Décision d'un tribunal du travail écartée lors d'un contrôle judiciaire — Détermination de la compétence d'une cour de justice pour écarter lors d'un contrôle judiciaire une décision d'un tribunal du travail — Erreur de compétence quand il y a mauvaise interprétation des dispositions attributives de compétence ou quand la décision est manifestement déraisonnable — Le tribunal du travail a-t-il interprété de manière erronée les dispositions attributives de compétence? — Y a-t-il eu erreur manifestement déraisonnable dans l'exercice de la fonction de la commission? — Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 27, 33.*

*Appeals — Qualité pour agir — Tribunaux administratifs — Les tribunaux administratifs ont-ils qualité pour agir dans les appels interjetés contre leurs propres décisions?*

\* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

CAIMAW and Paccar were parties to a collective agreement with a stated term extending to April 30, 1983. This collective agreement contained a renewal clause which provided for the contract's continuing from year to year unless notice to the contrary was given. The agreement also contained a termination clause which provided that the agreement would continue during negotiations and that negotiations would be discontinued on written notice by either party. During the course of the collective agreement, Paccar laid off a large number of employees and limited its activities to warehouse operations. The union was served with a notice to terminate and negotiations were conducted over six months but without success. Paccar notified the union that it was discontinuing negotiations and that it considered the agreement terminated in all respects except those required by the *Labour Code* and the *Employment Standards Act*. It then set out the terms and conditions which it was putting into effect. The employees continued to work after the date when these new conditions were unilaterally implemented.

CAIMAW alleged several violations of the Code and requested that the Industrial Relations Council make a determination as to whether a collective agreement was in full force and effect. A three-member panel of the Board decided against the union. A five-member panel reheard the application, along with another application between British Columbia Hydro & Power Authority and IBEW, and a consolidated decision in respect of both applications upheld the decisions of the original Boards, though for different reasons.

Both CAIMAW and IBEW petitioned the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act* for an order quashing the decision of the review panel of the Labour Relations Board. The applications were granted and were upheld on appeal. Paccar appealed to this Court with leave. B.C. Hydro was named as a respondent but neither it nor the IBEW appeared before this Court or submitted factums.

At issue here was whether the Labour Relations Board decision, which permitted an employer to unilaterally alter terms and conditions of employment after the termination of a collective agreement, was patently unreasonable and therefore subject to review by this Court. A subsidiary issue concerned the standing before this Court of the Labour Relations Board.

CAIMAW et Paccar étaient parties à une convention collective dont la durée avait été fixée jusqu'au 30 avril 1983. Cette convention collective comportait une clause de renouvellement qui prévoyait la reconduction du contrat d'année en année à moins d'un préavis contraire. Elle comportait également une clause de résiliation qui prévoyait que la convention demeurerait en vigueur pendant la durée des négociations et qu'une partie pouvait mettre fin aux négociations en présentant un avis écrit en ce sens. Au cours de la convention collective, Paccar a mis à pied un grand nombre d'employés et restreint ses activités à des fonctions d'entreposage. Le syndicat s'est vu signifier un avis de résiliation de la convention collective et des négociations se sont déroulées pendant six mois, mais sans succès. Paccar a avisé le syndicat qu'elle mettait fin aux négociations et qu'elle considérait la convention collective échue à tous égards, exception faite des dispositions exigées par le *Labour Code* et l'*Employment Standards Act*. Elle a alors énoncé les conditions de travail qu'elle mettait en vigueur. Les employés ont continué de travailler après la date où ces nouvelles conditions ont été mises en vigueur unilatéralement.

CAIMAW a prétendu qu'il y avait eu plusieurs violations du Code et a demandé à l'Industrial Relations Council («la Commission») de rendre une décision quant à savoir si une convention collective était toujours en vigueur. Un comité de trois membres de la Commission a débouté le syndicat. Un comité de cinq membres a réentendu la demande en même temps qu'une autre portant sur un différend entre British Columbia Hydro & Power Authority et FIOE, et une décision commune aux deux demandes a confirmé, bien que pour des motifs différents, les décisions des premiers comités.

CAIMAW et FIOE ont toutes deux demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, conformément à la *Judicial Review Procedure Act*, de prononcer une ordonnance annulant la décision du comité de révision de la Commission. Les demandes ont été accueillies et confirmées en appel. Paccar se pourvoit devant notre Cour avec l'autorisation de celle-ci. B.C. Hydro y figure à titre d'intimée, mais à l'instar de FIOE, elle n'a ni comparu devant notre Cour ni produit de mémoire.

Le point en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la décision de la Commission de permettre à un employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail à l'expiration d'une convention collective est manifestement déraisonnable et, partant, susceptible de contrôle par notre Cour. Un point subsidiaire porte sur la qualité de la Commission pour agir devant notre Cour.

*Held* (L'Heureux-Dubé and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and La Forest J.: The Labour Relations Board had jurisdiction to embark upon the specific inquiry as to whether the employer has the authority to unilaterally alter the terms and conditions of employment.

The first step in determining whether an administrative tribunal has exceeded its jurisdiction by answering a question of law in a patently unreasonable manner is to determine its jurisdiction. Section 27 is a direction to the Board simply as to the purposes and objects to which it should have regard. It is not a jurisdiction limiting provision entailing judicial review even if the Board should err in its interpretation or application. The effect of s. 33 was that it was for the Board to determine whether any particular decision accords with the purposes and objects of s. 27, provided its interpretation was not patently unreasonable.

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, its decisions should only be reviewed if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function. The tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review. The test for review is a "severe test". The courts accordingly must adopt a posture of curial deference. Mere disagreement with the result arrived at by the tribunal does not make that result "patently unreasonable". The courts must focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it. Here, the Board's result was not patently unreasonable; indeed, it was as reasonable as the alternative. It was not necessary to go beyond that.

The scheme of the *Labour Code*, requiring the union and the employer to bargain collectively as the expiry of a collective agreement approaches, left no room for the operation of common law principles. As long as the ongoing duty on the parties to bargain collectively and in good faith remained, then the tripartite relationship of union, employer and employee brought about by the Code displaced common law concepts. The termination of the collective agreement had no effect on the obliga-

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et Wilson sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Dickson et le juge La Forest: La Commission avait compétence pour déterminer précisément si l'employeur avait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail.

La première étape de l'analyse permettant de juger si un tribunal administratif a excédé sa compétence en tranchant une question de droit d'une façon manifestement déraisonnable consiste à déterminer sa compétence. L'article 27 constitue simplement une directive donnée à la Commission quant aux objectifs dont elle devrait tenir compte. Ce n'est pas une disposition limitative de compétence donnant ouverture au contrôle judiciaire même si la Commission devait commettre une erreur en l'interprétant ou en l'appliquant. L'article 33 a pour effet d'établir qu'il incombe à la Commission de déterminer si une décision donnée correspond aux objectifs de l'art. 27, pourvu que son interprétation ne soit pas manifestement déraisonnable.

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, ses décisions ne devraient faire l'objet d'un contrôle que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction. Le tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu'il n'agisse pas de façon déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire. Le critère de contrôle constitue un «test sévère». Les tribunaux doivent donc adopter une attitude de retenue judiciaire. Un simple désaccord avec le résultat atteint par le tribunal administratif ne suffit pas à rendre ce résultat «manifestement déraisonnable». Les cours de justice doivent vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci. En l'espèce, le résultat auquel la Commission est arrivée n'est pas manifestement déraisonnable; en fait, il est aussi raisonnable que l'autre solution. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin.

Le régime juridique établi par le *Labour Code*, qui exige que le syndicat et l'employeur négocient collectivement à l'approche de l'expiration d'une convention collective ne laisse aucune place à l'application des principes de *common law*. Tant que subsiste l'obligation permanente des parties de négocier collectivement et de bonne foi, la relation tripartite qui existe entre le syndicat, l'employeur et l'employé en raison du Code supprime les principes de *common law*. L'expiration de la

tion of the parties to bargain in good faith imposed by s. 6.

The terms and conditions formerly contained in a collective agreement are to be presumed to continue to govern the relationship, absent circumstances that would imply otherwise. The alternative would be chaos. The termination clause, however, would be of little effect if the employer were denied the power to change the terms of employment on the expiry of the contract. Such a move would not terminate the contract in any real sense but rather would signal the commencement of a new bargaining session.

The Act did not expressly provide that the employer has the power contended for but it was not unreasonable for the Board to find that the power existed. Indeed, the power to change the terms of employment on expiry of an agreement can be inferred from the existence of provisions in the Code which limit the circumstances in which unilateral changes can be made. The power of unilateral alteration did not introduce any unfairness into the bargaining relationship.

The two statutory freeze periods provided the union protection when it would be particularly vulnerable to management initiatives designed to weaken or destabilize it. The employer is expressly prohibited from pursuing a course of action it would otherwise be able to pursue, subject of course to the unfair labour practice provisions of the Code. The Board's conclusion that what is not prohibited by either the wording or the policy of the statute is permitted was not an unreasonable approach.

The Industrial Relations Council has standing before this Court to make submissions not only explaining the record before the Court, but also to show that it had jurisdiction to embark upon the inquiry and that it has not lost that jurisdiction through a patently unreasonable interpretation of its powers.

*Per Lamer and Sopinka JJ.:* It is not always necessary for the reviewing court to ignore its own view of the merits of the decision under review. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits which provides a reference point for making a relative decision.

Curial deference is most important in the review of specialist tribunals' decisions but it does not come into play until the court finds itself in disagreement with the

convention collective n'a aucun effet sur l'obligation des parties de négocier de bonne foi conformément à l'art. 6.

Il faut présumer que les conditions établies antérieurement dans une convention collective continuent de régir la relation, en l'absence de toute indication contraire résultant des circonstances. Autrement, ce serait le chaos. La clause de résiliation perdrait cependant presque tout son effet si on niait à l'employeur le pouvoir de modifier les conditions de travail à l'expiration de la convention. Au lieu de mettre réellement un terme à la convention, ce geste indiquerait le commencement d'une nouvelle séance de négociations.

La Loi ne prévoit pas expressément que l'employeur a le pouvoir revendiqué, mais il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure à l'existence de ce pouvoir. En fait, le pouvoir de modifier les conditions de travail après l'expiration d'une convention peut se déduire de l'existence de dispositions du Code limitant les circonstances dans lesquelles des modifications unilatérales peuvent être apportées. Le pouvoir d'apporter des modifications unilatérales ne crée pas d'injustice dans la relation de négociation.

Les deux périodes de gel des conditions de travail, prévues par la Loi, accordent au syndicat une protection à un moment où celui-ci serait particulièrement vulnérable à des mesures adoptées par la direction pour l'affaiblir ou le déstabiliser. L'employeur est expressément empêché d'agir comme il lui serait autrement loisible de le faire sous réserve évidemment des dispositions du Code en matière de pratiques déloyales de travail. La conclusion de la Commission portant que ce qui n'est pas interdit par la lettre ou l'esprit de la loi est permis ne constitue pas un point de vue déraisonnable.

La Commission a qualité pour agir devant notre Cour afin d'y présenter des arguments non seulement pour lui expliquer le dossier dont elle est saisie, mais également pour montrer qu'elle avait compétence pour ouvrir l'enquête et qu'elle n'a pas perdu cette compétence en raison d'une interprétation manifestement déraisonnable de ses pouvoirs.

*Les juges Lamer et Sopinka:* Il n'est pas toujours nécessaire que le tribunal d'examen ne tienne aucun compte de sa propre opinion sur le fond de la décision faisant l'objet du contrôle. Le caractère raisonnable n'existe pas dans l'absolu. Toute décision sur le caractère raisonnable d'une décision doit comporter une appréciation du fond qui fournit un point de référence permettant de rendre une décision relative.

La retenue judiciaire revêt une importance considérable dans le contrôle des décisions de tribunaux spécialisés, mais elle n'entre en jeu que si la cour de justice est

tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. The test is a "severe test" but even here an appreciation of the merits is not irrelevant.

The Board's decision was consistent with the *Labour Code* and the collective agreement. The Code did not totally exclude the general law and accordingly was silent in respect of some matters, including the employer's actions here. No amount of liberal interpretation could fill any lacuna caused by that silence. No express statutory conditions were violated. The decision, moreover, was consistent with the contractual expectations of the parties, since the insertion of the termination clause would have been meaningless if the terms of the collective agreement were held to persist indefinitely, or until a new collective agreement is concluded.

*Per Wilson J. (dissenting):* The reasons of La Forest J. were agreed with as to the broad scope of the principle of curial deference to the decisions of administrative tribunals because of their special expertise and as to the interpretation given to s. 27 of the *Labour Code*. However, a decision of a Board which meets the "severe test" of being "patently unreasonable" is not protected by the principle of curial deference. Such decisions must be treated as decisions which the Board had no jurisdiction to make. They cannot be passed off as the product of special expertise or "policy choices" which are not subject to review by the courts.

A patently unreasonable decision is one which no reasonable Board applying its expertise could possibly have arrived at. To describe a Board's decision as a "policy choice" does not insulate it from review if the policy on which the choice is based is inconsistent with the policy of the legislation under which it purports to have been made. Key elements of the legislation here were the obligation to bargain in good faith and the maintenance of a balance in the bargaining power between the parties.

The policy choices available to the Board were: (1) to permit the employer to decide when negotiations had reached an impasse and to unilaterally impose new terms on its employees if an impasse had been reached, or (2) to permit the same terms and conditions which were the product of the earlier bargaining process to continue to apply in the event of an impasse until such time as the parties are in a strike/lock-out position. The first did nothing to promote the collective bargaining process which is the legislatively accredited means of

en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il est nécessaire de se demander si l'erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable. Le critère constitue un «test sévère», mais même ici une appréciation du fond n'est pas sans pertinence.

La décision de la Commission est compatible avec le *Labour Code* et la convention collective. Le Code n'exclut pas totalement le droit général et, par conséquent, il est silencieux à l'égard de certains sujets, y compris les actes de l'employeur en l'espèce. Aucune interprétation libérale ne peut combler une lacune causée par ce silence. Aucune condition expressément établie par la Loi n'a été violée. En outre, la décision est compatible avec les attentes des parties sur le plan contractuel puisque l'insertion de la clause de résiliation n'aurait eu aucun sens si on avait jugé que les conditions de la convention collective subsistaient indéfiniment ou jusqu'à la signature d'une nouvelle convention collective.

*Le juge Wilson (dissidente):* Il y a accord avec les motifs du juge La Forest quant à la portée générale du principe de la retenue judiciaire applicable aux décisions des tribunaux administratifs en raison de leurs compétences particulières et quant à l'interprétation de l'art. 27 du *Labour Code*. Cependant, une décision d'une commission satisfaisant au «test sévère» du caractère «manifestement déraisonnable» n'est pas protégée par le principe de la retenue judiciaire. Ces décisions doivent être traitées comme des décisions que la Commission n'avait pas compétence pour rendre. On ne saurait les considérer comme résultant de l'exercice de compétences particulières ou comme des «choix de politique» non susceptibles de contrôle par les tribunaux.

Une décision manifestement déraisonnable est celle à laquelle n'aurait jamais pu arriver une commission raisonnable dans l'exercice de ses compétences particulières. Qualifier de «choix de politique» une décision de la Commission ne la met pas à l'abri de tout contrôle si la politique sur laquelle le choix est fondé est incompatible avec l'esprit de la loi en vertu de laquelle il est censé avoir été fait. Les éléments clés de la Loi en l'espèce sont l'obligation de négocier de bonne foi et le maintien de l'équilibre du pouvoir de négociation entre les parties.

Les choix de politique qui s'offraient à la Commission étaient: 1) permettre à l'employeur de déterminer le moment où les négociations sont dans une impasse et d'imposer unilatéralement de nouvelles conditions à ses employés en cas d'impasse, ou 2) permettre que les conditions résultant du processus antérieur de négociation continuent de s'appliquer, en cas d'impasse, jusqu'à ce que les parties aient acquis le droit à la grève ou au lock-out. Le premier ne facilite en rien le processus de négociation collective qui constitue le moyen légalement

achieving collective agreements and industrial peace. It was also incompatible with the employer's obligation to bargain in good faith. The second allowed the Code to be interpreted in a way which did not interfere with the balance of bargaining power between the parties. Neither did it create a new power in the union, undermine the collective bargaining process, nor compel the parties to "re-enter a world which has ceased to exist".

The decision of the Board was "patently unreasonable" and constituted jurisdictional error. It was not a question of choosing between equally viable and reasonable "policy choices". One was completely consistent with the concept of freedom and equality of bargaining power between the parties and the paramount role of the collective bargaining process in labour dispute resolution. The other was completely inconsistent with and inimical to both.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The Labour Relations Board of British Columbia had standing to make arguments relative as to both the applicable standard of review and the steps it followed in reaching its decision. The Board, however, committed jurisdictional error when it stated that an employer may unilaterally impose the terms of employment upon the termination of the collective agreement, subject only to the obligation to bargain in good faith.

The Board was initially empowered to embark upon this specific inquiry but exceeded its jurisdiction in carrying it out. Section 27 of the *Labour Code* expressed the fundamental objectives of the legislation. The Board's decision neither referred to s. 27 nor discussed the public interest or the development of effective industrial relations. This omission was crucial to the Board's coming to a patently unreasonable solution.

The Board's decision was fraught with consequence because it in effect promulgated a "mini-Code" on the "rights and obligations" of employers and unions at that stage of the bargaining process. It was all the more necessary, therefore, that the Board address the arguments based on the development of harmonious labour relations. The courts must defer to the judgment of administrative tribunals in matters falling squarely within the area of their expertise. Here, however, there was no indication that the Board even considered the requirements of effective industrial relations and the purposes and objects expressed in s. 27.

reconnu de parvenir à la conclusion de conventions collectives et d'assurer la paix industrielle. Il est également incompatible avec l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi. Le second permet de donner au Code une interprétation qui ne modifie pas l'équilibre du pouvoir de négociation entre les parties. Il ne confère pas un nouveau pouvoir au syndicat, il ne mine pas le processus de négociation collective et ne contraint pas les parties à «revenir dans un monde qui a cessé d'exister».

La décision de la Commission est «manifestement déraisonnable» et constitue une erreur de compétence. Il ne s'agissait pas d'une question d'option entre des «choix de politique» également viables et raisonnables. L'un est tout à fait compatible avec le concept de la liberté et de l'égalité du pouvoir de négociation entre les parties et avec le rôle primordial que joue le processus de négociation collective dans le règlement des conflits de travail. L'autre leur est tout à fait opposé et défavorable.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* La Labour Relations Board of British Columbia a qualité pour soutenir la norme de contrôle applicable et les étapes de sa décision ici contestée. La Commission a toutefois commis une erreur de compétence en déclarant qu'un employeur peut imposer unilatéralement des conditions de travail à l'expiration d'une convention collective, sous réserve uniquement de son obligation de négocier de bonne foi.

La Commission avait juridiction pour procéder à cette enquête spécifique, mais elle a excédé sa compétence en y procédant. L'article 27 du *Labour Code* énonce les objectifs fondamentaux de cette loi. La décision de la Commission ne mentionne pas l'art. 27 ni ne traite de l'intérêt public ou de l'instauration de relations industrielles efficaces. Cette omission a joué un rôle crucial en amenant la Commission à adopter une solution manifestement déraisonnable.

La décision de la Commission est lourde de conséquences puisqu'elle a en fait édicté un «mini-code» des «droits et obligations» des employeurs et des syndicats à cette étape du processus de négociation. Il est donc d'autant plus nécessaire que la Commission examine les arguments fondés sur l'instauration de relations de travail harmonieuses. Les cours de justice doivent s'en remettre au jugement des tribunaux administratifs dans les matières qui relèvent directement de leur champ de spécialisation. En l'espèce cependant, rien n'indique que la Commission ait même tenu compte de la nécessité d'instaurer des relations industrielles efficaces et des objectifs prévus à l'art. 27.

Collective bargaining, which was indispensable to the development of "effective industrial regulations" required by s. 27, has three broad characteristics in the Canadian context. First, legislative policy postpones the exercise of the economic sanctions until all other attempts at an agreement have failed. Second, the use of an economic sanction in collective bargaining necessarily entails that a party will suffer some loss in having recourse to it. Bargaining is premised upon mutual compromise. And third, the existence of an economic sanction presupposes the availability of a countervailing sanction of proportionate impact.

The unilateral imposition of the terms of employment as recognized by the Board shared none of these three characteristics. First, the policy provided for no ban on the unilateral imposition of terms of employment in the early stages of negotiation. Such unilateral sanction could, theoretically, occur at any time following the termination of the previous collective agreement. Second, the employer would not be detrimentally affected if it were to decide to reduce the salaries and cut other employment benefits. Third, no sanction was available to the union to countervail the unilateral setting of terms since the imposition of terms could conceivably take place before the right to strike arose under the *Labour Code*. More importantly, unlike the strike and lock-out, the unilateral imposition of the terms of employment would not necessarily pressure both parties into agreeing upon a settlement.

The unilateral imposition of terms of employment is a sanction that opens the door to a number of abuses of the process of collective negotiation. It focusses on the individual employees and forces them either to accept the lower terms or to stop working altogether and accordingly stands in a class by itself as an economic sanction which is inherently destructive of the freedom to engage in collective bargaining. This sanction strikes a fundamental blow to the freedom of employees to form themselves into a union and engage the employer in collective bargaining. The only foreseeable effect of this measure is to fuel uselessly the flames of the labour dispute. Section 27 of the *Labour Code*, however, is designed to protect the integrity of the bargaining process against possible abuses.

Section 27 emphasized sovereign role of the union in the bargaining process and s. 46 conferred exclusive bargaining authority on certified unions even after the collective agreement had expired. The Board had it

La négociation collective qui est essentielle à l'instauration de «relations industrielles efficaces», exigée par l'art. 27, comporte trois caractéristiques générales dans le contexte canadien. Premièrement, on a adopté comme politique législative de reporter le recours aux sanctions économiques jusqu'à ce que toutes les autres tentatives d'en arriver à une entente aient échoué. Deuxièmement, le recours à une sanction économique dans la négociation collective implique nécessairement que la partie qui opte pour ce moyen subira une certaine perte. La négociation est fondée sur le compromis mutuel. Troisièmement, l'existence d'une sanction économique suppose la possibilité d'une sanction correspondante ayant un effet proportionnel.

L'imposition unilatérale de conditions de travail, comme celle que la Commission a reconnue, ne comporte aucune de ces trois caractéristiques. En premier lieu, la politique énoncée ne prévoit aucune interdiction d'imposer unilatéralement des conditions de travail pendant les premières étapes de la négociation. Théoriquement, une telle mesure unilatérale peut être adoptée en tout temps après l'expiration de la convention collective antérieure. En deuxième lieu, l'employeur ne subirait aucun préjudice s'il décidait de réduire les salaires ou d'autres avantages sociaux. En troisième lieu, puisque l'imposition unilatérale de nouvelles conditions pourrait théoriquement avoir lieu avant que ne soit acquis le droit à la grève en vertu du *Labour Code*, le syndicat ne dispose d'aucune sanction pouvant la contrebalancer. Qui plus est, contrairement à la grève et au lock-out, l'imposition unilatérale de conditions de travail ne pousse pas nécessairement les deux parties à conclure une entente.

L'imposition unilatérale de conditions de travail est une sanction qui ouvre la porte à un certain nombre d'abus du processus de négociation collective. Elle vise chacun des employés et les force à choisir entre l'acceptation des conditions inférieures ou l'arrêt de travail et elle forme donc une catégorie à part du fait qu'elle constitue une sanction économique qui est fondamentalement destructrice de la liberté d'engager des négociations collectives. Cette sanction frappe au cœur de la liberté des employés de se regrouper en syndicat et d'amener l'employeur à négocier collectivement. Le seul effet prévisible de cette mesure est d'attiser inutilement les conflits de travail. L'article 27 du *Labour Code* vise cependant à protéger l'intégrité du processus de négociation contre toute possibilité d'abus.

L'article 27 souligne le rôle souverain que joue le syndicat dans le processus de négociation et l'art. 46 confère à un syndicat accrédité le pouvoir exclusif de négocier même après l'expiration de la convention col-

turned its mind to the fundamental policies expressed s. 27, would have had no choice but to come to the conclusion that s. 46 prevented an employer, on the termination of a collective agreement, from unilaterally implementing new working conditions through direct communication with the employees.

It was "patently unreasonable" for the Board to find that the employer had this power; the decision of the British Columbia Court of Appeal was agreed with.

The Code provided for mechanisms allowing the Board to broaden the reach and scope of the proceedings before it. The first set of mechanisms involved procedural adjustments which could be brought to the adjudicative hearing. The second involved a more radical change in the nature of the proceedings. The Board was empowered to conduct full-scale, public policy-making hearings which would foster broad participation by the members of the labour relations community in proceedings involving issues of widespread interest. In a case like the present one, where a previous policy orientation is reversed, where the area concerned involves a void in the enabling statute, and where the question raised is of crucial importance to employers, unions and individual employees at large, the matter may more properly have been dealt with in a policy-making hearing.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Applied:** *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; **considered:** *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176; *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council*, British Columbia Court of Appeal, May 24, 1988, unreported; **referred to:** *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British Columbia*, British Columbia Supreme Court,

lective. Si elle avait prêté attention aux directives fondamentales exprimées à l'art. 27, la Commission n'aurait pu faire autrement qu'arriver à la conclusion que l'art. 46 empêche un employeur, à l'expiration d'une convention collective, de mettre en vigueur unilatéralement de nouvelles conditions de travail par la communication directe avec les employés.

Il était «manifestement déraisonnable» pour la Commission de conclure que l'employeur avait ce pouvoir: il y a accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Le Code prévoit des mécanismes qui permettent à la Commission d'élargir la portée et l'étendue des procédures dont elle est saisie. Le premier ensemble de mécanismes comporte des rajustements de procédure qui peuvent être apportés à l'audition. Le deuxième ensemble entraîne une modification plus radicale de la nature de la procédure. La Commission a le pouvoir de tenir des audiences publiques pour l'élaboration d'énoncés de politique qui favorisent une large participation des personnes du milieu des relations du travail aux procédures qui mettent en cause des questions d'intérêt général. Dans un cas comme la présente affaire, lorsqu'il y a un changement d'orientation de la politique suivie antérieurement, que le domaine en cause révèle une lacune dans la loi habilitante et que la question soulevée est d'une importance cruciale pour les employeurs, les syndicats et les employés en général, la question peut être tranchée de façon plus adéquate dans le cadre d'une audience visant l'établissement d'énoncés de politique.

#### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêts appliqués:** *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; **arrêts examinés:** *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176; *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council*, Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 24 mai 1988, inédit; **arrêts mentionnés:** *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British*



January 24, 1986, unreported; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609; *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Air Canada*, Canada Labour Relations Board, January 18, 1988, unreported; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68; *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (1981); *American Ship Bldg. Co. v. Labor Board*, 380 U.S. 300 (1965); *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (1967).

By Sopinka J.

**Referred to:** *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] S.C.R. 282; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

By Wilson J. (dissenting)

*Re Peterboro Lock Mfg. Co.* (1954), 4 L.A.C. 1499.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 95; *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] S.C.R. 697; *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (S.C.), dismissing an application for judicial review from (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, denying a reconsideration from (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Air Line Pilots Association v. Air Canada, Montréal, Québec* (1977), 24 di 203; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101; *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (1971); *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718.

#### Statutes and Regulations Cited

*British North America Act, 1867*, s. 96.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 50, 89.

*Columbia*, inédit, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 24 janvier 1986; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609; *Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale c. Air Canada*, Conseil canadien des relations du travail, 18 janvier 1988, inédit; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68; *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (1981); *American Ship Bldg. Co. v. Labor Board*, 380 U.S. 300 (1965); *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (1967).

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] R.C.S. 282; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

*Re Peterboro Lock Mfg. Co.* (1954), 4 L.A.C. 1499.

e Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 95; *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] R.C.S. 697; *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (C.S.), rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision publiée à (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, où l'on avait refusé un nouvel examen de la décision publiée à (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canadian Air Line Pilots Association c. Air Canada, Montréal, Québec* (1977), 24 di 203; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101; *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (1971); *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718.

#### Lois et règlements cités

j *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, art. 96.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 50, 89.

*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 35(2).  
*Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, c. 24, s. 18.  
*Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. L-1, s. 23.  
*Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 6, 27(1), (2), 28, 31, 32(1)(a), (b), (c), 33, 34(1)(d), (e), (g), (h), (2), 36, 46(a), 51(1), 61(1)(c), 62, 63, 65, 79(2), 80, 81(3)(a), (b), 82(2).  
*Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 59.  
*Labour Code Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, c. 72, s. 27(1).  
*Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L-10, s. 10(4).  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 79.  
*Labour Relations Act*, S.N. 1977, c. 64, s. 74.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 1988, c. L-1.2, s. 145.  
*National Labour Relations Act*, 29 U.S.C., ss. 8(a)(5), 9(a).  
*Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, s. 65.  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 11(1)(m).  
*Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19, s. 33.

#### Authors Cited

Arthurs, H. W., D. D. Carter and H. J. Glasbeek. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.  
 Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.  
 Galligan, D. J. *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1986.  
 Murphy, T. H. "Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith" (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1.  
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.  
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80, 32 D.L.R. (4th) 523, dismissing an appeal from a judgment of Meredith J., [1986] B.C.W.L.D. 2745, allowing an appeal from a reconsideration of the Labour Relations Board of British Columbia (1985), 10 CLRBR (NS) 355, upholding the decisions of the original Board (*CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division)* and *IBEW v. British*

*Code du travail*, L.R.Q. 1977, chap. C-27, art. 59.  
*Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, chap. 24, art. 18.  
*Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 209.  
<sup>a</sup> *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. L-1, art. 23.  
*Labour Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 6, 27(1), (2), 28, 31, 32(1)(a), (b), (c), 33, 34(1)(d), (e), (g), (h), (2), 36, 46(a), 51(1), 61(1)(c), 62, 63, 65, 79(2), 80, 81(3)(a), (b), 82(2).  
<sup>b</sup> *Labour Relations Act*, S.N. 1977, chap. 64, art. 74.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 1988, chap. L-1.2, art. 145.  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.M. 1987, chap. L-10, art. 10(4).  
<sup>c</sup> *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228, art. 79.  
*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, art. 35(2).  
*National Labour Relations Act*, 29 U.S.C., art. 8a)(5), 9a).  
<sup>d</sup> *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 65.  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, chap. T-17, art. 11(1)(m).  
*Trade Union Act*, S.N.S. 1972, chap. 19, art. 33.

#### <sup>e</sup> Doctrine citée

Arthurs, H. W., D. D. Carter and H. J. Glasbeek. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.  
<sup>f</sup> Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.  
 Galligan, D. J. *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1986.  
<sup>g</sup> Murphy, T. H. «Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith» (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1.  
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.  
<sup>h</sup> Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80, 32 D.L.R. (4th) 523, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Meredith, [1986] B.C.W.L.D. 2745, qui avait accueilli l'appel d'un nouvel examen de la Labour Relations Board of British Columbia (1985), 10 CLRBR (NS) 355, confirmant les décisions du premier comité (*CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division)* et *IBEW v. British*

*Columbia Hydro & Power Authority*). Appeal allowed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

*D. M. M. Goldie, Q.C.*, and *B. R. Grist*, for the appellant.

*Ian Donald, Q.C.*, and *Bruce Laughton*, for the respondent Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers, Local 14.

No one appeared for the respondent British Columbia Hydro & Power Authority.

No one appeared for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213.

*J. Stuart Clyne, Q.C.*, and *Eugene C. Jamieson*, for the respondent Industrial Relations Council of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest J. was delivered by

LA FOREST J.—The narrow issue in this appeal is whether the decision of the respondent Labour Relations Board of British Columbia permitting an employer, after the termination of a collective agreement, to unilaterally alter terms and conditions of employment is patently unreasonable and therefore subject to review by this Court. A subsidiary issue concerns the standing before this Court of the Labour Relations Board.

#### Facts

The respondent, Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers (Local 14) ("CAIMAW"), is the certified bargaining agent for the employees of the appellant Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Division) ("Paccar"). CAIMAW and Paccar were parties to a collective agreement with a stated term extending from May 1, 1982 to April 30, 1983. Paccar had been engaged in the manufacture of trucks, but during the course of the collective agreement, it laid off a large number of employees and limited its activities to warehouse operations. Instead of employing three hundred and fifty people before the layoffs, it employed only ten thereafter.

*Columbia Hydro & Power Authority*). Pourvoi accueilli, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

*D. M. M. Goldie, c.r.*, et *B. R. Grist*, pour l'appelante.

*Ian Donald, c.r.*, et *Bruce Laughton*, pour l'intimée l'Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14.

Personne n'a comparu pour l'intimée British Columbia Hydro & Power Authority.

Personne n'a comparu pour l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 213.

*J. Stuart Clyne, c.r.*, et *Eugene C. Jamieson*, pour l'intimée l'Industrial Relations Council of British Columbia.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le point en litige dans le présent pourvoi se limite à la question de savoir si la décision de l'intimée, la Labour Relations Board of British Columbia («la Commission»), de permettre à un employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail, à l'expiration d'une convention collective, est manifestement déraisonnable et, partant, susceptible de contrôle par notre Cour. Un point subsidiaire porte sur la qualité de la Commission pour agir devant notre Cour.

#### Les faits

L'intimée, l'Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées (section locale 14) («CAIMAW»), est l'agent négociateur accrédité des employés de l'appelante Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Division) («Paccar»). CAIMAW et Paccar étaient parties à une convention collective dont la durée avait été fixée du 1<sup>er</sup> mai 1982 au 30 avril 1983. Paccar, un fabricant de camions, a au cours de la convention collective mis à pied un grand nombre d'employés et restreint ses activités à des fonctions d'entrepôt. Le nombre des employés est alors passé de trois cent cinquante à dix seulement.

The collective agreement contained a renewal and termination provision, the relevant parts of which read as follows:

21.01 This [a]greement shall be effective as and from May 1, 1982, to and including April 30, 1983, and shall continue thereafter from year to year unless written notice of contrary intention is given by either [p]arty to the other four (4) months prior to April 30, 1983, or any anniversary date thereafter.

21.03 In the event of a notice of termination, this [a]greement shall remain in full force and effect while negotiations are being carried on, it being agreed that negotiations shall be discontinued upon delivery of a written notice by either [p]arty.

On January 4, 1983, Paccar notified CAIMAW, in a document entitled "Notice to Terminate", that:

This is notice to terminate the [c]ollective [a]greement between the parties and to commence negotiations for a new agreement, pursuant to the terms of the agreement and the Labour Code of B.C. Please contact the undersigned to arrange a mutually acceptable time and place to meet.

The parties negotiated over the next six months, but without success. On June 29, 1983, Paccar wrote CAIMAW:

In accordance with Article 21.03 and in view of the impasse the parties have reached, this is the requisite notice to discontinue negotiations and that the Company considers the [c]ollective [a]greement terminated effective July 4, 1983. All terms and conditions of the [a]greement, including the COLA clause are cancelled except as noted below and/or required by the Labour Code and the Employment Standards Act.

Paccar then set out the terms and conditions which it would put into effect on July 4, 1983. The employees of Paccar have continued to work since that date.

CAIMAW then applied to the respondent Labour Relations Board (now the Industrial Relations Council) under s. 28 of the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, (the "Code") alleging that Paccar had violated ss. 65, 79(2) and 82(2) of the Code, and requesting a determination under s. 34(1)(g) as to whether a collective agreement was

La convention collective comportait une clause de renouvellement et de résiliation, dont voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION] 21.01 La présente convention sera en vigueur du 1<sup>er</sup> mai 1982 au 30 avril 1983 inclusivement, puis reconduite d'année en année à moins qu'une partie ne donne à l'autre un préavis écrit contraire quatre (4) mois avant le 30 avril 1983 ou toute date anniversaire subséquente.

21.03 Si un avis de résiliation est donné, la présente convention demeurera en vigueur pendant la durée des négociations, étant entendu qu'une partie peut mettre fin aux négociations en présentant un avis écrit en ce sens.

Le 4 janvier 1983, Paccar a, dans un document intitulé [TRADUCTION] «Avis de résiliation», informé CAIMAW de ce qui suit:

[TRADUCTION] La présente est un avis de résiliation de la convention collective entre les parties et d'engagement de négociations en vue d'une nouvelle convention, conformément à la convention et au Labour Code de la Colombie-Britannique. Vous êtes prié de communiquer avec le soussigné pour convenir d'une date et d'un lieu de rencontre acceptables.

Les parties ont négocié au cours des six mois suivants, mais sans succès. Le 29 juin 1983, Paccar a écrit ceci à CAIMAW:

[TRADUCTION] Conformément à l'article 21.03 et compte tenu de l'impasse dans laquelle les parties se trouvent, la société vous avise par la présente qu'elle met fin aux négociations et qu'elle considérera la convention collective échue le 4 juillet 1983. Sont annulées toutes les conditions de l'entente, y compris la clause relative à l'indemnité de vie chère, exception faite des dispositions qui figurent plus bas ou qui sont exigées par le Labour Code et l'Employment Standards Act, ou les deux à la fois.

Paccar exposait par la suite les conditions qu'elle mettrait en vigueur le 4 juillet 1983. Les employés de Paccar continuent de travailler depuis cette date.

CAIMAW s'est alors adressée à la Commission intimée (maintenant l'Industrial Relations Council) en vertu de l'art. 28 du *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212, (le «Code»), prétendant que Paccar avait contrevenu à l'art. 65 et aux par. 79(2) et 82(2) du Code, et demandant qu'une décision soit rendue en vertu de l'al. 34(1)(g) quant

in full force and effect. A three-member panel of the Board decided against the union. The union sought and was granted a re-hearing pursuant to s. 36 of the Code. At the re-hearing, the application was heard along with another application between British Columbia Hydro & Power Authority and the International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213, (the "IBEW"), and a consolidated decision in respect of both applications was issued by a unanimous five-member panel of the Board, upholding, though for different reasons, the decisions of the original Boards.

Both CAIMAW and the IBEW petitioned the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, for an order quashing the decision of the review panel of the Labour Relations Board. Meredith J. granted the applications. Paccar and B.C. Hydro appealed to the British Columbia Court of Appeal, but the appeals were dismissed by a unanimous five-member panel of that court. Paccar appeals to this Court with leave. B.C. Hydro has been named as a respondent but neither it nor the IBEW appeared before this Court or submitted factums.

### Decisions Below

Before the first Board, two issues required resolution. The first was whether Paccar had in fact terminated the collective agreement. The Board held, interpreting those portions of Article 21 set out above, that the employer had duly terminated the agreement in accordance with its terms. The issue that then arose was whether, in spite of the termination of the agreement, its terms necessarily bound Paccar and governed its relationship with its employees or whether Paccar had the authority to impose, unilaterally upon the employees in the bargaining unit, terms and conditions of employment different from those set out in the terminated agreement. The Board concluded in favour of the latter position. The essence of its reasoning is set out in the following passage:

We conclude that the employer and the trade union may unilaterally impose terms and conditions of employ-

à savoir si une convention collective était toujours en vigueur. Un comité de trois membres de la Commission a débouté le syndicat. Celui-ci a demandé et obtenu une nouvelle audience en vertu de l'art. 36 du Code. À la nouvelle audience, la demande a été entendue en même temps qu'une autre portant sur un différend entre British Columbia Hydro & Power Authority et la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 213, («FIOE»); une décision commune aux deux demandes a été rendue par un comité unanime de cinq membres qui a confirmé, bien que pour des motifs différents, les décisions des premiers comités.

CAIMAW et FIOE ont toutes deux demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, conformément à la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 209, de prononcer une ordonnance annulant la décision du comité de révision de la Commission. Le juge Meredith a fait droit à ces demandes. Paccar et B.C. Hydro ont interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui les a déboutées dans une décision unanime de cinq juges. Paccar se pourvoit devant notre Cour avec l'autorisation de celle-ci. B.C. Hydro y figure à titre d'intimée, mais à l'instar de FIOE, elle n'a ni comparu devant notre Cour ni produit de mémoire.

### Décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le premier comité a été saisi de deux questions. Dans la première, il s'agissait de savoir si Paccar avait effectivement mis fin à la convention collective. En interprétant les extraits susmentionnés de l'art. 21, le comité a conclu que l'employeur avait dûment mis fin à la convention collective conformément à ses conditions. Partant, il s'agissait de déterminer si, malgré l'expiration de la convention, ses conditions liaient nécessairement Paccar et régissaient ses relations avec ses employés, ou si Paccar pouvait imposer unilatéralement à ses employés de l'unité de négociation des conditions de travail différentes de celles qui étaient stipulées dans la convention échue. Le comité a retenu cette dernière hypothèse. L'essentiel de son raisonnement est énoncé dans le passage suivant:

[TRADUCTION] Nous concluons que l'employeur et le syndicat peuvent imposer unilatéralement des conditions

ment to be "incorporated" into the individual contracts of employment which spring up on the termination of the collective agreement. The appropriate response by the employer or the trade union to unacceptable "new terms" proposed by the other is to lock out or strike. That is not to say that an employer has a free hand. Certainly the employer's behaviour will be limited by the unfair labour practice provisions of the Code (for example, Section 6 thereof) and by Section 46.

The Board concluded that changing the terms and conditions on which an employer will continue to employ its work-force after the expiry of a collective agreement did not violate the exclusive bargaining authority given to the union by s. 46 of the Code. It therefore dismissed the complaint.

The re-hearing panel gave extensive, considered reasons and upheld the decision of the original Board, though for different reasons. Before the re-hearing panel, the unions made two arguments in support of the proposition that the earlier decision was inconsistent with the law and policy under the *Labour Code*. The first argument was premised on the view that when a collective agreement expires, individual contracts of employment between the employer and the employee resume operation, and that in accordance with the principles of employment law, those contracts cannot be altered except by agreement; see *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (Ont. C.A.) In the present case, it cannot be said that the employees either expressly or impliedly accepted the varied terms.

The second argument was based on the earlier decision of the Labour Relations Board in *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, and on s. 46(a) of the *Labour Code*. That section gives the union the exclusive authority to bargain collectively for the bargaining unit, and to bind the employees by collective agreement. The union argued that the effect of s. 46(a) was to preclude the employer from unilaterally altering terms of employment without the agreement of the union.

The Labour Relations Board decided against the union on both arguments. In doing so, the Board

de travail devant être «incorporées» aux contrats individuels de travail qui émergent à l'expiration de la convention collective. La façon appropriée pour l'employeur ou le syndicat de répondre à de «nouvelles conditions» inacceptables proposées par l'autre partie est de déclencher un lock-out ou une grève. Cela ne signifie pas que l'employeur a pleine liberté pour agir. Le comportement de l'employeur sera certainement limité par les dispositions du Code en matière de pratiques déloyales de travail (par exemple son article 6) et par l'article 46.

Le comité a conclu que le fait de modifier les conditions auxquelles l'employeur continue de retenir les services de son personnel après l'expiration d'une convention collective ne contrevenait pas au pouvoir exclusif de négocier accordé au syndicat par l'art. 46 du Code. Il a par conséquent rejeté la plainte.

Le comité qui a procédé à la nouvelle audition a, dans des motifs approfondis et réfléchis, confirmé la décision du premier comité, bien que pour des motifs différents. Devant ce nouveau comité, les syndicats ont invoqué deux moyens pour établir que la décision antérieure était incompatible avec le droit et la politique du *Labour Code*. Le premier moyen était fondé sur le point de vue portant qu'à l'expiration d'une convention collective les contrats individuels de travail entre l'employeur et les employés redeviennent opérants et que, conformément aux principes du droit du travail, ces contrats ne peuvent être modifiés sans le consentement des parties; voir *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (C.A. Ont.) En l'espèce, on ne saurait dire que les employés ont accepté expressément ou implicitement les conditions modifiées.

Le second moyen était fondé sur la décision antérieure de la Commission *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, et sur l'al. 46a) du *Labour Code*. Cette disposition accorde au syndicat le pouvoir exclusif de négocier collectivement au nom de l'unité de négociation et de lier les employés par une convention collective. Le syndicat a prétendu que l'al. 46a) avait pour effet d'empêcher l'employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail sans avoir obtenu l'assentiment du syndicat.

La Commission a débouté le syndicat à l'égard des deux moyens. Ce faisant, elle a jugé utile

found it useful to examine the extensive American experience, though it did not blindly follow it. It held that on termination of a collective agreement, individual contracts of employment do not revive. They stated:

In light of the Supreme Court of Canada's decision in *McGavin Toastmaster Ltd.*, [[1976] 1 S.C.R. 718], and Chief Justice Laskin's above-quoted comments, we have concluded that it is no longer appropriate to speak of individual contracts of employment and common law principles flowing therefrom in respect of an employer-employee relationship which is governed by the Labour Code. Such contracts and principles are based on individual relationships between employer and employee, whereas the Labour Code and other similar labour relations legislation is premised on a collective relationship between an employer and his employees, with individual dealings between employer and employee being prohibited.

We are of the view that the comments of Chief Justice Laskin concerning the inapplicability of individual contracts of employment and the common law apply regardless of whether a collective agreement is in force. This conclusion flows from the fundamental change brought about by the certification of a trade union to represent a group of employees in a bargaining unit. Once certified, that union has the exclusive authority to bargain on behalf of and bind the employees in the unit. The individual employee has no authority to bargain on his own behalf whether a collective agreement is in force or not. In these circumstances, it does not make sense to speak of individual contracts of employment at any time. Individual employees may no longer make contracts regarding terms and conditions of employment; only the trade union may. Further, it no longer makes sense to speak of the common law. The collective bargaining relationship is governed by the provisions of the Labour Code, not the common law.

The Board then turned to the second argument based on s. 46(a) and said:

Having given this matter serious consideration, we have concluded that Section 46(a) of the Labour Code does not prevent an employer from making unilateral alterations to terms and conditions of employment after the expiry of the collective agreement and after he has sought to negotiate those alterations with the union and the union has rejected them.

d'examiner la vaste expérience américaine, sans toutefois la suivre aveuglément. Elle a conclu qu'à l'expiration d'une convention collective les contrats individuels de travail ne redeviennent pas opérants.

a Elle a déclaré ce qui suit dans ses motifs:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême *McGavin Toastmaster Ltd.*, [[1976] 1 R.C.S. 718], et des observations précitées du juge en chef Laskin, nous concluons qu'il n'y a plus lieu de parler de contrats individuels de travail et de principes de *common law* qui en découlent à l'égard d'une relation employeur-employé régie par le Labour Code. De tels contrats et principes sont fondés sur des relations individuelles entre l'employeur et l'employé, tandis que le Labour Code et les autres lois semblables en matière de relations de travail sont fondés sur une relation collective entre un employeur et ses employés, dans laquelle sont interdites les négociations individuelles entre l'employeur et un employé.

Nous estimons que les observations du juge en chef Laskin sur l'inapplicabilité des contrats individuels de travail et des principes de *common law* s'appliquent peu importe qu'une convention collective soit en vigueur. Cette conclusion découle du changement fondamental qui résulte de l'accréditation d'un syndicat l'habilitant à représenter un groupe d'employés dans une unité de négociation. Une fois accrédité, ce syndicat a le pouvoir exclusif de négocier au nom des employés de l'unité une convention qui les lie. L'employé lui-même n'a aucun pouvoir de négocier en son nom, peu importe qu'une convention collective soit en vigueur ou non. Dans de telles circonstances, on ne peut vraiment parler de contrats individuels de travail. Dès lors, aucun employé ne peut conclure de contrat portant sur les conditions de travail; seul le syndicat peut le faire. Dès lors, on ne peut non plus parler de *common law*. La relation de négociation collective est régie par les dispositions du Labour Code et non par la *common law*.

La Commission s'est ensuite penchée sur le second moyen fondé sur l'al. 46a) et a déclaré:

[TRADUCTION] Après mûre réflexion, nous concluons que l'alinéa 46a) du Labour Code n'empêche pas un employeur d'apporter des modifications unilatérales aux conditions de travail après l'expiration de la convention collective, s'il a tenté de négocier ces modifications avec le syndicat et que celui-ci les a rejetées.

In doing so, the Board explicitly disagreed with the decision in *Cariboo College, supra*. The Board concluded:

After the expiry of the collective agreement, no unilateral alterations to terms and conditions of employment may be made by an employer unless they are done so in compliance with his duty to bargain in good faith with the union. Further, we wish to make it clear that the fact that an employer has made unilateral alterations to his employees' terms and conditions of employment does not extinguish his obligation to continue to bargain in good faith with the trade union and make every reasonable effort to conclude a collective agreement.

In the period after the expiry of the collective agreement, where the employer continues to operate and the employees continue to work, it will be implied that the terms and conditions of employment for the employees will continue to be the same as those contained in the just expired collective agreement. This conclusion flows from the scheme of the Labour Code as a whole, but in particular, from the duty to bargain in good faith which limits the "when" and "how" of unilateral changes to terms and conditions of employment. It is that scheme, and, in particular, the limits on unilateral action prescribed by the duty to bargain in good faith which requires the initial maintenance of the status quo and the resulting implication of the terms and conditions of employment from the just expired collective agreement.

In the result, the union's complaint was dismissed.

Meredith J. allowed the application to quash. His reasons are brief and not entirely clear. They begin by saying:

I take it that counsel for the employers and the unions agree with me that at law, labour or otherwise, the employers in these cases have no authority to make unilateral alterations in terms and conditions of employment at any time.

That agreement, if it ever existed, did not survive into this Court. Whether an employer has the asserted authority was strongly debated before us. The essence of Meredith J.'s reasoning appears to be that employment necessarily involves an agreement. Agreement and unilateral alteration are each other's antithesis. As a result, the Board was "wrong" in concluding that there had been unilateral alterations at all, and so the matter was

Ce faisant, la Commission s'est déclarée explicitement en désaccord avec la décision *Cariboo College*, précitée. Elle a conclu:

[TRADUCTION] Une fois expirée la convention collective, aucune modification des conditions de travail ne peut être apportée par l'employeur autrement que dans le respect de l'obligation qui lui incombe de négocier de bonne foi avec le syndicat. De plus, nous voulons établir clairement que le fait qu'un employeur ait modifié unilatéralement les conditions de travail de ses employés ne met pas fin à son obligation de poursuivre la négociation de bonne foi avec le syndicat et de déployer tout effort raisonnable en vue de conclure une convention collective.

Lorsque, dans la période suivant l'expiration de la convention collective, l'employeur continue d'exploiter son entreprise et les employés d'y travailler, on présume que les conditions de travail des employés demeurent les mêmes que celles contenues dans la convention collective qui vient d'expirer. Cette conclusion découle du régime juridique du Labour Code dans son ensemble et, en particulier, de l'obligation de négocier de bonne foi qui limite le cadre temporel et les modalités des modifications unilatérales pouvant être apportées aux conditions de travail. C'est ce régime et, en particulier, les limites restreignant l'action unilatérale qui découlent de l'obligation de négocier de bonne foi, qui rendent obligatoire le maintien initial du statu quo et la reprise implicite des conditions de travail de la convention collective qui vient d'expirer.

La plainte du syndicat a finalement été rejetée.

Le juge Meredith a fait droit à la demande d'annulation de cette décision. Ses motifs sont brefs et manquent quelque peu de clarté. Ils débutsent par la phrase suivante:

[TRADUCTION] Je suppose que les avocats des employeurs et des syndicats conviennent avec moi qu'en droit, des relations de travail ou autre, les employeurs en pareils cas n'ont en aucun temps le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail.

S'il a déjà existé, cet accord n'a pas survécu devant cette Cour. Les parties ont en effet débattu avec vigueur devant nous la question de savoir si l'employeur a le pouvoir qu'il revendique. L'essentiel du raisonnement du juge Meredith semble être que l'emploi suppose nécessairement une entente. Or, entente et modification unilatérale forment une antithèse. Par conséquent, la Commission a eu « tort » de conclure à l'existence de modifications



remitted back to the Labour Relations Board for further consideration.

The Court of Appeal dismissed the appeal from that order. It held that the common law, and more particularly basic contract law, had not been ousted by the *Labour Code* and applied not only to individual contracts of employment but also to collective agreements. The court held that terms could not be unilaterally imposed by an employer. Seaton J.A. said:

No foundation is given for the statement that "an employer has the authority under the Labour Code to make unilateral alterations . . .". No section says that; nor does any imply it. The Code as a whole seeks stability resulting from agreement. This new power creates instability resulting from unilateral action.

The Court of Appeal rejected all reliance on the American authorities. These, it thought, were concerned with the issue of whether unilateral changes constituted a failure to bargain in good faith, an argument the unions had abandoned in the present case at the opening of the original Board hearing, or alternatively dealt with changes favourable to the employees, which is unlike the case at bar. As the Court of Appeal was of the view that the three panels of the Labour Relations Board were wrong in finding that an employer had the authority to unilaterally alter terms and conditions of employment after the expiry of the collective agreement, the court, in the last line of its decision, held that to find such a power in the employer was patently unreasonable.

#### Analysis

In oral argument before this Court, counsel for CAIMAW conceded that the Labour Relations Board had jurisdiction to embark upon the specific inquiry as to whether the employer has the authority to alter unilaterally the terms and conditions of employment. He submitted, however, that the Labour Relations Board lost jurisdiction by coming to the conclusion that that right exists without having any rational basis for so determining. In finding such a right, he submitted, the

unilatérales, d'où le renvoi de la question à la Commission pour nouvel examen.

La Cour d'appel a rejeté l'appel de cette ordonnance. Elle a conclu que la *common law* et, en particulier, les principes fondamentaux du droit des contrats n'avaient pas été supplantés par le *Labour Code* et qu'ils s'appliquaient non seulement aux contrats individuels de travail, mais également aux conventions collectives. La cour a statué que des conditions ne pouvaient être imposées unilatéralement par l'employeur. Le juge Seaton a déclaré:

[TRADUCTION] On n'a présenté aucune justification de la prétention selon laquelle «l'employeur a le pouvoir en vertu du Labour Code de procéder à des modifications unilatérales . . .». Aucun article ne prévoit cela ni ne permet de le déduire. Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente. Ce nouveau pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale.

La Cour d'appel a nié toute pertinence aux décisions américaines. Selon elle, ces décisions portaient soit sur la question de savoir si des modifications unilatérales constituaient un défaut de négociation de bonne foi, argument que les syndicats avaient abandonné en l'espèce dès le début de la première audience de la Commission, soit sur des modifications favorables aux employés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Puisque, selon elle, les trois comités de la Commission avaient eu tort de conclure que l'employeur avait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail après l'expiration de la convention collective, la Cour d'appel a conclu, à la dernière ligne de son dispositif, qu'une décision reconnaissant ce pouvoir à l'employeur était manifestement déraisonnable.

#### h Analyse

Dans son argumentation orale devant notre Cour, l'avocat de CAIMAW a admis que la Commission avait compétence pour déterminer précisément si l'employeur avait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail. Il a toutefois prétendu que la Commission avait perdu compétence en concluant à l'existence de ce droit sans étayer sa décision de façon rationnelle. Ainsi, selon lui, la Commission n'a pas simplement commis une erreur grave sur une question relevant

Labour Relations Board went beyond making a serious error within its jurisdiction and into the realm of patently unreasonable errors.

The first step in determining whether an administrative tribunal has exceeded its jurisdiction by answering a question of law in a patently unreasonable manner is to determine its jurisdiction. "At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal"; see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1088.

The Labour Relations Board derives its authority from Part II of the *Labour Code*, particularly ss. 27 and 31 to 34. It is useful to set out these provisions. They read:

27. (1) The board, having regard to the public interest as well as the rights and obligations of parties before it, may exercise its powers and shall perform the duties conferred or imposed on it under this Act so as to develop effective industrial relations in the interest of achieving or maintaining good working conditions and the well being of the public. For those purposes, the board shall have regard to the following purposes and objects:

- (a) securing and maintaining industrial peace, and furthering harmonious relations between employers and employees;
- (b) improving the practices and procedures of collective bargaining between employers and trade unions as the freely chosen representatives of employees; and
- (c) promoting conditions favourable to the orderly and constructive settlement of disputes between employers and employees or their freely chosen trade unions.

(2) The board may formulate general guidelines to further the operation of this Act; but the board is not bound by those guidelines in the exercise of its powers or the performance of its duties.

31. Except as provided in this Act, the board has and shall exercise exclusive jurisdiction to hear and determine an application or complaint under this Act and to

de sa compétence, mais une erreur manifestement déraisonnable.

a La première étape de l'analyse permettant de juger si un tribunal administratif a excédé sa compétence en tranchant une question de droit d'une façon manifestement déraisonnable consiste à déterminer sa compétence. «À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal»; voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1088.

d La Commission tient ses pouvoirs de la partie II du *Labour Code*, tout particulièrement des art. 27 et 31 à 34. Il est utile d'exposer le contenu de ces dispositions.

[TRADUCTION] 27. (1) Compte tenu de l'intérêt public ainsi que des droits et obligations respectifs des parties qui se présentent devant elle, la commission peut exercer ses pouvoirs et doit exercer les fonctions qui lui sont attribuées ou imposées en vertu de la présente loi de façon à instaurer des relations industrielles efficaces pour l'établissement ou le maintien de bonnes conditions de travail et le bien-être du public. À ces fins, la commission doit tenir compte des objectifs suivants:

- a) assurer et maintenir la paix industrielle et promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés;
- b) améliorer les pratiques et les procédures de négociation collective entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés;
- c) promouvoir des conditions favorables au règlement ordonné et constructif des différends entre les employeurs et les employés ou leurs syndicats librement élus.

(2) La commission peut formuler des lignes directrices générales pour faciliter l'application de la présente loi; la commission n'est toutefois pas liée par ces lignes directrices dans l'exercice de ses pouvoirs ou de ses fonctions.

j 31. Sous réserve de ce qui est prévu dans la présente loi, la commission a compétence exclusive pour entendre et trancher une demande ou une plainte présentée en

make an order permitted to be made. Without limiting the generality of the foregoing, the board has and shall exercise exclusive jurisdiction in respect of

- a) a matter in respect of which the board has jurisdiction under this Act or regulations;
- (b) a matter in respect of which the board determines under section 33 that it has jurisdiction; and
- (c) an application for the regulation, restraint or prohibition of a person or group of persons from
  - (i) ceasing or refusing to perform work or to remain in a relationship of employment;
  - (ii) picketing, striking or locking out; or
  - (iii) communicating information or opinion in a labour dispute by speech, writing or other means.

32. (1) Except as provided in this section, no court has or shall exercise any jurisdiction in respect of a matter that is, or may be, the subject of a complaint under section 28 or a matter referred to in section 31, and, without restricting the generality of the foregoing, no court shall make an order enjoining or prohibiting an act or thing in respect of them.

33. The board has and shall exercise exclusive jurisdiction to determine the extent of its jurisdiction under this Act, a collective agreement or the regulations, to determine a fact or question of law necessary to establish its jurisdiction and to determine whether or in what manner it shall exercise its jurisdiction.

34. (1) The board has exclusive jurisdiction to decide a question arising under this Act, and, on application by any person or on its own motion, may decide for all purposes of this Act any question, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

- (d) a person is, or what persons are, bound by a collective agreement;
- (e) a person is, or what persons are, parties to a collective agreement;
- (g) a collective agreement is in full force and effect;
- (h) a person is bargaining collectively or has bargained collectively in good faith;

vertu de la présente loi et pour rendre l'ordonnance permise. La commission a notamment compétence exclusive à l'égard de

- a) toute question qui relève de sa compétence en vertu de la présente loi ou de ses règlements d'application;
- b) toute question au sujet de laquelle la commission détermine, en vertu de l'article 33, qu'elle est compétente; et
- c) toute demande visant à réglementer, à restreindre ou à interdire le fait pour une personne ou un groupe de personnes
  - (i) de cesser ou de refuser d'accomplir un travail ou de demeurer dans une relation de travail;
  - (ii) d'établir un piquet de grève, de déclencher la grève ou de provoquer un lock-out;
  - (iii) de communiquer des renseignements ou des opinions sur un conflit de travail de vive voix, par écrit ou autrement.

32. (1) Sous réserve de ce qui est prévu dans le présent article, aucun tribunal ne peut exercer sa compétence à l'égard d'une question qui fait ou qui peut faire l'objet d'une plainte en vertu de l'article 28 ou d'une question mentionnée à l'article 31, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède, aucun tribunal ne peut rendre une ordonnance de faire ou de ne pas faire quelque chose à l'égard de ces questions.

33. La commission a compétence exclusive pour déterminer l'étendue de sa compétence en vertu de la présente loi, d'une convention collective ou des règlements, pour statuer sur un fait ou sur une question de droit nécessaire pour établir sa compétence et, s'il y a lieu, pour en fixer les modalités d'exercice.

34. (1) La Commission a compétence exclusive pour trancher une question découlant de la présente loi et elle peut, sur demande ou de sa propre initiative, trancher pour les fins de la présente loi toute question, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la question de savoir

- d) si une ou plusieurs personnes sont liées par une convention collective;
- e) si une ou plusieurs personnes sont parties à une convention collective;
- g) si une convention collective est en vigueur;
- h) si une personne négocie ou a négocié collectivement de bonne foi;

(2) Except in respect of the constitutional jurisdiction of the board, a decision or order of the board under this Act, a collective agreement or the regulations, on a matter in respect of which the board has jurisdiction, or determines under section 33 that it has jurisdiction under this Act, a collective agreement or the regulations, is final and conclusive and is not open to question or review in a court on any grounds, and no proceedings by or before the board shall be restrained by injunction, prohibition, mandamus or another process or proceeding in a court, or be removable by certiorari or otherwise into a court.

Section 27 requires that the Labour Relations Board make its decisions having regard to the public interest and the object of promoting harmonious relations between employers and employees. This direction to the Board does not, however, allow a court to substitute its judgment for that of the Board as to what actions will “develop effective industrial relations” and “secur[e] and [maintain] industrial peace”. Section 27 is not, in this sense, a jurisdiction limiting provision upon the interpretation of which the Board cannot err without being subject to judicial review. Indeed, if the courts could intervene every time they were of the opinion that a particular decision of the Board did not accord with the objectives set out in s. 27, the notion of curial deference would be deprived of virtually all meaning. Every decision of the tribunal would be open to review whether patently unreasonable or not. In my opinion, s. 27 amounts to a direction to the Board simply as to the purposes and objects to which it should have regard. Implicit in the establishment of an expert administrative tribunal, however, is that that tribunal is the best judge of what actions would develop “effective” industrial relations and “further” industrial peace and harmony. Thus, in *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338 (B.C.C.A.), at p. 345, Esson J.A. said:

(2) Exception faite de la compétence constitutionnelle de la commission, une décision ou ordonnance de la commission rendue en vertu de la présente loi, d’une convention collective ou des règlements, sur une question à l’égard de laquelle la commission a compétence ou détermine, en vertu de l’article 33, qu’elle a compétence en vertu de la présente loi, d’une convention collective ou des règlements, est finale et concluante, et ne peut faire l’objet d’une remise en cause ou d’un contrôle devant un tribunal pour quelque motif que ce soit, et aucune procédure engagée par la commission ou devant elle ne peut être restreinte par voie d’injonction, de prohibition, de *mandamus* ou d’autres procédures judiciaires, ni être révoquée par voie de *certiorari* ou autrement devant un tribunal.

L’article 27 oblige la Commission à rendre ses décisions en tenant compte de l’intérêt public et de l’objectif consistant à promouvoir l’existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés. Cette directive donnée à la Commission ne permet toutefois pas à un tribunal judiciaire de substituer son jugement à la décision de la Commission en ce qui a trait aux mesures propres à [TRADUCTION] «instaurer des relations industrielles efficaces» et à [TRADUCTION] «assurer et maintenir la paix industrielle». En ce sens, l’art. 27 n’est pas une disposition limitative de compétence à l’égard de laquelle la Commission ne peut commettre d’erreur d’interprétation sans donner ouverture au contrôle judiciaire. En fait, si les tribunaux judiciaires pouvaient intervenir chaque fois qu’ils estiment qu’une décision de la Commission ne correspond pas aux objectifs énoncés à l’art. 27, la notion de retenue judiciaire n’aurait pratiquement aucun sens. Toutes les décisions du tribunal administratif donneraient ouverture au contrôle judiciaire, qu’elles soient manifestement déraisonnables ou non. À mon avis, l’art. 27 constitue simplement une directive donnée à la Commission quant aux objectifs dont elle devrait tenir compte. L’établissement d’un tribunal administratif spécialisé implique toutefois que ce tribunal est le meilleur juge des mesures susceptibles d’instaurer des relations industrielles «efficaces» et de «promouvoir» la paix et l’harmonie industrielles. À ce sujet, le juge Esson déclare ceci dans l’arrêt *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338 (C.A.C.-B.), à la p. 345:

But where, as here, the interpretation depends upon the question whether the specific exercise of power is justified by the purposes and objects of the Act, there is an element of "curial deference" involved. The board is uniquely qualified to know what is necessary to develop effective industrial relations or maintain good working conditions. So, where the question is whether a particular exercise of power not prevented by the express words of the Code is one intended to be granted to the board, the court must show reasonable deference to the board's views and reasons in support of it. [Emphasis added.]

That it was the legislative intention that the interpretation of s. 27 should be left for the Board alone to determine is made clear by s. 33. That section gives the Board the exclusive jurisdiction to determine the extent of its jurisdiction under the Act, to determine any fact necessary to establish its jurisdiction, and to determine in what manner it shall exercise its jurisdiction. At the very least, the effect of this section must be that it establishes that it is for the Board to determine whether any particular decision accords with the purposes and objects of s. 27, provided its interpretation is not patently unreasonable.

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function; see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. The tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). The test for review is a "severe test"; see *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 493. This restricted scope of review requires the courts to adopt a posture of deference to the decisions of the tribunal. Curial deference is more than just a fiction courts resort to when they are in agreement with the decisions

[TRANSLATION] Mais lorsque, comme en l'espèce, l'interprétation dépend de la question de savoir si l'exercice précis du pouvoir est justifié par les objectifs de la Loi, un élément de «retenue judiciaire» entre en jeu. La commission est la mieux qualifiée pour déterminer ce qui est nécessaire pour instaurer des relations industrielles efficaces ou pour maintenir de bonnes conditions de travail. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de déterminer si on a voulu que l'exercice particulier d'un pouvoir qui n'est pas interdit expressément par le Code soit confié à la commission, la cour doit faire preuve de retenue raisonnable à l'égard des opinions et des motifs donnés par la commission à l'appui de ce pouvoir. [Je souligne.]

L'article 33 montre clairement que l'intention du législateur était de laisser entièrement à la Commission l'interprétation de l'art. 27. L'article 33 accorde en effet à la Commission compétence exclusive pour déterminer l'étendue de sa compétence en vertu de la Loi, pour constater tout fait nécessaire à l'établissement de sa compétence et pour en déterminer les modalités d'exercice. Cet article a tout au moins pour effet d'établir qu'il incombe à la Commission de déterminer si une décision donnée correspond aux objectifs de l'art. 27, pourvu que son interprétation ne soit pas manifestement déraisonnable.

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction; voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Le tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu'il n'agisse pas de façon «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Le critère de contrôle constitue un «test sévère»: voir *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 493. Cette portée restreinte du contrôle oblige les cours de justice à adopter une attitude de retenue à l'égard des décisions du tribunal administratif. La retenue judiciaire est plus qu'une

of the tribunal. Mere disagreement with the result arrived at by the tribunal does not make that result "patently unreasonable". The courts must be careful to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it. The emphasis should be not so much on what result the tribunal has arrived at, but on how the tribunal arrived at that result. Privative clauses, such as those contained in ss. 31 to 34 of the Code, are permissible exercises of legislative authority and, to the extent that they restrict the scope of curial review within their constitutional jurisdiction, the Court should respect that limitation and defer to the Board.

In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, Dickson J., as he then was, thus put it at pp. 235-36:

Section 101 constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The comments of McIntyre J. in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 416, are particularly apt:

Our experience with labour relations has shown that the courts, as a general rule, are not the best arbiters of disputes which arise from time to time. Labour legislation has recognized this fact and has created other procedures and other tribunals for the more expeditious

fiction invoquée par les cours de justice lorsque celles-ci sont d'accord avec les décisions du tribunal. Un simple désaccord avec le résultat atteint par le tribunal administratif ne suffit pas à rendre ce résultat «manifestement déraisonnable». Les cours de justice doivent prendre soin de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci. L'accent devrait être mis non pas sur le résultat auquel est arrivé le tribunal, mais plutôt sur la façon dont le tribunal est arrivé à ce résultat. Les clauses privatives comme celles contenues aux art. 31 à 34 du Code constituent des exercices permis du pouvoir du législateur et, dans la mesure où elles restreignent la portée du contrôle judiciaire dans le cadre des pouvoirs constitutionnels, la Cour devrait respecter cette restriction et s'en remettre à la décision de la Commission.

Dans l'arrêt *Syndicat de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, déclare ce qui suit, aux pp. 235 et 236:

L'article 101 révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les commentaires du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 416, sont particulièrement pertinents:

Notre expérience en matière de relations de travail montre que les tribunaux, en règle générale, ne sont pas les meilleurs arbitres des différends qui peuvent surgir à l'occasion. La législation du travail a reconnu ce fait, en créant d'autres procédures et d'autres tribunaux en vue

and efficient settlement of labour problems. Problems arising in labour matters frequently involve more than legal questions. Political, social, and economic questions frequently dominate in labour disputes. The legislative creation of conciliation officers, conciliation boards, labour relations boards, and labour dispute-resolving tribunals, has gone far in meeting needs not attainable in the court system. The nature of labour disputes and grievances and the other problems arising in labour matters dictates that special procedures outside the ordinary court system must be employed in their resolution. Judges do not have the expert knowledge always helpful and sometimes necessary in the resolution of labour problems. The courts will generally not be furnished in labour cases, if past experience is to guide us, with an evidentiary base upon which full resolution of the dispute may be made. In my view, it is scarcely contested that specialized labour tribunals are better suited than courts for resolving labour problems, except for the resolution of purely legal questions.

See also *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British Columbia*, unreported, B.C.S.C., January 24, 1986, at p. 6.

I do not find it necessary to conclusively determine whether the decision of the Labour Relations Board is "correct" in the sense that it is the decision I would have reached had the proceedings been before this Court on their merits. It is sufficient to say that the result arrived at by the Board is not patently unreasonable. Indeed, I would go so far as to say that the result reached by the Board is as reasonable as the alternative. It is not necessary to go beyond that.

I am of the opinion that the courts below did not apply the appropriate standard of review to the decisions of the Board. I cannot escape the conclusion that, instead of examining the reasonableness or rationality of the Board's decision, the courts substituted their view of the appropriate result. In doing so, they became the arbiters of labour policy as can be seen from the finding that, while "The code as a whole seeks stability resulting from agreement[, this] new power creates instability resulting from unilateral action". With respect,

d'obtenir un règlement plus prompt et efficace des problèmes qui surviennent dans le domaine du travail. Souvent, les problèmes en matière de travail ne se résument pas à des questions juridiques. Des questions politiques, sociales et économiques dominent fréquemment les conflits de travail. La création par voie législative de conciliateurs, de conseils d'arbitrage, de commissions des relations du travail et de tribunaux du travail a permis, dans une large mesure, de répondre à des besoins auxquels ne pouvait satisfaire le système judiciaire. La nature des conflits de travail, des griefs et des autres problèmes qui surgissent dans ce domaine, commande le recours à des procédures spéciales, en dehors du système judiciaire ordinaire, pour les résoudre. Les juges n'ont pas les connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière de travail. Les tribunaux en général ne disposent pas dans ces affaires, si l'expérience passée peut nous guider, d'un fondement probatoire qui puisse permettre de résoudre complètement le différend. À mon avis, il n'est guère contesté que les tribunaux spécialisés en matière de relations de travail sont mieux équipés que les tribunaux judiciaires pour résoudre les problèmes en matière de travail, sauf s'il s'agit de questions purement juridiques.

Voir également *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British Columbia*, décision inédite, C.S.C.-B., 24 janvier 1986, à la p. 6.

J'estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer de façon concluante si la décision de la Commission est «juste» en ce sens que c'est la décision à laquelle je serais parvenu si la cause avait été entendue quant au fond par notre Cour. Il suffit de dire que le résultat auquel la Commission est arrivée n'est pas manifestement déraisonnable. En fait, j'irais jusqu'à dire que le résultat atteint par la Commission est aussi raisonnable que l'autre solution. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin.

Selon moi, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas appliqué la bonne norme de contrôle aux décisions de la Commission. Je ne puis que conclure qu'au lieu d'examiner le caractère raisonnable ou rationnel de la décision de la Commission, ces tribunaux ont substitué leur point de vue sur le résultat adéquat. Ce faisant, ils sont devenus les arbitres d'une politique du travail, comme cela ressort de la conclusion portant que si [TRADUCTION] «Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente[, c]e nouveau

one cannot imagine that the Labour Relations Board did not consider the implications of a finding that the employer could unilaterally alter the terms and conditions of employment.

Other passages in the Court of Appeal's reasons also support the view that its decision was arrived at because it accorded with the court's view of the appropriate policy. Thus, Seaton J.A. held that "I do not accept that terms can be imposed unilaterally by an employer" (emphasis added). Later he said:

I accept that after the expiry of a collective agreement the implied terms and conditions of employment are those found in the expired agreement. That must be so. The employees are not working for nothing. Unless something happens, the seniority rights, the pension rights, the dental plan and all those benefits that have been won by unions over the years must continue. The alternative is chaos. [Emphasis added.]

Labour relations policy is a matter for the specialized tribunal. As noted in *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115*, supra, at p. 345: "The board is uniquely qualified to know what is necessary to develop effective industrial relations or maintain good working conditions." By substituting its view of the effect of the conclusion of the Labour Relations Board, I am of the opinion that the Court of Appeal exceeded its function.

The Court of Appeal was also influenced by its view of the role of the common law in labour relations. While it accepted that individual contracts of employment no longer arise if the parties are in a collective bargaining relationship, a conclusion inescapable since the decision of this Court in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, they limited the ratio of that decision to the rejection of common law only in so far as it relates to individual employment contracts. They maintained that the essence of

pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale». En toute déférence, il est impossible d'imaginer que la Commission n'ait pas tenu compte des conséquences d'une conclusion portant que l'employeur peut modifier unilatéralement les conditions de travail.

D'autres passages des motifs de la Cour d'appel étaient le point de vue selon lequel cette décision a été arrêtée parce qu'elle correspondait à la perception qu'avait la cour de la politique appropriée. Ainsi, le juge Seaton a déclaré: [TRADUCTION] «Je n'accepte pas que des conditions puissent être imposées unilatéralement par un employeur» (je souligne). Plus loin, il déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] J'accepte qu'après l'expiration d'une convention collective, les conditions d'emploi implicites sont celles qui se trouvaient dans la convention expirée. Il doit en être ainsi. Les employés ne travaillent pas pour rien. À moins qu'il se passe quelque chose, les droits d'ancienneté, les droits à une pension de retraite, le régime de soins dentaires et tous les autres avantages gagnés par les syndicats au fil des ans doivent continuer de s'appliquer. Autrement, ce serait le chaos. [Je souligne.]

La politique en matière de relations de travail est une question qui relève du tribunal spécialisé. Comme on l'a souligné dans la décision *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115*, précitée, à la p. 345: «La commission est la mieux qualifiée pour déterminer ce qui est nécessaire pour instaurer des relations industrielles efficaces ou pour maintenir de bonnes conditions de travail.» À mon avis, en substituant sa perception des conséquences de la décision de la Commission, la Cour d'appel a excédé ses fonctions.

La Cour d'appel a aussi été influencée par sa perception du rôle de la *common law* en matière de relations de travail. Tout en acceptant qu'il n'y a plus de contrats individuels de travail lorsque les parties se trouvent dans une relation de négociation collective, une conclusion inéluctable depuis l'arrêt de notre Cour *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, les juges ont limité le raisonnement de cet arrêt au rejet de la *common law* uniquement en ce qui a trait aux contrats individuels de travail. Ils ont déclaré que



employment is not a "relationship", but agreement. Since the employer cannot "agree" directly with the employee, because that is precluded by statute (s. 46(a)), and since an agreement cannot be altered if one party does not expressly or impliedly consent to the alteration (see *Hill v. Peter Gorman Ltd.*, *supra*), even though the agreement has by its own terms expired, the same terms and conditions must continue in force. Before this Court, counsel for the union did not try to defend the approach taken by the Court of Appeal with respect to the common law. While he submitted that the common law remains the substratum underlying the *Labour Code*, a position it is not necessary to accept or reject in this appeal, he submitted that the common law was only relevant to this appeal in that no express power to unilaterally alter a collective agreement could be found in it.

I do not see that the common law has any relevance to this appeal. The Labour Relations Board dealt with the application of the common law in specific response to the argument of the union that on termination of the collective agreement individual contracts of employment revive. The tribunal correctly rejected that argument as inconsistent with the decision of this Court in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, *supra*. In that case, Laskin C.J. found that employer-employee relations governed by a collective agreement displaced the common law of individual employment. He noted at pp. 726-27:

Neither this Act [*The Mediation Services Act*, S.B.C. 1968, c. 26] nor the companion *Labour Relations Act* could operate according to their terms if common law concepts like repudiation and fundamental breach could be invoked in relation to collective agreements which have not expired and where the duty to bargain collectively subsists.

I can see no reason why this finding should be restricted to those cases where the collective agreement continues in existence. The operative factor, it seems to me, is the ongoing duty on the parties to bargain collectively and in good faith. So long

l'essentiel d'un emploi n'est pas une «relation», mais une entente. Puisque l'employeur ne peut «s'entendre» directement avec l'employé parce que la Loi l'interdit (l'al. 46a)), et qu'une entente ne peut être modifiée que si l'une des parties donne expressément ou implicitement son consentement à la modification (voir *Hill v. Peter Gorman Ltd.*, précité), les mêmes conditions doivent demeurer en vigueur même si l'entente elle-même est venue à expiration. Devant notre Cour, l'avocat du syndicat n'a pas tenté de se porter à la défense du point de vue adopté par la Cour d'appel à l'égard de la *common law*. Tout en prétendant que la *common law* demeure le substrat du *Labour Code*, position qu'il n'est pas nécessaire d'accepter ou de rejeter dans le présent pourvoi, il a fait valoir que la *common law* n'était pertinente à l'espèce que dans la mesure où on ne pouvait y trouver aucun pouvoir exprès de modifier unilatéralement une convention collective.

Je ne puis conclure à la pertinence de la *common law* en l'espèce. La Commission a traité de l'application de la *common law* précisément pour répondre à l'argument du syndicat selon lequel, à l'expiration d'une convention collective, les contrats individuels de travail redeviennent opérants. Le tribunal administratif a eu raison de rejeter cet argument pour le motif qu'il était incompatible avec l'arrêt de notre Cour *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin avait conclu que les rapports employeur-employé régis par une convention collective supplantaient la *common law* en matière de contrat individuel de travail. Voici ce qu'il déclarait, aux pp. 726 et 727:

Ni cette loi [*The Mediation Services Act*, S.B.C. 1968, chap. 26], ni le *Labour Relations Act* ne pourraient être appliqués selon leurs termes si des principes de droit commun tels que la répudiation et la violation d'une disposition fondamentale pouvaient être invoqués à l'égard de conventions collectives qui ne sont pas encore échues et au regard desquelles l'obligation de négocier collectivement demeure.

Je ne puis voir pourquoi cette conclusion devrait se limiter aux cas où la convention collective continue d'être en vigueur. Le facteur clé, me semble-t-il, est l'obligation permanente des parties de négocier collectivement et de bonne foi. Tant que cette

as that obligation remains, then the tripartite relationship of union, employer and employee brought about by the Code displaces common law concepts. The termination of the collective agreement has no effect on the obligation of the parties to bargain in good faith imposed by s. 6. The union retains its certification as the representative of the employees whether a collective agreement is in force or not. The scheme of the *Labour Code*, requiring the union and the employer to bargain collectively as the expiry of a collective agreement approaches (ss. 62 and 63) does not leave any room for the operation of common law principles. To the extent the decision of the Court of Appeal relied on them in holding the decision of the Labour Relations Board to be unreasonable, I am of the opinion that the court erred.

The union submitted that the decision of the Board permitting the employer to alter terms and conditions of employment after unsuccessful bargaining towards a new agreement should be considered patently unreasonable because it is not expressly provided for in the Code or supported by implication from the scheme of the Code. Finding such a power, it maintained, would upset the balance of the labour relations legislation which offsets the union's right to strike against the employer's power to lock-out. The balance of the statute, it continued, would also be disturbed because the union has no countervailing or equivalent power. The union could not, for example, unilaterally decide that after expiry of the collective agreement a salary increase would take effect. Since the employer controls the payroll and manages the operation, such an attempt by the union to single-handedly alter the employment terms would simply be ignored by the employer.

It is not suggested that the Industrial Relations Council did not have the right to determine the existence of this power in the employer. This complaint was originally brought pursuant to s. 34(1)(g) of the *Labour Code* for a determination as to whether a collective agreement was in effect.

obligation subsiste, la relation tripartite qui existe entre le syndicat, l'employeur et l'employé en raison du Code supplante les principes de *common law*. L'expiration de la convention collective n'a aucun effet sur l'obligation des parties de négocier de bonne foi conformément à l'art. 6. Le syndicat conserve son accréditation comme représentant des employés, peu importe qu'une convention collective soit en vigueur ou non. Le régime juridique établi par le *Labour Code*, qui exige que le syndicat et l'employeur négocient collectivement à l'approche de l'expiration d'une convention collective (art. 62 et 63), ne laisse aucune place à l'application des principes de *common law*. J'estime que la Cour d'appel a commis une erreur dans la mesure où elle s'est fondée sur ces principes pour juger que la décision de la Commission était déraisonnable.

Le syndicat a fait valoir que la décision de la Commission de permettre à l'employeur de modifier les conditions de travail après l'insuccès de négociations visant la signature d'une nouvelle convention devrait être considérée comme manifestement déraisonnable parce qu'elle n'est ni prévue expressément dans le Code ni justifiée implicitement par le régime du Code. Selon le syndicat, conclure à l'existence d'un tel pouvoir bouleverserait l'équilibre de la Loi en matière de relations de travail, où le droit du syndicat de déclencher la grève est contrebalancé par le droit de l'employeur de décréter le lock-out. Selon le syndicat, l'équilibre de la Loi serait également perturbé en ce que le syndicat ne dispose d'aucun pouvoir équivalent pour faire contrepoids. Ainsi, le syndicat ne pourrait pas décider unilatéralement, après l'expiration de la convention collective, de l'entrée en vigueur d'une augmentation salariale. Puisque c'est l'employeur qui contrôle la liste de paye et qui gère l'exploitation de l'entreprise, une telle tentative par le syndicat de modifier unilatéralement les conditions de travail serait tout simplement ignorée par l'employeur.

Le syndicat ne laisse pas entendre que la Commission n'avait pas le droit de conclure à l'existence de ce pouvoir chez l'employeur. Sa plainte, portée à l'origine en vertu de l'al. 34(1)g) du *Labour Code*, visait à faire trancher la question de savoir si une convention collective était en vigueur.

It logically follows that if the Council has the power to determine if a collective agreement is in force, it can also determine the labour relations consequences of a determination that a collective agreement has been terminated. It is no longer suggested that the collective agreement was not properly terminated. The question is simply as to the consequences of that termination.

Both the Board and the Court of Appeal relied on a passage from *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (Ont. C.A.), where Kelly J.A. described the position upon the termination of a collective agreement as follows, at p. 412:

... the accepted view appears to be that where, after the collective agreement has expired, the employee has continued to work for the employer and the employer has continued to accept the benefit of his services, there being no agreement to the contrary, and no other circumstances from which there may be implied terms and conditions of employment different from those set out in the collective agreement, the terms and conditions of the employment after expiry are to be implied and would be similar to those spelled out in the collective agreement which related directly to the individual employer-employee relationship. [Emphasis added.]

The Court of Appeal seems to have attached no importance to the words I have emphasized. It is only sensible that the terms and conditions formerly contained in a collective agreement be presumed to continue to govern the relationship, absent circumstances that would imply otherwise. The alternative to this, it is fair to say, would be chaos. However, denying to the employer the power within the context of a collective bargaining relationship to, subject to its duty to bargain in good faith, change the terms on which it will make employment available denies almost all effect to the termination clause agreed to by the parties. Instead of terminating the agreement in any real sense, it simply would signal the commencement of a new bargaining session, coupled with the threat of strikes or lock-outs. The position taken by Judson J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609, at p. 624, that "When a collective agreement has expired, it is difficult to

Logiquement, il s'ensuit que si la Commission a le pouvoir de décider si une convention collective est en vigueur, elle peut également déterminer les conséquences qu'entraînera, sur le plan des relations de travail, une décision portant qu'une convention collective est échue. Le syndicat ne prétend plus qu'on a mis fin à la convention collective de façon inadéquate. La question porte tout simplement sur les conséquences de cette résiliation.

La Commission et la Cour d'appel se sont toutes deux fondées sur un extrait de l'arrêt *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Kelly décrit, à la p. 412, la situation à l'expiration d'une convention collective:

[TRADUCTION] ... l'opinion acceptée semble être la suivante: lorsqu'après l'expiration de la convention collective, l'employé a continué de travailler pour l'employeur et que l'employeur a continué d'accepter de bénéficier de ses services, en l'absence de toute convention contraire et en l'absence de toute autre circonstance permettant de déduire l'existence de conditions de travail différentes de celles qui étaient énoncées dans la convention collective, les conditions de travail après l'expiration s'apparentent implicitement à celles qui sont établies dans la convention collective portant directement sur la relation individuelle entre l'employeur et l'employé. [Je souligne.]

La Cour d'appel semble n'avoir accordé aucune importance au passage que j'ai souligné. Il n'est que raisonnable de présumer que les conditions établies antérieurement dans une convention collective continuent de régir la relation, en l'absence de toute indication contraire résultant des circonstances. Autrement, et il est juste de le dire, ce serait le chaos. Toutefois, le fait de nier à l'employeur, dans le cadre d'une relation de convention collective et sous réserve de son obligation de négociation de bonne foi, le pouvoir de modifier les conditions auxquelles il offrira du travail enlève presque tout effet à la clause de résiliation convenue entre les parties. Au lieu de mettre réellement un terme à la convention, ce geste indiquerait simplement le commencement d'une nouvelle séance de négociations, assortie de menaces de grève ou de lock-out. La position adoptée par le juge Judson dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609, à la p. 624,

see how there can be anything left to govern the employer-employee relationship” seems more satisfying. The relationship continues, of course, to be subject to the requirements contained in the appropriate statutory scheme.

While it is true that the Act does not expressly provide that the employer has the power contended for, it was not unreasonable for the Board to find that the power existed. Professor Weiler, the first Chairman of the Labour Relations Board of British Columbia and one of the drafters of the Code, discusses the issue of unilateral alteration as follows (Paul Weiler, *Reconcilable Differences* (1980), at pp. 65-66):

Suppose the employer cannot get an agreement from the union to change these requirements in a new contract. In that event, management is entitled to act unilaterally. It can simply post an announcement to its employees that it is reducing the price it will pay for labour and the amount of labour that it is going to use. That is what it means for management to exercise the rights of property and of capital; to be able to propose the terms upon which it will purchase labour for its operations.

What rights and resources do the employees and their union have in response? In essence, they have only the collective right to refuse to work on those terms, to withdraw their labour rather than to accept their employer's offer. That is what a strike consists of.

It was argued that the *Labour Code* as a whole was designed to balance the power of the employer and the union by balancing the right to strike against the right to lock-out. On this point, Professor Weiler writes as follows (p. 67):

A lockout is not the employer equivalent of a strike. As I have shown, the reciprocal employer lever is really the management prerogative to maintain or to change the terms and conditions which the employer will pay its employees who want to work in its operations. (A lock-out is usually the instrument of an employer association, an employer “union,” which wants to defend itself against selective trade union strikes of its members.)

portant que [TRADUCTION] «Lorsqu’une convention collective est échue, on peut difficilement concevoir qu’il y ait autre chose qui régit les rapports employeur-employé» semble plus satisfaisante. Il va sans dire que les rapports continuent d’être assujettis aux exigences du régime légal approprié.

Même s’il est vrai que la Loi ne prévoit pas expressément que l’employeur a le pouvoir revendiqué en l’espèce, il n’était pas déraisonnable pour la Commission de conclure à l’existence de ce pouvoir. Le professeur Weiler, premier président de la Labour Relations Board of British Columbia et l’un des rédacteurs du Code, traite ainsi de la question de la modification unilatérale (Paul Weiler, *Reconcilable Differences* (1980), aux pp. 65 et 66):

[TRADUCTION] Supposons que l’employeur ne peut obtenir du syndicat l’approbation requise pour modifier ces exigences dans un nouveau contrat. En pareil cas, la direction a le droit d’agir unilatéralement. Elle peut afficher simplement un avis à ses employés portant qu’elle réduit le prix qu’elle est prête à payer en échange du travail et le personnel qu’elle emploiera. Voilà ce que signifie, pour la direction, l’exercice des droits de propriété sur les biens et le capital: être en mesure de proposer les conditions auxquelles elle achètera le travail pour son exploitation.

Quels sont les droits et les ressources concomitants des employés et de leur syndicat? Ils se résument essentiellement au droit collectif de refuser de travailler à ces conditions, de retirer leurs services plutôt que d’accepter l’offre de leur employeur. Voilà en quoi consiste la grève.

On a prétendu que le *Labour Code* dans son ensemble était conçu pour équilibrer le pouvoir de l’employeur et celui du syndicat en faisant en sorte que le droit à la grève contrebalance le droit au lock-out. À cet égard, le professeur Weiler écrit (p. 67):

[TRADUCTION] Le lock-out n’est pas l’équivalent d’une grève pour l’employeur. Comme je l’ai déjà montré, le levier concomitant de l’employeur est en réalité la prerogative de la direction de maintenir ou de modifier les conditions auxquelles l’employeur payera les employés qui veulent travailler pour son entreprise. (Le lock-out est habituellement l’outil dont dispose une association d’employeurs, ou un «syndicat» d’employeurs, pour se défendre contre les grèves sélectives de ses employés syndiqués.)

Two further considerations support the view that it was not unreasonable to find that the employer has the power to alter the terms and conditions on which he will make employment available. First, the experience of other jurisdictions shows that allowing the employer this power will not have a catastrophic effect or upset the delicate balance of power between the union and the employer. Put another way, the experience of other jurisdictions does not show that the power of unilateral alteration introduces any unfairness into the bargaining relationship. Nothing was advanced to support the view that a denial of this power is an essential element of an effective labour relations regime. Secondly, the power to change the terms of employment once an agreement has expired and the parties have been unable to agree can be inferred from the existence of provisions in the Code which limit the circumstances in which unilateral changes can be made.

No Canadian labour relations legislation grants an employer explicit power to unilaterally change terms and conditions of employment. Rather, the different jurisdictions have either declared that it shall be an unfair labour practice to effect such changes without first bargaining collectively in respect of those changes or unless a strike or lock-out has occurred (see *Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L-10, s. 10(4); *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 11(1)(m)) or have placed limits on the circumstances upon which such changes can be made. Thus, in the majority of jurisdictions an employer is prohibited from effecting changes until a strike or lock-out has or could occur; see *Labour Relations Code*, R.S.A. 1988, c. L-1.2, s. 145; *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 59; *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 50, 89; or until the parties have bargained collectively and failed to reach an agreement and a conciliator or mediator has either been unable to resolve the dispute or has not been appointed; see *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 79; *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 35(2); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. L-1, s. 23; *Labour Relations Act*, S.N. 1977, c. 64, s. 74; *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19, s. 33. While none of these statutes exactly parallels

Deux autres facteurs étayent le point de vue selon lequel il n'était pas déraisonnable de conclure que l'employeur a le pouvoir de modifier les conditions auxquelles il offre du travail. En premier lieu, l'expérience d'autres provinces montre que le fait d'accorder ce pouvoir à l'employeur n'a pas d'effet catastrophique ni ne perturbe l'équilibre fragile des pouvoirs du syndicat et de l'employeur. En d'autres termes, l'expérience vécue dans d'autres provinces ne montre pas que le pouvoir d'apporter des modifications unilatérales crée de l'injustice dans la relation de négociation. Aucun argument n'a été soumis à l'appui de l'opinion selon laquelle le déni de ce pouvoir est essentiel à l'existence d'un régime efficace de relations du travail. En second lieu, le pouvoir de modifier les conditions de travail, après l'expiration d'une convention et devant l'impossibilité pour les parties de s'entendre, peut se déduire de l'existence de dispositions du Code limitant les circonstances dans lesquelles des modifications unilatérales peuvent être apportées.

Aucune loi canadienne en matière de relations du travail n'accorde expressément à l'employeur le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail. Les diverses provinces ont plutôt soit déclaré que le fait d'apporter de telles modifications, sans que celles-ci n'aient fait préalablement l'objet de négociations collectives ou sans qu'il y ait eu grève ou lock-out, constituait une pratique déloyale de travail (voir *Loi sur les relations de travail*, L.R.M. 1987, chap. L-10, par. 10(4); *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, chap. T-17, al. 11(1)(m)), soit limité les circonstances dans lesquelles de telles modifications peuvent être apportées. Ainsi, dans la majorité des provinces, l'employeur ne peut apporter des modifications avant qu'une grève ou un lock-out ne soient ou ne puissent être déclenchés (voir *Labour Relations Code*, R.S.A. 1988, chap. L-1.2, art. 145; *Code du travail*, L.R.Q. 1977, chap. C-27, art. 59; *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 50 et 89), ou avant que les parties n'aient négocié collectivement sans pouvoir s'entendre et qu'un conciliateur ou un médiateur n'ait été incapable de résoudre le différend ou n'ait été désigné (voir *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228, art. 79; *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, par. 35(2); *Labour Act*,

the British Columbia *Labour Code*, much can be drawn from the fact that no jurisdiction has found it necessary to expressly permit an employer to unilaterally alter terms of employment, and implicitly all other jurisdictions allow it, albeit with some limitations. See also *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Air Canada*, unreported decision of the C.L.R.B. released January 18, 1988; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68.

The American authorities provide further support for the approach taken by the Labour Relations Board, and cannot be dismissed as cursorily as was done by the Court of Appeal. The relevant American statute is the *National Labour Relations Act*, as amended, 29 U.S.C., particularly ss. 8(a)(5) and 9(a) which provide that it shall be an unfair labour practice to refuse to bargain collectively with the union, and that the union shall be the exclusive bargaining agent of the employees. In this the American legislation is broadly similar to many of the Canadian statutes. Though no express power of alteration exists, subject to limitations relating to the obligation to bargain in good faith with the union, it is clear that an employer does not violate the Act by making unilateral changes that are reasonably comprehended within the pre-impasse negotiating framework; see *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (D.C. 1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (7th Cir. 1981); *American Ship Bldg. Co. v. Labor Board*, 380 U.S. 300 (1965), at p. 316; *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (4th Cir. 1967). The Court of Appeal rejected reliance on these cases because the issue facing the American courts was whether the employer had committed an unfair labour practice. The Labour Relations Board derived guidance from these cases as showing that such a power is not inconsistent with effective labour relations. The exercise of this power is moderated by the obligation imposed in s. 6 to bargain in good faith. It is not unreasonable for

R.S.P.E.I. 1974, chap. L-1, art. 23; *Labour Relations Act*, S.N. 1977, chap. 64, art. 74; *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, chap. 19, art. 33.) Même si aucune de ces lois ne correspond exactement au *Labour Code* de la Colombie-Britannique, il est très révélateur qu'aucune province n'a jugé nécessaire de permettre expressément à un employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail, et que toutes les autres provinces le permettent implicitement, quoique sous certaines réserves. Voir également *Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale c. Air Canada*, décision inédite du C.C.R.T. rendue le 18 janvier 1988; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68.

La jurisprudence américaine apporte un appui supplémentaire au point de vue adopté par la Commission et elle ne saurait être écartée aussi rapidement que l'a fait la Cour d'appel. La loi américaine pertinente est la *National Labour Relations Act*, modifiée, 29 U.S.C., et tout particulièrement le sous-al. 8a)(5) et l'al. 9a) qui prévoient que le refus de négocier collectivement avec le syndicat constitue une pratique déloyale de travail et que le syndicat est l'agent négociateur exclusif des employés. À cet égard, la loi américaine ressemble dans ses grandes lignes à bon nombre de lois canadiennes. Même si on n'y retrouve aucun pouvoir exprès d'apporter des modifications, il ressort clairement que, sous réserve des limites relatives à l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat, l'employeur ne contrevient pas à la loi s'il apporte des modifications unilatérales qui sont raisonnablement comprises dans le cadre des négociations engagées avant l'impasse; voir *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (D.C. 1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (7th Cir. 1981); *American Ship Bldg. Co. v. Labor Board*, 380 U.S. 300 (1965), à la p. 316; *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (4th Cir. 1967). La Cour d'appel a conclu qu'il ne fallait pas se fonder sur ces décisions parce que la question que les tribunaux américains devaient trancher était de savoir si l'employeur s'était livré à une pratique déloyale de travail. La Commission s'est inspirée de ces

the Board to determine that this power can be tempered by that duty.

The British Columbia legislation expressly provides for two statutory freeze periods. The applicable provisions read:

**51.** (1) Where an application for certification is pending, a trade union or person affected by the application shall not declare or engage in a strike, an employer shall not declare a lockout, and an employer shall not increase or decrease rates of pay, or alter a term or condition of employment of the employees affected by the application, without the board's written permission.

**61.** (1) Where the board certifies a trade union as bargaining agent for employees in a unit and no collective agreement is in force,

(c) the employer shall not increase or decrease the rate of pay of an employee in the unit or alter another term or condition of employment until

(i) 4 months after the board has certified the trade union as bargaining agent for the unit; or

(ii) a collective agreement is executed, whichever occurs first.

These sections provide statutory protection to the union at a time when it would be particularly vulnerable to management initiatives designed to weaken or destabilize it. The employer is expressly prohibited from pursuing a course of action it would otherwise be able to pursue, subject of course to the unfair labour practice provisions of the Code. The scheme of the Code is such that it prohibits certain courses of action. The Board came to the conclusion that what is not prohibited by either the wording or the policy of the statute is permitted. Counsel for the union was unable to persuade me that this is an unreasonable approach. Clearly the legislature could have pro-

décisions pour montrer qu'un tel pouvoir n'est pas incompatible avec l'existence de relations de travail efficaces. L'exercice de ce pouvoir est tempéré par l'obligation de négocier de bonne foi imposée à l'art. 6. Il n'est pas déraisonnable pour la Commission de déterminer que ce pouvoir peut être tempéré par cette obligation.

La loi en vigueur en Colombie-Britannique prescrit expressément deux périodes de gel des conditions de travail. Les dispositions pertinentes portent:

[TRADUCTION] **51.** (1) Lorsqu'une demande d'accréditation a été présentée, le syndicat ou la personne visée par la demande ne peut déclencher ou engager une grève, ni l'employeur déclarer un lock-out, augmenter ou diminuer les taux de rémunération, ou modifier une condition de travail des employés touchés par la demande, sans avoir préalablement obtenu la permission écrite de la commission.

**61.** (1) Lorsque la commission accorde au syndicat l'accréditation à titre d'agent négociateur des employés d'une unité et qu'aucune convention collective n'est en vigueur,

(c) l'employeur ne peut augmenter ni diminuer le taux de rémunération d'un employé de l'unité ni modifier une autre condition de travail avant

(i) l'expiration d'une période de quatre mois suivant l'accréditation, par la Commission, du syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité; ou

(ii) la signature d'une convention collective, selon la première de ces éventualités.

Ces dispositions accordent au syndicat une protection à un moment où celui-ci serait particulièrement vulnérable à des mesures adoptées par la direction pour l'affaiblir ou le déstabiliser. L'employeur est expressément empêché d'agir comme il lui serait autrement loisible de le faire sous réserve évidemment des dispositions du Code en matière de pratiques déloyales de travail. Le régime du Code interdit certaines lignes de conduite. La Commission a conclu que ce qui n'est pas interdit par la lettre ou l'esprit de la loi est permis. L'avocat du syndicat n'a pas réussi à me convaincre qu'il s'agit là d'un point de vue déraisonnable. Il ne fait aucun doute que le législateur aurait pu interdire à

hibited an employer from exercising this power. We were not directed to any legislation where such a prohibition, other than for a limited period of time, exists. In all these circumstances, it will be clear that I must respectfully disagree with the reasoning of the Court of Appeal.

#### Standing of the Industrial Relations Council

The union argued that the Industrial Relations Council, having had the opportunity in two lengthy sets of reasons to offer a rational basis for its conclusion, has no standing to make submissions before this Court in support of the reasonableness of its decision. It takes the position that while the Board could legitimately show that it had jurisdiction to embark upon the enquiry it did, a point the union concedes in any event, it cannot argue that it has not subsequently lost that jurisdiction through a patently unreasonable decision. With respect, I cannot accept this argument. In my view, the Industrial Relations Council has standing before this Court to make submissions not only explaining the record before the Court, but also to show that it had jurisdiction to embark upon the inquiry and that it has not lost that jurisdiction through a patently unreasonable interpretation of its powers.

In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, Estey J., for a unanimous Court, commented on the right of an administrative tribunal to make submissions before the Court. In that case, the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, s. 65, conferred on the Public Utilities Board a specific right to be heard on the argument of any appeal from its decisions, but by implication in s. 63(2), it was precluded from bringing an appeal. In these circumstances, Estey J. stated at pp. 708-9:

The Board has a limited status before the Court, and may not be considered as a party, in the full sense of that term, to an appeal from its own decisions. In my view, this limitation is entirely proper. This limitation was no doubt consciously imposed by the Legislature in

l'employeur l'exercice de ce pouvoir. Or, on ne nous a présenté aucune loi prévoyant une telle interdiction, si ce n'est pour une période limitée. Compte tenu de toutes ces circonstances, je ne puis qu'exprimer respectueusement mon désaccord avec le raisonnement de la Cour d'appel.

#### L'Industrial Relations Council a-t-il qualité pour agir?

Le syndicat a prétendu que parce que l'Industrial Relations Council («le Conseil») a eu la possibilité, dans deux longs exposés de ses motifs, de donner un fondement rationnel à sa conclusion, il n'a pas qualité pour présenter devant notre Cour des arguments à l'appui du caractère raisonnable de sa décision. Le syndicat fait valoir que si la Commission pouvait légitimement démontrer qu'elle avait compétence pour ouvrir l'enquête qu'elle a ouverte, ce qu'il concède de toute façon, elle ne peut faire valoir qu'elle n'a pas subséquentement perdu cette compétence en rendant une décision manifestement déraisonnable. En toute déférence, je ne puis accepter cet argument. À mon avis, le Conseil a qualité pour agir devant notre Cour afin d'y présenter des arguments non seulement pour lui expliquer le dossier dont elle est saisie, mais également pour montrer qu'il avait compétence pour ouvrir l'enquête et qu'il n'a pas perdu cette compétence en raison d'une interprétation manifestement déraisonnable de ses pouvoirs.

Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a fait des observations sur le droit d'un tribunal administratif de présenter des arguments devant la Cour. Dans cette affaire, la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 65, conférait à la Public Utilities Board le droit spécifique d'être entendue au cours de tout appel interjeté contre ses décisions; toutefois, par l'effet implicite du par. 63(2), la Commission ne pouvait interjeter appel. Compte tenu de ces circonstances, le juge Estey déclare ce qui suit, aux pp. 708 et 709:

La Commission a un rôle limité devant la Cour et elle ne peut pas être considérée comme une partie, au sens plein du terme, dans les procédures d'appel de ses propres décisions. J'estime cette restriction tout à fait justifiée. Le législateur l'a sans aucun doute consciemment impo-



order to avoid placing an unfair burden on an appellant who, in the nature of things, must on another day and in another cause again submit itself to the rate fixing activities of the Board. It also recognizes the universal human frailties which are revealed when persons or organizations are placed in such adversarial positions.

In that case, the Board had presented "detailed and elaborate arguments" in support of the merits of its decision. Estey J., at p. 709, commented:

Such active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and issues or the same parties. The Board is given a clear opportunity to make its point in its reasons for its decision, and it abuses one's notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court, in complete adversarial confrontation with one of the principals in the contest before the Board itself in the first instance.

In these circumstances, the tribunal is limited to an explanatory role and "to the issue of its jurisdiction to make the order in question".

Estey J. then, however, limited the meaning of jurisdiction so as not to "include the transgression of the authority of a tribunal by its failure to adhere to the rules of natural justice". He continued (p. 710):

In such an issue, when it is joined by a party to proceedings before that tribunal in a review process, it is the tribunal which finds itself under examination. To allow an administrative board the opportunity to justify its action and indeed to vindicate itself would produce a spectacle not ordinarily contemplated in our judicial traditions.

At first sight, this may seem to conflict with Lamer J.'s comments in *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176, at p. 191, that:

... an infringement of the *audi alteram partem* rule in the case at bar postulates a patently unreasonable interpretation of s. 32 *L.C.* Such an interpretation by the commissioners, the judge or the Labour Court would in itself be an excess of jurisdiction of the kind recognized

sée dans le but d'éviter de mettre un fardeau injuste sur les épaules d'un appelant qui, par la nature des choses, devra éventuellement retourner devant la Commission et se soumettre de nouveau à ses procédures de détermination des tarifs. Cette restriction offre également une protection contre les défaillances humaines qui entrent en jeu lorsque des personnes ou des organismes se retrouvent ainsi en situation de conflit.

Dans cette affaire, la Commission avait présenté «une argumentation détaillée et approfondie» à l'appui du bien-fondé de sa décision. Le juge Estey fait observer ceci, à la p. 709:

Une participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties. La Commission a tout le loisir de s'expliquer dans ses motifs de jugement et elle a enfreint de façon inacceptable la réserve dont elle aurait dû faire preuve lorsqu'elle a participé aux procédures comme partie à part entière, en opposition directe à une partie au litige dont elle avait eu à connaître en première instance.

Dans ces circonstances, le rôle du tribunal administratif se limite à la présentation d'explications et «à la seule question de la compétence pour rendre l'ordonnance contestée».

Le juge Estey a toutefois limité le sens de la notion de compétence en précisant que celle-ci «n'inclut pas la transgression du pouvoir d'un tribunal par l'inobservation des règles de justice naturelle». Il ajoute, à la p. 710:

Dans un tel cas, lorsqu'une partie aux procédures devant ce tribunal est également partie aux procédures de révision, c'est le tribunal lui-même qui fait l'objet de l'examen. Accorder au tribunal administratif la possibilité de défendre sa conduite et en fait de se justifier donnerait lieu à un spectacle auquel nos traditions judiciaires ne nous ont pas habitués.

À première vue, ce passage peut sembler contraire aux observations du juge Lamer dans l'arrêt *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176, à la p. 191:

... une contravention à la règle *audi alteram partem* postule en l'espèce une interprétation manifestement déraisonnable de l'art. 32 *C.T.* Or, une telle interprétation, par les commissaires, le juge ou le Tribunal du travail, serait en soi un excès de juridiction de la nature

by the above-cited decisions of this Court as conferring on the [commissioners] the necessary interest (*locus standi*) to be appellants.

There is, however, no conflict between these two decisions if it is recognized that the right to be heard was, in that case, a statutory right, and the issue for decision by the Labour Commissioners was as to the scope of that right. It is not every case in which a denial of natural justice will flow from a patently unreasonable interpretation of a statute. In the latter case, however, the administrative tribunal will be able to make certain limited submissions.

In *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council* (unreported, B.C.C.A., May 24, 1988), the British Columbia Court of Appeal held that the Industrial Relations Council had the right to make the submissions that the court below had erred in substituting its judgment for that of the Industrial Relations Council, and that the court erred in finding the Council's interpretation of the Act to be patently unreasonable. In the course of his judgment, Taggart J.A. for the court made the following statement with which I am in complete agreement, at p. 13:

The traditional basis for holding that a tribunal should not appear to defend the correctness of its decision has been the feeling that it is unseemly and inappropriate for it to put itself in that position. But when the issue becomes, as it does in relation to the patently unreasonable test, whether the decision was reasonable, there is a powerful policy reason in favour of permitting the tribunal to make submissions. That is, the tribunal is in the best position to draw the attention of the court to those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area. In some cases, the parties to the dispute may not adequately place those considerations before the court, either because the parties do not perceive them or do not regard it as being in their interest to stress them.

Before this Court, the Industrial Relations Council confined its submissions to two points. It

de ceux que les décisions précitées de cette Cour reconnaissent comme conférant à ceux-ci l'intérêt voulu (*locus standi*) pour se porter appelants.

Il n'y a toutefois aucun conflit entre ces deux arrêts si l'on reconnaît que le droit d'être entendu était dans cette affaire un droit prévu par la loi et que la question soumise à la décision des commissaires avait trait à la portée de ce droit. Ce n'est pas dans tous les cas qu'un déni de justice naturelle découle d'une interprétation manifestement déraisonnable d'une loi. Dans ce dernier cas toutefois, le tribunal administratif peut présenter certains arguments limités.

Dans l'arrêt *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council* (inédit, C.A.C.-B., 24 mai 1988), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que l'Industrial Relations Council avait le droit de faire valoir que la cour d'instance inférieure avait commis une erreur en substituant son jugement à celui du Conseil et en concluant que l'interprétation donnée à la loi par le Conseil était manifestement déraisonnable. Dans les motifs du jugement qu'il a prononcés pour la cour, le juge Taggart fait la déclaration suivante, avec laquelle je suis parfaitement d'accord, à la p. 13:

[TRADUCTION] Le fondement traditionnel de la notion selon laquelle un tribunal administratif ne devrait pas comparaître pour défendre le bien-fondé de sa décision est l'impression qu'il serait malséant et déplacé pour lui de se mettre dans cette position. Mais lorsque le point en litige devient, notamment en relation avec le critère de l'interprétation manifestement déraisonnable, la question de savoir si la décision était raisonnable, il existe une raison de principe impérieuse de permettre au tribunal de présenter des arguments. En effet, le tribunal est le mieux placé pour attirer l'attention de la cour sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu'un qui n'est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé. Il peut arriver, dans certains cas, que les parties au différend ne présentent pas adéquatement ces considérations à la cour, soit parce qu'elles n'en perçoivent pas l'importance, soit parce qu'elles estiment ne pas avoir intérêt à le faire.

Devant notre Cour, le Conseil a limité son argumentation à deux points. Il a tout d'abord pré-

first argued that the Court of Appeal erred in applying the wrong standard of review to the decision of the Board. It submitted that the Court of Appeal reviewed for correctness instead of for reasonableness. As I have already indicated, I agree that the Court of Appeal erred in adopting such an approach. The second branch of the Council's submissions was to show that the Board had considered each of the union's submissions before it, and had given reasoned, rational rejections to each of the arguments. The argument before us emphasized that the Council had made a careful review of the relevant authorities and had made a decision that was within its exclusive jurisdiction. At no point did it argue that the decision of the Board was correct. Rather it argued that it was a reasonable approach for the Board to adopt. The Council had standing to make all these arguments, and in doing so it did not exceed the limited role the Court allows an administrative tribunal in judicial review proceedings.

#### Disposition

I would allow the appeal and restore the order of the Industrial Relations Council in so far as it relates to Paccar and CAIMAW. Paccar shall have its costs, but no order as to costs is made with respect to the Industrial Relations Council.

The reasons of Lamer and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by Justice Wilson, Justice La Forest, and Justice L'Heureux-Dubé, and I am in agreement with La Forest J. that the appeal must be allowed. My route in arriving at this conclusion differs in an important respect from my colleague's, and it is thus necessary for me to set out my approach to the matter.

While I agree generally with La Forest J. on the principles underlying the scope and standard of review of labour board decisions, I cannot agree that it is always necessary for the reviewing court

tendu que la Cour d'appel avait commis une erreur en appliquant la mauvaise norme de contrôle à la décision de la Commission. Il a prétendu que la Cour d'appel avait examiné la justesse de cette décision plutôt que son caractère raisonnable. Comme je l'ai déjà indiqué, je reconnais que la Cour d'appel a commis une erreur en procédant ainsi. Le deuxième volet de l'argumentation du Conseil consistait à montrer que la Commission avait étudié chacun des moyens présentés par le syndicat et qu'elle avait donné des motifs raisonnés et rationnels pour les rejeter tous. Dans l'argumentation qui nous a été soumise, on a souligné que le Conseil avait procédé à un examen attentif des décisions pertinentes et qu'il avait rendu une décision qui relevait de sa compétence exclusive. Il n'a en aucun temps prétendu que la décision de la Commission était juste. Il a plutôt prétendu qu'il s'agissait d'une façon de procéder raisonnable pour la Commission. Le Conseil avait qualité pour présenter tous ces moyens et, ce faisant, il n'a pas excédé le rôle limité que la Cour accorde à un tribunal administratif dans des procédures de contrôle judiciaire.

#### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de l'Industrial Relations Council en ce qui a trait à Paccar et à CAIMAW. Paccar a droit à ses dépens, mais il n'y a aucune adjudication de dépens à l'égard de l'Industrial Relations Council.

Version française des motifs des juges Lamer et Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé, et je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que le pourvoi doit être accueilli. J'arrive à cette conclusion par une démarche qui diffère sous un aspect important de celle de mon collègue, et il m'est donc nécessaire d'exposer ma conception de l'affaire.

Bien que je sois généralement d'accord avec le juge La Forest sur les principes qui sous-tendent la portée et la norme de contrôle des décisions d'une commission des relations du travail, je ne puis

to ignore its own view of the merits of the decision under review. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. When a court says that a decision under review is "reasonable" or "patently unreasonable" it is making a statement about the logical relationship between the grounds of the decision and premises thought by the court to be true. Without the reference point of an opinion (if not a conclusion) on the merits, such a relative statement cannot be made.

I share La Forest J.'s opinion of the importance of curial deference in the review of specialist tribunals' decisions. But, in my view, curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. The test is, as La Forest J. points out, citing *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, a "severe test". But even here an appreciation of the merits is not irrelevant. Lamer J., speaking for himself and McIntyre J. in *Blanchard*, stated at pp. 494-95:

... though all errors do not lead to unreasonable findings, every unreasonable finding results from an error (whether of law, fact, or a combination of the two), which is unreasonable.

So long as the court is satisfied with the correctness of the tribunals' decision, any reference to reasonableness is superfluous.

Concerning the merits of the present case, I can be brief, since this ground has been substantially covered by La Forest J. in finding that the Board's decision was "not unreasonable". I am of the view that the Board's decision is consistent with the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, which expressly provides for "freezes" in employment

accepter qu'il est toujours nécessaire que le tribunal d'examen ne tienne aucun compte de sa propre opinion sur le fond de la décision faisant l'objet du contrôle. Toute décision sur le caractère raisonnable d'une décision doit comporter une appréciation du fond. Le caractère raisonnable n'existe pas dans l'absolu. Quand un tribunal judiciaire dit que la décision faisant l'objet d'un examen est «raisonnable» ou «manifestement déraisonnable», il fait une affirmation au sujet de la relation logique qui existe entre les motifs de la décision et les prémisses qu'il a estimées exactes. Sans le point de référence que constitue une opinion (sinon une conclusion) sur le fond, on ne peut faire pareille affirmation relative.

Je partage l'opinion du juge La Forest quant à l'importance que revêt la retenue judiciaire dans le contrôle des décisions de tribunaux spécialisés. À mon avis cependant, la retenue judiciaire n'entre en jeu que si la cour de justice est en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il est nécessaire de se demander si l'erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable. Comme l'affirme le juge La Forest, en citant l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Liée*, [1984] 2 R.C.S. 476, le critère constitue un «test sévère». Mais même ici une appréciation du fond n'est pas sans pertinence. S'exprimant en son propre nom et en celui du juge McIntyre, le juge Lamer affirme dans l'arrêt *Blanchard*, à la p. 495:

... si toutes les erreurs n'aboutissent pas à des déterminations déraisonnables, toute détermination déraisonnable résulte d'une erreur (de droit, de fait, et d'une combinaison des deux, peu importe) qui, elle, est déraisonnable.

Du moment que la cour de justice est convaincue de la justesse de la décision du tribunal administratif, toute mention du caractère raisonnable est superflue.

Quant au fond de la présente affaire, je puis être bref puisque le juge La Forest a traité essentiellement de ce point quand il a conclu que la décision de la Commission «n'était pas déraisonnable». Je suis d'avis que la décision de la Commission est compatible avec le *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212, qui prévoit expressément un «gel» des

conditions in some circumstances, though not those with which we are concerned here (see ss. 51 and 61). Moreover, the Board's decision is consistent with the contractual expectations of the parties, since the insertion of the termination clause would have been meaningless if the terms of the collective agreement were held to persist indefinitely, or until a new collective agreement is concluded.

The Board concluded that the duty to bargain in good faith prevented the employer from altering the terms of the collective agreement until an impasse was reached. Thereafter, the employer reverted to its right to change these terms because no collective agreement was in force, nor was the employer bound by any ordinary contract. This result is summed up in the following statement:

The B.C. Legislature has not enacted a statutory freeze covering the period after the expiry of a collective agreement, with the result that the employer's authority to make unilateral alterations to terms and conditions of employment is left limited only by his duty to bargain in good faith.

In this respect, the Board's decision accords with the rule that a legislature is presumed not to depart from the general system of the law without expressing its intention to do so: *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614.

In dealing with labour and other remedial legislation, this rule must be tempered by the rule of statutory construction that requires that such legislation be given a liberal construction. Accordingly, the legislation is not to be "whittled to a minimum" or given a narrow interpretation in the face of the expressed will of the legislature: *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] S.C.R. 282, at p. 292. The *Labour Code*, notwithstanding the use of the word, is not a code in the true civil law sense. It does not purport to totally exclude the general law. Accordingly, in respect of some matters, it is silent. This lacuna cannot be filled by any amount of liberal construction short of out-and-out judicial legislation.

conditions de travail dans certaines circonstances, bien que non dans celles dont il est question en l'espèce (voir les art. 51 et 61). En outre, la décision de la Commission est compatible avec les attentes des parties sur le plan contractuel puisque l'insertion de la clause de résiliation n'aurait eu aucun sens si on avait jugé que les conditions de la convention collective subsistaient indéfiniment ou jusqu'à la signature d'une nouvelle convention collective.

La Commission a conclu que l'obligation de négocier de bonne foi empêchait l'employeur de modifier les conditions de la convention collective à moins d'une impasse. Par la suite, l'employeur retournait à son droit de modifier ces conditions parce qu'aucune convention collective n'était en vigueur et qu'il n'était lié par aucun contrat ordinaire. Ce résultat est résumé dans l'affirmation suivante:

[TRADUCTION] L'assemblée législative de la Colombie-Britannique n'a pas adopté un gel visant la période qui suit l'expiration d'une convention collective, de sorte que le pouvoir de l'employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail n'est limité que par son obligation de négocier de bonne foi.

À cet égard, la décision de la Commission est conforme à la règle selon laquelle on doit présumer que le législateur s'écarte du régime général de la loi que s'il a exprimé son intention de le faire: *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, à la p. 614.

Quand il est question d'une loi en matière de travail ou d'une autre mesure législative réparatrice, cette règle doit être adoucie par la règle d'interprétation législative qui exige que cette mesure législative reçoive une interprétation libérale. Par conséquent, la mesure législative ne doit pas être [TRADUCTION] «réduite au minimum» ni recevoir une interprétation stricte face à la volonté exprimée par le législateur: *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] R.C.S. 282, à la p. 292. Le *Labour Code*, malgré l'emploi de ce terme, n'est pas un véritable code au sens du droit civil. Il n'a pas pour objet d'exclure totalement le droit général. Par conséquent, il est silencieux à l'égard de certains sujets. Cette lacune ne

Rather, the general law applies to fill the void. In common law jurisdictions, this is the common law. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 589, McIntyre J. stated:

I am aware that the labour relations of the appellants are governed by the *Canada Labour Code*. However, since the *Canada Labour Code* is silent on the question of picketing, the common law applies, in this case the common law of British Columbia . . .

The effect of the Board's decision is that, while the springing up of individual contracts of employment on the expiry of the collective agreement would be inconsistent with the statutory scheme of collective bargaining, the right of the employer to change the terms and conditions of employment in the absence of any agreement, collective or otherwise, is not. This result conforms with the principles referred to above and is the correct result. It is, therefore, not necessary to consider whether the decision was reasonable, or, much less, patently unreasonable.

I would therefore dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of both Justice La Forest and Justice L'Heureux-Dubé and, while I agree with the result arrived at by L'Heureux-Dubé J., I reach it by somewhat different reasons.

I am in agreement with my colleague, La Forest J., as to the broad scope of the principle of curial deference to the decisions of administrative tribunals such as labour relations boards because of their special expertise. I also agree with him that s. 27 of the *Labour Code* of British Columbia is not, as such, "a jurisdiction limiting provision upon the interpretation of which the Board cannot err without being subject to judicial review". I do believe, however, that a decision of the Board which meets what La Forest J. calls the "severe test" of being "patently unreasonable" is not protected by the principle of curial deference. The principle does

saurait être comblée par une interprétation libérale sans que cela constitue du droit prétorien outrancier. C'est plutôt le droit général qui s'applique pour combler le vide. Dans les ressorts de *common law*, c'est la *common law*. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre affirme, à la p. 589:

Je suis conscient que les relations de travail des appelants sont régies par le *Code canadien du travail* dans la mesure où il s'applique. Toutefois, vu le silence du *Code canadien du travail* sur la question du piquetage, c'est la *common law* qui s'applique—en l'occurrence celle de la Colombie-Britannique . . .

La décision de la Commission a pour effet que, bien que l'émergence des contrats individuels de travail à l'expiration de la convention collective soit incompatible avec le régime de négociation collective établi par la Loi, ce n'est pas le cas du droit de l'employeur de modifier les conditions de travail en l'absence de toute convention, collective ou autre. Ce résultat est conforme aux principes déjà mentionnés et c'est le bon résultat. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la décision est raisonnable, ou, encore moins, si elle est manifestement déraisonnable.

Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et L'Heureux-Dubé. Je souscris au résultat auquel le juge L'Heureux-Dubé arrive, bien que ce soit pour des motifs quelque peu différents.

Je suis d'accord avec mon collègue le juge La Forest quant à la portée générale du principe de la retenue judiciaire applicable aux décisions de tribunaux administratifs comme les commissions des relations du travail, en raison de leurs compétences particulières. Je suis également d'accord avec lui pour dire que l'art. 27 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique n'est pas comme tel «une disposition limitative de compétence à l'égard de laquelle la Commission ne peut commettre d'erreur d'interprétation sans donner ouverture au contrôle judiciaire». Cependant, j'estime qu'une décision de la Commission satisfaisant à ce que le

have its own built-in limitation. The question before us therefore is whether the Board's decision to the effect that an employer can, while employer and employees are, so to speak, between collective agreements, unilaterally impose terms or conditions of employment on the employees is "patently unreasonable" so as to constitute jurisdictional error or is, at most, an error of law made by the Board within its jurisdiction.

It is my view that the test of patent unreasonableness is met in this case and I say that while fully recognizing that the Board's initial jurisdiction to deal with the question is not in issue. Accordingly, if it were simply a question of whether the Board's interpretation of the Code was the correct one, or even whether it was a reasonable one, there would be no issue for the courts. In such circumstances the principle of curial deference would require that the Board's decision be respected. But the courts must not defer to decisions that are patently unreasonable. Such decisions cannot be passed off as the product of special expertise or, as the appellant submits, "policy choices" which are not subject to review by the courts. They can only be treated as decisions which the Board had no jurisdiction to make.

I accept, of course, that when we postulate the test of patent unreasonableness we are attempting to assess the reasonableness of the Board's decision, not in terms of the reasonable man or reasonable member of the general public, but in terms of the reasonable Board. This must be so if we are to allow for the fact that the Board is deemed to have special expertise. A patently unreasonable decision is accordingly one which no reasonable Board applying its expertise could possibly have arrived at.

juge La Forest appelle le «test sévère» du caractère «manifestement déraisonnable» n'est pas protégée par le principe de la retenue judiciaire, lequel comporte ses propres limites. Par conséquent, la question dont nous sommes saisis en l'espèce est de savoir si la décision de la Commission portant que l'employeur peut imposer unilatéralement à ses employés des conditions de travail, lorsque lui-même et ses employés se trouvent, pour ainsi dire, entre deux conventions collectives, est une décision «manifestement déraisonnable» emportant erreur de compétence ou si elle n'est, tout au plus, qu'une erreur de droit commise par la Commission dans l'exercice de sa compétence.

Je suis d'avis que le critère du caractère manifestement déraisonnable est rempli en l'espèce, tout en reconnaissant pleinement que la compétence initiale de la Commission pour connaître de la question n'est pas en cause. Par conséquent, s'il s'agissait simplement de décider du caractère juste, voire raisonnable, de l'interprétation donnée au Code par la Commission, il n'appartiendrait pas aux cours de justice de se prononcer. Dans les circonstances, le principe de la retenue judiciaire exigerait qu'on respecte la décision de la Commission. Mais les tribunaux ne sauraient faire preuve de retenue à l'égard de décisions manifestement déraisonnables. Pareilles décisions ne sauraient être considérées comme résultant de l'exercice de compétences particulières ou comme, selon ce que prétend l'appellant, des «choix de politique» non susceptibles de contrôle par les tribunaux. On ne peut les traiter que comme des décisions que la Commission n'avait pas compétence pour rendre.

Je conviens, naturellement, que postuler l'application du critère du caractère manifestement déraisonnable revient à tenter d'évaluer le caractère raisonnable de la décision de la Commission, non pas suivant la norme de la personne raisonnable ou du citoyen raisonnable en général, mais selon celle d'une commission raisonnable. Il doit en être ainsi si nous devons admettre que la Commission est réputée avoir des compétences particulières. Une décision manifestement déraisonnable est donc une décision à laquelle n'aurait jamais pu arriver une commission raisonnable dans l'exercice de ses compétences particulières.

My colleague, La Forest J., suggests that the test the courts should apply in determining whether a decision is patently unreasonable is whether there is a rational basis for it. If there is no rational basis for it, then, in his view, it is patently unreasonable. But if there is a rational basis for it, then the courts must defer to the decision. It is sufficient, my colleague says, that the Board's decision is "rationally defensible".

I am not sure how helpful it is to substitute one adjectival phrase for another and define patent unreasonableness in terms of rational indefensibility. It seems to me that this simply injects one more opportunity for ambiguity into a test which is already fraught with ambiguity. There is, it seems to me, a good argument to be made that "rational indefensibility" is an even stricter test than "patent unreasonableness". Be that as it may, both tests pose problems for the courts which, as my colleague points out, are to be viewed as lacking the special expertise required for the resolution of labour disputes which specialized labour boards enjoy.

If the resolution of the problem involves the application of the tribunal's special expertise, can a court be heard to say that the tribunal's decision was "patently unreasonable"? In this case, for example, would it be open to the Board to say: we know from experience in dealing with these matters that, strange as it may seem to the untrained person, the unilateral imposition of terms by an employer helps to promote settlement and secure industrial peace. Or would a complete answer to that be: maybe so, but that is not the right way to achieve that result: bringing economic pressure to bear on the employees during the bargaining process may achieve that result, but it is not conducive to harmonious relations between employers and employees and, indeed, is antithetical to the collective bargaining process which the legislature has obviously concluded is the highest and best means of achieving that result. In other words, does describing a Board's decision as a "policy choice" insulate it from review if the policy on

Mon collègue le juge La Forest laisse entendre que le critère que les tribunaux devraient appliquer pour déterminer si une décision est manifestement déraisonnable est celui du fondement rationnel. À son avis, si la décision ne repose sur aucun fondement rationnel, elle est manifestement déraisonnable. Mais si elle repose sur un tel fondement, alors les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir. Il suffit, pour reprendre les mots de mon collègue, que la décision de la Commission puisse «se défendre sur le plan rationnel».

Je ne vois pas vraiment l'utilité de substituer une expression à une autre et de définir ce qui est manifestement déraisonnable par ce qui est rationnellement indéfendable. À mon avis, cela ne fait qu'ajouter une source d'ambiguïté à un critère déjà très ambigu. Il me semble même fort possible de soutenir que le critère du «rationnellement indéfendable» est encore plus strict que celui du caractère «manifestement déraisonnable». Quoi qu'il en soit, l'application de ces deux critères pose des difficultés pour les tribunaux qui, comme le souligne mon collègue, ne doivent pas être considérés comme ayant les compétences particulières dont jouissent les commissions spécialisées dans le règlement des conflits de travail.

Si la résolution du problème comporte le recours aux compétences particulières d'un tribunal administratif, une cour de justice est-elle en mesure d'affirmer que la décision de ce tribunal est «manifestement déraisonnable»? En l'espèce par exemple, on peut se demander s'il serait loisible à la Commission de faire l'affirmation suivante: d'après notre expérience en la matière et aussi étrange que cela puisse sembler aux profanes, nous savons que l'imposition unilatérale de conditions par un employeur favorise un règlement et permet d'assurer la paix industrielle. Par contre, une réponse complète à cette prétention serait-elle: c'est possible, mais ce n'est pas la bonne façon d'y parvenir; en effet, il se peut que l'exercice de pressions économiques sur les employés pendant le processus de négociation conduise effectivement au résultat escompté, mais cette pratique n'est guère propice au développement de relations employeur-employé harmonieuses et, de fait, elle constitue l'antithèse même du processus de négociation col-



which the choice is based is inconsistent with the policy of the legislation under which it purports to have been made? I do not believe so. A policy choice is only truly a policy choice if the choice is made between policies which are equally consistent with and supportable by the legislation. Is that the case here?

It seems to me that the key to the problem lies in the fundamental obligation of employer and union to bargain in good faith towards a new collective agreement once the earlier agreement has been properly terminated. I do not see how an employer can be bargaining in good faith towards a new collective agreement while at the same time unilaterally imposing detrimental terms upon the employees which he knows have already been rejected. (By detrimental terms I mean terms less beneficial to the employees than the terms in the earlier agreement.) I agree with the British Columbia Court of Appeal ((1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80) that where the employer continues to employ the employees and the employees continue to work for the employer after the earlier agreement has been terminated, the terms and conditions of employment should be deemed to be the same terms and conditions as those in the earlier agreement until such time as new terms result from the process of bargaining in good faith. This must be so if good faith bargaining between employer and union is to have any opportunity to work. If, however, the parties cannot agree on new terms then, subject to the further requirements of the Code, the parties have their rights of lock-out and strike. But it seems to me that to interpret the Code (where the Code is silent on the subject) as permitting the employer to unilaterally impose new terms on the employees in the interval is to allow the employer to effectively bring the good faith bargaining period to an end. It is to say that the employer may decide when an impasse has been reached, when the time has come that further bargaining is useless because he, the employer, is

lective que le législateur considère manifestement comme le premier et le meilleur moyen d'atteindre ce résultat. En d'autres termes, met-on une décision de la Commission à l'abri de tout contrôle en la qualifiant de «choix de politique», si la politique sur laquelle le choix est fondé est incompatible avec l'esprit de la loi en vertu de laquelle il est censé avoir été fait? Je ne le crois pas. Un choix de politique n'est véritablement un choix de politique que s'il est fait entre des politiques qui sont également compatibles avec le texte législatif en question et qui y trouvent le même fondement. En est-il ainsi en l'espèce?

Il me semble que la clé du problème réside dans l'obligation fondamentale de l'employeur et du syndicat de négocier de bonne foi, à l'expiration normale de la convention collective, en vue de conclure une nouvelle convention. Je ne puis voir comment un employeur peut négocier de bonne foi en vue de conclure une nouvelle convention collective et, en même temps, imposer unilatéralement à ses employés des conditions qui leur sont préjudiciables et qu'ils ont, à sa connaissance, déjà rejetées. (Par conditions préjudiciables, j'entends des conditions moins avantageuses pour les employés que celles contenues dans la convention précédente.) Je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80) pour dire que lorsqu'après l'expiration de la convention collective, l'employeur continue de recourir aux services de ses employés et que les employés continuent de travailler pour l'employeur, les conditions de travail devraient être réputées les mêmes qu'en vertu de la convention précédente jusqu'à ce que de nouvelles conditions résultent du processus de négociation mené de bonne foi. Il doit en être ainsi si l'on veut donner quelque chance de succès à la négociation de bonne foi entre l'employeur et le syndicat. Toutefois, si jamais les parties ne peuvent s'entendre sur de nouvelles conditions, elles peuvent alors, sous réserve des exigences du Code, exercer leurs droits à la grève ou au lock-out. Mais il me semble qu'interpréter le Code (qui est silencieux à cet égard) comme permettant à l'employeur d'imposer unilatéralement dans l'intervalle de nouvelles conditions aux employés, serait donner à l'employeur la permission de mettre effectivement un terme à

not prepared to move from his position, and that, having so decided, he may then proceed unilaterally to impose new terms even if those terms were the very ones which brought about the impasse. Compromise, which is the accepted means of ensuring the ongoing nature of the good faith bargaining process, is thus declared by the employer to be at an end and the employees are confronted with the option of living with the employer's new terms until the union is in a strike position or leaving their employ and trying to find work elsewhere.

Why, one might ask, should an employer be able to destroy in this way the freedom and equality of bargaining power both parties must have at the bargaining table? Why should he have this new power? It seems to me obvious that to permit the employer to decide when an impasse in the collective bargaining process has been reached and then give him the power to impose new terms unilaterally on his employees will do nothing to promote the collective bargaining process which is the legislatively accredited means of achieving collective agreements and industrial peace. As the British Columbia Court of Appeal pointed out at p. 85:

The Code as a whole seeks stability resulting from agreement. This new power creates instability resulting from unilateral action.

Must we conclude that in the absence of a specific provision in the Code the employer is free to do anything which he is not specifically prohibited from doing? This seems to be the underlying premise of the appellant's position. Nothing in the Code, they say, prevents the employer from unilaterally imposing new terms. Or do we in filling the legislative vacuum take guidance from the legislative scheme? It seems to me that the latter must be the proper course. I would respectfully adopt the following comment from the majority reasons of Professor Bora Laskin (as he then was) in *Re*

la période de négociation de bonne foi. Cela reviendrait à dire qu'il lui est loisible de déterminer le moment où il y a impasse et où il devient inutile de poursuivre les négociations parce que lui, l'employeur, n'est pas disposé à modifier sa position, et qu'ayant pris cette décision il peut alors procéder à l'imposition unilatérale de nouvelles conditions, même si ce sont ces mêmes conditions qui sont à l'origine de l'impasse. L'employeur décrète ainsi la fin du compromis qui est pourtant le moyen reconnu d'assurer la continuité du processus de négociation de bonne foi, et les employés sont confrontés au choix d'accepter les nouvelles conditions de l'employeur jusqu'à ce que le syndicat ait acquis le droit de grève, ou de quitter leur emploi pour tenter de trouver du travail ailleurs.

Pourquoi, pourrait-on se demander, l'employeur devrait-il être ainsi en mesure de supprimer la liberté et l'égalité du pouvoir de négociation dont les deux parties doivent jouir à la table de négociation? Pourquoi devrait-il avoir ce nouveau pouvoir? Il me semble évident que permettre à l'employeur de déterminer à quel moment il y a impasse dans le processus de négociation collective, pour ensuite lui donner le pouvoir d'imposer unilatéralement de nouvelles conditions à ses employés, ne facilite en rien le processus de négociation collective qui constitue le moyen légalement reconnu de parvenir à la conclusion de conventions collectives et d'assurer la paix industrielle. Comme le souligne la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la p. 85:

[TRADUCTION] Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente. Ce nouveau pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale.

Faut-il conclure qu'en l'absence d'une disposition expresse du Code, l'employeur est libre de faire tout ce qui ne lui est pas interdit expressément de faire? C'est là, semble-t-il, la prémisse qui sous-tend la position de l'appelante. Rien dans le Code, affirme-t-elle, n'empêche l'employeur d'imposer unilatéralement de nouvelles conditions. Faut-il plutôt, en comblant ce vide juridique, nous inspirer de l'économie de la loi? Je crois que cette deuxième solution est celle qu'il nous faut adopter. En toute déférence, je souscris au passage suivant tiré des commentaires du professeur Bora Laskin

*Peterboro Lock Mfg. Co.* (1954), 4 L.A.C. 1499, at p. 1502:

In this Board's view, it is a very superficial generalization to contend that a Collective Agreement must be read as limiting an employer's pre-collective bargaining prerogatives only to the extent expressly stipulated. Such a generalization ignores completely the climate of employer-employee relations under a Collective Agreement. The change from individual to Collective Bargaining is a change in kind and not merely a difference in degree. The introduction of a Collective Bargaining regime involves the acceptance by the parties of assumptions which are entirely alien to an era of individual bargaining. Hence, any attempt to measure rights and duties in employer-employee relations by reference to pre-collective bargaining standards is an attempt to re-enter a world which has ceased to exist.

I cannot believe that the legislature intended in the circumstances before us to return the parties to pre-collective bargaining standards, particularly if there is another interpretation of the Code which does not give one of the negotiating parties the power to alter dramatically the balance of bargaining power between them in his own favour and which also has the very significant advantage of endorsing rather than undermining the collective bargaining process. That interpretation is, of course, to permit the same terms and conditions which were the product of the earlier bargaining process to apply in the event of an impasse until such time as the parties are in a strike/lock-out position.

It is true that this solution will probably benefit the union. It must be assumed that where the employer terminates the earlier agreement it is because circumstances have changed and he considers it no longer to his advantage to have that agreement continue in effect. The important point, however, is that an interpretation of the Code which supports this solution does not interfere with the balance of bargaining power between the parties. It does not create a new power in the union. It does not undermine the collective bargaining process. It does not compel the parties to "re-enter a

(plus tard Juge en chef du Canada) s'exprimant au nom de la majorité dans *Re Peterboro Lock Mfg. Co.* (1954), 4 L.A.C. 1499, à la p. 1502:

[TRADUCTION] De l'avis de cette Commission, c'est se livrer à une généralisation très superficielle que de prétendre qu'il faut considérer qu'une convention collective ne limite les prérogatives dont jouissait l'employeur avant les négociations collectives que dans la mesure expressément stipulée. Cette généralisation fait complètement abstraction du climat des relations employeur-employé instauré par une convention collective. Passer de la négociation individuelle à la négociation collective entraîne non pas simplement une différence de degré mais un changement de nature. L'introduction d'un régime de négociation collective comporte l'acceptation par les parties d'hypothèses qui n'ont absolument rien à voir avec une ère de négociation individuelle. Aussi, toute tentative de mesurer les droits et obligations que comportent les relations employeur-employé en fonction de normes antérieures aux négociations collectives équivaut à essayer de revenir dans un monde qui a cessé d'exister.

Je ne puis croire que le législateur a voulu, dans les circonstances de la présente affaire, obliger les parties à revenir aux normes antérieures aux négociations collectives, particulièrement s'il est possible de donner au Code une autre interprétation qui ne confère pas à l'une des parties le pouvoir de modifier dramatiquement en sa faveur l'équilibre des pouvoirs de négociation, et qui a pour avantage très appréciable de sanctionner le processus de négociation collective plutôt que de le miner. Cette interprétation, bien sûr, porte qu'en cas d'impasse les conditions résultant du processus antérieur de négociation continuent de s'appliquer jusqu'à ce que les parties aient acquis le droit à la grève ou au lock-out.

Il est vrai que cette solution profitera probablement au syndicat. Il faut présumer que si l'employeur met fin à la convention antérieure, c'est qu'il considère qu'elle n'est plus à son avantage en raison d'un changement de circonstances. L'important, toutefois, c'est qu'une interprétation du Code qui appuie cette solution ne modifie pas l'équilibre du pouvoir de négociation entre les parties. Cette interprétation ne confère pas un nouveau pouvoir au syndicat. Elle ne mine pas le processus de négociation collective. Elle ne contraint pas les parties à «revenir dans un monde qui a cessé

world which has ceased to exist". I cannot agree with La Forest J., therefore, that one interpretation of the Code is as reasonable as the other, that it is a matter of choosing between equally viable "policy choices". Far from it. One is completely consistent with the concept of freedom and equality of bargaining power between the parties and the paramount role of the collective bargaining process in labour dispute resolution. The other is completely inconsistent with and inimical to both. It is on that basis that I would find that the decision of the Board was "patently unreasonable" and constituted jurisdictional error.

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—Having carefully considered the opinion of my colleague Justice La Forest, I agree with him that the Labour Relations Board of British Columbia had standing to make arguments relative to the applicable standard of review as well as to the steps it followed in reaching the decision now being challenged. With great respect, however, I must differ from his conclusion that the Board committed no jurisdictional error when it stated that an employer may unilaterally impose the terms of employment upon the termination of the collective agreement, subject only to the obligation to bargain in good faith.

As noted by La Forest J., the British Columbia *Labour Code* specifically prevents an employer from altering the terms of employment where an application for certification is pending (s. 51) and, upon certification, either for a period of four months or until the execution of a collective agreement, whichever comes first (s. 61). However, the Code provides for no statutory freeze of working conditions following the termination of a collective agreement, nor are there any applicable policy guidelines previously issued by the Board in this respect. In both the initial CAIMAW application, as well as in the subsequent CAIMAW/IBEW re-hearing, the Board accordingly proceeded on the basis of its general statutory jurisdiction to

d'exister». Je ne puis, par conséquent, partager l'opinion du juge La Forest qui estime qu'une interprétation du Code est aussi raisonnable qu'une autre et qu'il s'agit d'une question d'option entre des «choix de politique» également viables. Tout au contraire. L'une est tout à fait compatible avec le concept de la liberté et de l'égalité du pouvoir de négociation entre les parties et avec le rôle primordial que joue le processus de négociation collective dans le règlement des conflits de travail, tandis que l'autre leur est tout à fait opposée et défavorable. Voilà pourquoi j'estime que la décision de la Commission était «manifestement déraisonnable» et constituait une erreur de compétence.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Après avoir considéré attentivement l'opinion de mon collègue le juge La Forest, je conviens avec lui que la Labour Relations Board of British Columbia («la Commission») a qualité pour soutenir la norme de contrôle applicable et les étapes de sa décision ici contestée. En tout déférence toutefois, je ne saurais me rallier à sa conclusion que la Commission n'a pas commis d'erreur de compétence en déclarant qu'un employeur peut imposer unilatéralement des conditions de travail à l'expiration d'une convention collective, sous réserve uniquement de son obligation de négocier de bonne foi.

Comme l'a souligné le juge La Forest, le *Labour Code* de la Colombie-Britannique («le Code») interdit spécifiquement à un employeur de modifier les conditions de travail lorsqu'une demande d'accréditation a été présentée (art. 51) et, une fois l'accréditation accordée, pendant une période de quatre mois ou aussi longtemps qu'une convention collective n'a pas été signée, selon la première de ces éventualités (art. 61). Le Code ne prévoit toutefois aucun gel des conditions de travail après l'expiration d'une convention collective, et la Commission n'avait émis aucun énoncé de politique applicable à cet égard. Lorsqu'elle a été saisie de la demande initiale de CAIMAW, puis lors de la nouvelle audition CAIMAW-FIOE, la Commis-

decide "any question as to whether . . . a collective agreement is in full force and effect" pursuant to s. 34(1)(g) of the *Labour Code*. At the hearing before this Court, respondent properly conceded that the Board was initially empowered to embark upon this specific inquiry. However, it must be determined whether in carrying out this inquiry the Board exceeded its jurisdiction. To this end it is necessary to examine s. 27 of the British Columbia *Labour Code* which expresses the fundamental objectives of the legislation.

## I

The Fundamental Objectives of the *Labour Code*

In 1973 a general purposes and objects clause appeared for the first time in the *Labour Code*. The clause then read as follows:

27. (1) The board may exercise the powers and shall perform the duties conferred or imposed upon it under this Act with the object of securing and maintaining industrial peace and promoting conditions favorable to settlement of disputes, and, for this purpose, the board may from time to time formulate general policies not contrary to this Act for the guidance of the general public and the board; but the board is not bound thereby in the exercise of its powers or the performance of its duties. [Emphasis added.]

This disposition was amended by the *Labour Code Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, c. 72 and thereafter provided:

27. (1) The board, having regard to the public interest as well as the respective rights and obligations of parties before it, may exercise its powers and shall perform the duties conferred or imposed on it under this Act so as to develop effective industrial relations in the interest of achieving or maintaining good working conditions and the well-being of the public, and for those purposes, the board shall have regard to the following purposes and objects:

- (a) securing and maintaining industrial peace, and furthering harmonious relations between employers and employees;
- (b) improving the practices and procedures of collective bargaining between employers and trade-unions as the freely chosen representatives of employees;

sion s'est donc fondée sur sa compétence générale pour trancher [TRADUCTION] «la question de savoir [...] si une convention collective est en vigueur» aux termes de l'al. 34(1)(g) du *Labour Code*. À l'audience devant notre Cour, l'intimée a reconnu à juste titre que la Commission avait juridiction pour procéder à cette enquête spécifique. La question, toutefois, est de décider si, au cours de cette enquête, la Commission a excédé sa compétence. À cette fin, il est nécessaire d'examiner l'art. 27 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique qui énonce les objectifs fondamentaux de la Loi.

## c

## I

Les objectifs fondamentaux du *Labour Code*

C'est en 1973 qu'apparaît pour la première fois dans le *Labour Code* une disposition énonçant les objectifs généraux de la Loi qui se lisait:

[TRADUCTION] 27. (1) La commission peut exercer les pouvoirs et doit exercer les fonctions qui lui sont attribués ou imposés en vertu de la présente loi de façon à assurer et à maintenir la paix industrielle et à promouvoir des conditions favorables au règlement des différends; à cette fin, elle peut, à l'occasion, formuler des politiques générales conformes à la présente loi afin de guider le public en général et la commission; la commission n'est toutefois pas liée par celles-ci dans l'exercice de ses pouvoirs ou de ses fonctions. [Je souligne.]

Cette disposition a été modifiée de la façon suivante par la *Labour Code Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, chap. 72:

[TRADUCTION] 27. (1) Compte tenu de l'intérêt public ainsi que des droits et obligations respectifs des parties qui se présentent devant elle, la commission peut exercer ses pouvoirs et doit exercer les fonctions qui lui sont attribuées ou imposées en vertu de la présente loi de façon à instaurer des relations industrielles efficaces pour l'établissement ou le maintien de bonnes conditions de travail et le bien-être du public. À ces fins, la commission doit tenir compte des objectifs suivants:

- a) assurer et maintenir la paix industrielle et promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés;
- b) améliorer les pratiques et les procédures de négociation collective entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés;

(c) promoting conditions favorable to the orderly and constructive settlement of disputes between employers and employees or their freely chosen trade-unions. [Emphasis added.]

This is the formulation of s. 27(1) of the *Labour Code* which applies to the present appeal. It is appropriate, however, to complete the legislative history of s. 27(1) by noting that it was once again modified in 1987 by the *Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, c. 24, s. 18 to read as follows:

27. (1) The council, having regard to the public interest as well as the rights of individuals and the rights and obligations of the parties before it and recognizing the desirability for employers and employees to achieve and maintain good working conditions as participants in and beneficiaries of a competitive market economy, shall exercise the powers and perform the duties conferred or imposed on it under this Act so as to achieve the expeditious resolution of labour disputes, and for these purposes the council shall have regard to the following purposes and objects:

- (a) securing and maintaining industrial peace and furthering harmonious relations between employers and employees;
- (b) improving the practices and procedures of collective bargaining between employers and trade unions as the freely chosen representatives of employees;
- (c) promoting conditions favorable to the orderly and constructive settlement of disputes between employers and employees or their freely chosen trade unions;
- (d) encouraging the voluntary resolution of collective bargaining disputes;
- (e) minimizing the harmful effects of labour disputes on persons who are not involved in the disputes;
- (f) providing such assistance to employers and bargaining agents as may facilitate the making or renewing of collective agreements;
- (g) gathering and publishing information and statistics respecting collective bargaining in the Province.

General purpose clauses such as s. 27(1) of the *Labour Code* not only aim to provide guidance to the administrative agency; they also identify the limits of the discretion it enjoys in the exercise of its statutory powers. The role of such clauses is described by D. J. Galligan, *Discretionary Powers*:

c) promouvoir des conditions favorables au règlement ordonné et constructif des différends entre les employeurs et les employés ou leurs syndicats librement élus. [Je souligne.]

C'est le texte du par. 27(1) du *Labour Code* qui s'applique au présent pourvoi. Il y a toutefois lieu de compléter l'historique législatif du par. 27(1) en soulignant qu'il a été modifié de nouveau en 1987 par l'*Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, chap. 24, art. 18, de manière à se lire:

[TRADUCTION] 27. (1) Compte tenu de l'intérêt public, des droits des personnes ainsi que des droits et obligations des parties qui se présentent devant lui, et eu égard à l'intérêt qu'ont les employeurs et les employés à établir et à maintenir de bonnes conditions de travail dans le contexte d'une économie de marchés concurrentiels où ils sont à la fois participants et bénéficiaires, le conseil doit exercer les pouvoirs et les fonctions qui lui sont attribués ou imposés en vertu de la présente loi de façon à assurer le règlement expéditif des conflits de travail. À ces fins, le conseil doit tenir compte des objectifs suivants:

- a) assurer et maintenir la paix industrielle et promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés;
- b) améliorer les pratiques et les procédures de négociation collective entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés;
- c) promouvoir des conditions favorables au règlement ordonné et constructif des différends entre les employeurs et les employés ou leurs syndicats librement élus;
- d) encourager le règlement volontaire des différends en matière de négociation collective;
- e) réduire au minimum les effets préjudiciables des conflits de travail sur des tiers;
- f) fournir aux employeurs et aux agents négociateurs toute aide pouvant faciliter la négociation ou le renouvellement de conventions collectives;
- g) recueillir et publier de l'information et des statistiques portant sur les négociations collectives dans la province.

Les dispositions énonçant des objectifs généraux, comme le par. 27(1) du *Labour Code*, ne font pas que tracer une ligne de conduite à l'organisme administratif; elles fixent également les limites du pouvoir discrétionnaire dont il dispose dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la loi. Le

*A Legal Study of Official Discretion* (1986), as follows (at p. 109):

The legislative statement of objects and purposes is of clear and central importance in exercising delegated powers. By that means the content and scope of powers are defined, and guidance is provided to the official in making decisions; moreover, it is in terms of those objects that an assessment or evaluation of a decision is to be made.

Purposes and objects clauses find their historical roots in the common law. In *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), Lord Reid explained why the fundamental objects of the enabling legislation restrict the delegation of discretionary powers (at p. 1030):

It is implicit in the argument for the Minister that there are only two possible interpretations of this provision—either he must refer every complaint or he has an unfettered discretion to refuse to refer in any case. I do not think that [this] is right. Parliament must have conferred the discretion with the intention that it should be used to promote the policy and objects of the Act; the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court. In a matter of this kind it is not possible to draw a hard and fast line, but if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court. [Emphasis added.]

Complying with legislative intent is as valid a policy consideration in Canada as it is in England: [TRANSLATION] "... when Parliament delegates certain powers, it intends to enable the administrative agency concerned to meet the objectives which are either expressly or implicitly written in the act" (G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 264). In the well-known case of *Roncarelli v.*

rôle de ces dispositions est décrit ainsi par D. J. Galligan dans son ouvrage *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion* (1986), à la p. 109:

<sup>a</sup> [TRANSLATION] La formulation législative des objectifs revêt une importance capitale manifeste dans l'exercice des pouvoirs délégués. C'est par ce moyen que le contenu et la portée des pouvoirs sont définis et que des lignes directrices sont fournies au fonctionnaire responsable de la prise de décisions; de plus, c'est en fonction de ces objectifs que l'examen ou l'évaluation d'une décision doit se faire.

Les dispositions énonçant les politiques et objets de la loi ont leur origine historique dans la *common law*. Dans l'arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), lord Reid explique, à la p. 1030, pourquoi les objectifs fondamentaux de la loi habilitante restreignent la délégation de pouvoirs discrectionnaires:

[TRANSLATION] Dans l'argument présenté pour le Ministre, il est implicite qu'il n'y a que deux interprétations possibles de cette disposition—soit qu'il doive renvoyer chaque plainte au comité, soit qu'il ait une discrétion absolue, dans tous les cas, de refuser de renvoyer la plainte au comité. Je ne crois pas que ce soit correct. Le Parlement a dû attribuer ce pouvoir discrétionnaire dans l'intention qu'il soit exercé pour promouvoir la politique et les objets de la Loi. La politique et les objets de la Loi doivent être déterminés en interprétant la Loi dans son ensemble et l'interprétation est toujours une question de droit pour la Cour. Dans une affaire semblable, il n'est pas possible de fixer des limites précises et inflexibles, mais si le Ministre, parce qu'il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique ou les objets de la Loi ou à aller à l'encontre de ceux-ci, alors notre droit accuserait une grave lacune si les personnes qui en subissaient des préjudices n'avaient pas droit à la protection de la Cour. [Je souligne.]

Le respect de l'intention du législateur est une considération de principe toute aussi valable au Canada qu'en Angleterre: «... lorsque le Parlement délègue des pouvoirs, il le fait dans l'intention de permettre aux autorités administratives concernées d'atteindre les objectifs expressément ou implicitement tracés dans la loi» (G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), à la p. 264). Dans l'arrêt célèbre

*Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, Martland J. expressed views foreshadowing those later adhered to by Lord Reid (at p. 156):

... the discretionary power to cancel a permit given to the Commission by the *Alcoholic Liquor Act* must be related to the administration and enforcement of that statute. It is not proper to exercise the power of cancellation for reasons which are unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the Act.

In the specific area of labour relations, it has long been recognized by this Court that the statutory imperatives of maintaining industrial peace and harmonious industrial relations are to be implied to limit the discretion conferred by the enabling legislation. In *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 95, the question raised was whether a provincial labour relations board could validly decline to certify a union on the basis that the secretary-treasurer of the union was a communist and exercised a dominant influence in the union. A majority of this Court found that, while the Board enjoyed a discretion to certify, this discretion could not be exercised on the basis of matters extraneous to the underlying purposes and objectives of the Act. Speaking for three members of the majority, Rand J. said at p. 100:

I am unable to agree, then, that the Board has been empowered to act upon the view that official association with an individual holding political views considered to be dangerous by the Board proscribes a labour organization.

In Rand J.'s view, the issue was one of *vires*: the Board exceeded its powers in exercising its discretion to certify based on considerations unrelated to the fundamental purposes of the legislation. Were such a case to arise today in British Columbia, it would no doubt be dealt with similarly under s. 27(1).

In *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] S.C.R. 697, this Court

*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, le juge Martland exprime, à la p. 156, un point de vue qui laisse présager celui que devait adopter plus tard lord Reid:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] ... le pouvoir discrétionnaire d'annuler un permis que confère à la Commission la *Loi des liqueurs alcooliques* doit être lié à l'application et à la mise à exécution de cette loi. Il ne convient pas d'exercer le pouvoir d'annulation pour des motifs qui ne sont pas liés à la réalisation de l'intention et de l'objectif de la Loi.

Dans le domaine particulier des relations du travail, notre Cour a depuis longtemps reconnu que les objectifs impérieux de la Loi de maintenir la paix et d'assurer l'harmonie dans les relations industrielles limitent implicitement le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi habilitante. Dans *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 95, il s'agissait de déterminer si une commission provinciale des relations du travail pouvait valablement refuser d'accréditer un syndicat pour le motif que le secrétaire-trésorier de ce syndicat était communiste et qu'il exerçait une très grande influence sur celui-ci. Notre Cour a jugé, à la majorité, que même si la Commission jouissait d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'accréditation, l'exercice de ce pouvoir ne pouvait être fondé sur des questions étrangères aux objectifs fondamentaux de la Loi. S'exprimant au nom des trois juges formant la majorité, le juge Rand affirme, à la p. 100:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Ainsi, je ne puis admettre que la Commission a le pouvoir de refuser l'accréditation à cause de l'association officielle du syndicat avec un individu qui a des convictions politiques jugées dangereuses par la Commission.

<sup>c</sup> Selon le juge Rand, il s'agissait d'une question de compétence: la Commission avait excédé ses pouvoirs en fondant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière d'accréditation sur des considérations étrangères aux objectifs fondamentaux de la loi en question. Si un tel cas devait se produire aujourd'hui en Colombie-Britannique, il serait sans doute traité de la même façon sous le régime du par. 27(1).

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] R.C.S. 697,



was asked to determine whether s. 96 of the *British North America Act, 1867* allowed the Labour Relations Board of Quebec to validly exercise the discretion conferred by s. 50 of the provincial *Labour Relations Act*. This provision stated: "If it be proved to the Board that an association has participated in an offence against s. 20 [domination by employer], the Board may . . . decree the dissolution of such association". In deciding that the board had constitutional authority to apply s. 50, Abbott J., who delivered the opinion of the Court, wrote at pp. 701-2:

The power given to the Board under s. 50 is a limited and discretionary power. It is purely incidental to the accomplishment of one of the primary purposes for which the association was granted corporate status, namely the maintenance of industrial peace.

*Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen* and *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec* demonstrate that general purposes and objects clauses such as s. 27(1) of the *Labour Code* are not enacted in a juridical vacuum. Such clauses codify the common law duty to exercise delegated powers in strict accordance with the fundamental dictates of the enabling statute. In this historical context, s. 27(1) amounts to more than a simple guide to the Board; it constitutes a statutory direction to carefully consider the goal of developing effective industrial relations having regard to certain specific purposes and objects.

The Board is generally well aware of the obligation s. 27(1) imposes upon it (see, e.g., *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (S.C.), dismissing an application for judicial review from (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, itself denying a reconsideration from (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050). However, in deciding the complaints which gave rise to the present proceedings, the Board gave no consideration at all to the underlying purposes and objectives of the Code. In the initial CAIMAW application and in the joint

notre Cour a été appelée à déterminer si l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, permettait à la Commission des relations de travail du Québec d'exercer valablement le pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par l'art. 50 de la *Loi des relations ouvrières*. Cette disposition prévoyait que «S'il est prouvé devant la Commission qu'une association a participé à une infraction aux dispositions de l'article 20 [domination par l'employeur], la Commission peut [. . .] prononcer la dissolution de cette association». En concluant que la Commission avait le pouvoir constitutionnel d'appliquer l'art. 50, le juge Abbott, qui s'exprimait alors au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit, aux pp. 701 et 702:

[TRADUCTION] Le pouvoir que possède la Commission en vertu de l'art. 50 est un pouvoir limité et discrétionnaire. Il est purement accessoire à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux pour lesquels l'association a été constituée, soit le maintien de la paix industrielle.

Les arrêts *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen* et *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec* démontrent que des dispositions énonçant des objectifs généraux comme le par. 27(1) du Code ne sont pas édictées dans un vide juridique. Ces dispositions codifient l'obligation de *common law* d'exercer les pouvoirs délégués d'une façon qui respecte strictement les préceptes fondamentaux de la loi habilitante. Dans ce contexte historique, le par. 27(1) représente plus qu'un simple guide à l'intention de la Commission; il constitue une directive imposée par la Loi de prendre attentivement en considération le but de promouvoir des relations industrielles efficaces, compte tenu de certains objectifs précis.

La Commission est généralement très consciente de l'obligation que lui impose le par. 27(1) (voir, par exemple, *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (C.S.), rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision rapportée à (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, où l'on avait refusé un nouvel examen de la décision rapportée à (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050). Toutefois, en statuant sur les plaintes à l'origine du présent litige, la Commission n'a aucunement pris en considération les objectifs fondamentaux du Code.

CAIMAW/IBEW re-hearing, there was not a single reference to s. 27 of the Code. Further, there was no discussion of the public interest or the development of effective industrial relations, with the result that it cannot be presumed that the Board implicitly considered that provision.

The Board's failure to discuss the requirements of s. 27 is especially fraught with consequence since the policy decision it was called to make affects by its very nature not only the parties before it but also all other unions, employees and employers in a highly sensitive area of collective bargaining. That the Board envisaged making a policy determination which would affect unions and employers at large is illustrated by the following extract from the CAIMAW/IBEW re-hearing:

We now wish to summarize our conclusions above by describing the rights and obligations of the parties under the Labour Code after the expiry of a collective agreement.

After the expiry of the collective agreement, no unilateral alterations to terms and conditions of employment may be made by an employer unless they are done so in compliance with his duty to bargain in good faith with the union . . . .

In the period after the expiry of the collective agreement, where the employer continues to operate and the employees continue to work, it will be implied that the terms and conditions of employment for the employees will continue to be the same as those contained in the just expired collective agreement.

The general references to "an employer" leave no doubt that the Board is engaged in an attempt to fill the void in the *Labour Code* with respect to the unilateral alteration of terms after the expiration of a collective agreement. This decision constitutes a "mini-Code" on "the rights and obligations" of employers and unions at that stage. The Board's policy decision goes well beyond the specific interests of the parties before it and acquires an importance akin to the enactment of a new legislative provision. This additional significance accentuates

Dans la première demande présentée par CAIMAW ainsi que dans la nouvelle audition conjointe CAIMAW-FIOE, il n'y a pas une seule mention de l'art. 27 du Code. De plus, on n'y a pas discuté de l'intérêt public ou de l'instauration de relations industrielles efficaces, de sorte qu'on ne peut présumer que la Commission a implicitement tenu compte de cette disposition.

L'omission de la Commission de traiter des exigences de l'art. 27 est particulièrement lourde de conséquences puisque la décision de principe qu'elle était appelée à rendre touche par sa nature même non seulement les parties au différend dont elle était saisie, mais également tous les autres syndicats, employés et employeurs dans un domaine très délicat de négociation collective. Le fait que la Commission ait voulu rendre une décision de principe qui toucherait l'ensemble des syndicats et des employeurs ressort de l'extrait suivant de la nouvelle audition CAIMAW-FIOE:

[TRADUCTION] Nous désirons maintenant résumer les conclusions que nous avons tirées plus haut en décrivant les droits et les obligations des parties en vertu du Labour Code après l'expiration d'une convention collective.

Une fois expirée la convention collective, aucune modification des conditions de travail ne peut être apportée par l'employeur autrement que dans le respect de l'obligation qui lui incombe de négocier de bonne foi avec le syndicat . . . .

Lorsque, dans la période suivant l'expiration de la convention collective, l'employeur continue d'exploiter son entreprise et les employés d'y travailler, on présume que les conditions de travail des employés demeurent les mêmes que celles contenues dans la convention collective qui vient d'expirer.

Les références générales à «l'employeur» montrent sans aucun doute que la Commission tente de combler le silence du *Labour Code* en ce qui a trait à la modification unilatérale des conditions de travail après l'expiration d'une convention collective. La décision constitue en quelque sorte un «mini-code» des «droits et obligations» des employeurs et des syndicats à cette étape. La décision de principe de la Commission va bien au-delà des intérêts spécifiques des parties qui sont devant elle et revêt une importance qui s'apparente

the necessity for the Board to meet head on the arguments based on the development of harmonious labour relations.

I agree with my colleague La Forest J. that courts must defer to the judgment of administrative tribunals in matters falling squarely within the area of their expertise. It is now well-established that an administrative tribunal exceeds its jurisdiction because of error only if: (1) it errs in a patently unreasonable manner in respect of a question which is within its jurisdiction; or, (2) it commits a simple error in respect of a legislative provision limiting the tribunal's powers (see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086). However, unlike my colleague La Forest J., I cannot accept that the Board's decision is anything but unreasonable. Here, as I said earlier, there is no indication that the Board even considered the requirements of effective industrial relations and the purposes and objects expressed in s. 27. Such an omission, in my view, played a crucial role in leading the Board astray and causing it to come to a patently unreasonable solution.

I now turn to my reasons for finding no rational basis for the Board's decision.

## II

### Infringement Upon the Fundamental Objectives

Collective bargaining has been entrenched in Canadian labour relations law and policy for over fifty years. It is indispensable to the development of "effective industrial relations" pursuant to s. 27. From a legislative standpoint, collective bargaining involves the recognition of three basic freedoms on the part of employees: "to form themselves into associations, to engage employers in bargaining with the associations, and to invoke meaningful economic sanctions in support of the bargaining" (A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at p. 4). The scheme postulates

à l'adoption d'une nouvelle disposition législative. Cette dimension additionnelle met l'accent sur la nécessité pour la Commission de répondre directement aux arguments fondés sur le développement de relations de travail harmonieuses.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que les cours de justice doivent s'en remettre au jugement des tribunaux administratifs dans les matières qui relèvent directement de leur champ de spécialisation. Il est maintenant bien établi qu'un tribunal administratif n'excède sa compétence à cause d'une erreur que 1) s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable à l'égard d'une question qui relève de sa compétence, ou 2) s'il commet une simple erreur à l'égard d'une disposition législative qui limite ses pouvoirs (voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086). Toutefois, contrairement à mon collègue le juge La Forest, je ne puis me convaincre que la décision de la Commission soit autre chose que déraisonnable. Comme je l'ai déjà dit, rien n'indique que la Commission ait même tenu compte de la nécessité d'instaurer des relations industrielles efficaces et des objectifs prévus à l'art. 27. J'estime qu'une telle omission a joué un rôle crucial en induisant en erreur la Commission et en l'amenant à adopter une solution manifestement déraisonnable.

J'aborde maintenant les motifs qui m'amènent à conclure que la décision de la Commission ne repose sur aucun fondement rationnel.

## II

### Le non-respect des objectifs fondamentaux

La négociation collective est consacrée dans le droit et la politique des relations du travail au Canada depuis plus de cinquante ans. C'est un élément essentiel à l'instauration de «relations industrielles efficaces» conformément à l'art. 27. Du point de vue législatif, la négociation collective suppose la reconnaissance de trois libertés fondamentales des employés: [TRADUCTION] «se regrouper en associations, amener les employeurs à négocier avec les associations et recourir à des sanctions économiques significatives à l'appui de la négociation» (A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in*

that the employees' control over the supply of labour will match the employer's control over its demand, thereby fostering the proper conditions for constructive and successful negotiations. The strike and the lock-out are the principal economic sanctions which are provided for and regulated by labour legislation. These, however, are but two of a wide array of economic sanctions in the labour context.

While they may be different in accessory respects, all economic sanctions used in collective bargaining share three fundamental characteristics: they only come into play after concerted attempts at settlement; they hurt both parties economically; and they presuppose the existence of countervailing measures.

#### 1—*The Characteristics of Economic Sanctions*

First, all Canadian labour jurisdictions have adopted a legislative policy of postponing the exercise of the economic sanctions until all other attempts at an agreement have failed. As noted by Professors H. W. Arthurs, D. D. Carter and H. J. Glasbeek in *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 213:

Canadian collective bargaining legislation usually requires the parties to exhaust certain dispute resolution procedures before striking or locking-out.

For instance, in British Columbia, the use of the strike and lock-out is subject to tight control by the *Labour Code* and close scrutiny on the part of the Labour Board. Under the Code, there is no right to strike or to lock-out during the term of the collective agreement. These rights only arise upon the termination of the agreement, after the parties have "bargained collectively about the dispute which is the cause or occasion of the strike or lock-out and failed to conclude a collective agreement" (s. 80). In the case of the strike, there is the further requirement of holding a vote "by secret

*Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1986), à la p. 4). Ce régime suppose que le contrôle exercé par les employés sur la disponibilité de la main-d'œuvre correspond au contrôle de l'employeur sur la demande de main-d'œuvre, ce qui favorise l'existence de conditions propices à des négociations constructives et fructueuses. La grève et le lock-out sont les principales sanctions économiques prévues et réglementées par les lois en matière de travail. Ils ne constituent toutefois que deux parmi toute une gamme de sanctions économiques en matière de relations ouvrières.

Même si elles peuvent différer sous certains aspects secondaires, toutes les sanctions économiques utilisées dans la négociation collective ont en commun trois caractéristiques fondamentales: elles n'entrent en jeu qu'après des tentatives concertées de règlement, elles causent un préjudice économique aux deux parties et elles supposent l'existence de mesures compensatrices.

#### 1—*Les caractéristiques des sanctions économiques*

En premier lieu, toutes les juridictions canadiennes en matière de travail ont adopté comme politique législative de reporter le recours aux sanctions économiques jusqu'à ce que toutes les autres tentatives d'en arriver à une entente aient échoué. Comme l'ont souligné les professeurs H. W. Arthurs, D. D. Carter et H. J. Glasbeek dans *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), à la p. 213:

[TRADUCTION] Le droit canadien en matière de négociation collective oblige habituellement les parties à épuiser certaines procédures de règlement des conflits avant de recourir à la grève ou au lock-out.

En Colombie-Britannique par exemple, le recours à la grève ou au lock-out est assujéti à un contrôle rigoureux en vertu du *Labour Code* et à un examen minutieux de la part de la Commission. En vertu du Code, il n'existe aucun droit de faire la grève ou de décréter le lock-out pendant la durée de la convention collective. Ces droits ne prennent naissance qu'à l'expiration de la convention, quand les parties ont [TRADUCTION] «négocié collectivement au sujet du différend qui est à l'origine de la grève ou du lock-out, sans réussir à conclure une convention collective» (art. 80). En ce

ballot and in accordance with the regulations, of the employees in the unit affected, as to whether to strike” in which a “majority of those employees who vote have voted for a strike” (s. 81). Where the vote favours a strike, the right to strike may only be exercised within three months following the vote (s. 81(3)(a)), and after 72 hours have elapsed following written notice given by the trade union that the employees are going to strike (s. 81(3)(b)(i) and (ii)). Where a mediation officer has been appointed, a further delay may be necessary to allow for the officer’s report to be made to the Minister (s. 81(3)(b)(iii)).

In deferring the use of the strike and lock-out until the negotiations come to a deadlock, the legislation furthers the fundamental commitment to the “orderly and constructive settlement of disputes”, which is expressed in s. 27(1)(c) of the British Columbia *Labour Code*.

Second, the use of an economic sanction in collective bargaining necessarily entails that a party will suffer some loss in having recourse to it. Bargaining is premised upon mutual compromise. By engaging in a strike, members of a trade union accept that they will be out of work and receive no salary from the employer during the length of the strike. Likewise, where an employer locks out its employees, the employer accepts that its production may shut down and that its flow of revenues may eventually come to a halt.

Third, the existence of an economic sanction presupposes the availability of a countervailing sanction of proportionate impact (Carrothers, *supra*, at p. 577):

The systems of industrial relations in Canada are, as a matter of deliberate legislative policy, based on collective action, the use of market forces and the concept of countervailing power. [Emphasis added.]

## 2—Discussion

The unilateral imposition of the terms of employment as recognized by the Board in the present instance shares none of these three charac-

qui a trait à la grève, on exige de plus la tenue d’un [TRADUCTION] «scrutin secret conformément aux règlements, par les employés de l’unité visée, sur l’opportunité de déclencher la grève», où [TRADUCTION] «la majorité des employés qui votent se prononcent en faveur de la grève» (art. 81). Le cas échéant, le droit de déclencher la grève ne peut être exercé que dans un délai de trois mois après le scrutin (al. 81(3)a)) et après la production par le syndicat d’un préavis de 72 heures indiquant que les employés déclencheront la grève (sous-al. 81(3)b)(i) et (ii)). Lorsqu’un médiateur est désigné, un délai supplémentaire peut être nécessaire afin de lui permettre de faire rapport au Ministre (sous-al. 81(3)b)(iii)).

En prescrivant qu’on ne peut recourir à la grève et au lock-out que si les négociations sont dans une impasse, la Loi confirme l’objectif fondamental du «règlement ordonné et constructif des différends» qui est exprimé à l’al. 27(1)c) du *Labour Code* de la Colombie-Britannique.

En deuxième lieu, le recours à une sanction économique dans la négociation collective implique nécessairement que la partie qui opte pour ce moyen subira une certaine perte. La négociation est fondée sur le compromis mutuel. En déclenchant une grève, les membres d’un syndicat acceptent d’être sans travail et de ne recevoir aucun salaire de l’employeur pendant la durée de la grève. De même, lorsqu’un employeur décrète un lock-out, il accepte que son entreprise puisse fermer ses portes et qu’il puisse y avoir éventuellement une interruption de ses revenus.

En troisième lieu, l’existence d’une sanction économique suppose la possibilité d’une sanction correspondante ayant un effet proportionnel (Carrothers, précité, à la p. 577):

[TRADUCTION] Les régimes des relations industrielles au Canada sont, en vertu d’une politique législative mûrement réfléchie, fondés sur l’action collective, le recours aux forces du marché et la notion d’un pouvoir compensatoire. [Je souligne.]

## 2—Analyse

L’imposition unilatérale de conditions de travail, comme celle que la Commission a reconnue en l’espèce, ne comporte aucune de ces trois caracté-

teristics. First, the policy stated by the Board in the CAIMAW/IBEW re-hearing provides for no ban on the unilateral imposition of terms of employment in the early stages of negotiation. Such unilateral sanction may theoretically, on the basis of that policy, take place at any time following the termination of the previous collective agreement. This result is most unusual when compared to the law in other jurisdictions. In the United States, an exception to the general prohibition against the imposition of the terms of employment was created in the case of an impasse. This exception is itself subject to restrictions with respect to the extent, context and manner of the changes brought about by the employer (see the discussion by T. H. Murphy, "Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith" (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1, at pp. 24-34). Moreover, as noted in the reasons of my colleague La Forest J., the majority of Canadian jurisdictions prohibit unilateral changes either until the right to strike or lock-out is acquired or until negotiation, conciliation and mediation have all failed to produce an agreement. Consequently, there is a near unanimous recognition of the need to freeze working conditions until either an impasse is reached or the right to strike or lock-out arises—a situation which typically takes a number of months after termination. However, on the basis of the policy formulated by the Board, British Columbia would be the only jurisdiction in North America where the imposition of terms can occur before such time.

Second, the employer is not detrimentally affected if it decides to reduce the salaries and cut other employment benefits. The unilateral imposition of terms may thus actually be profitable to the employer since it allows continued production at lower costs.

Third, since the imposition of terms could conceivably take place before the right to strike arises under the *Labour Code*, no sanction is available to the union to countervail the unilateral setting of terms. The union cannot impose on the employer

ristiques. En premier lieu, la politique énoncée par la Commission au cours de la nouvelle audition CAIMAW-FIOE ne prévoit aucune interdiction d'imposer unilatéralement des conditions de travail pendant les premières étapes de la négociation. Théoriquement, en vertu de cette politique, une telle mesure unilatérale peut être adoptée en tout temps après l'expiration de la convention collective antérieure. Un tel résultat est particulièrement inusité si on le compare au droit en vigueur dans d'autres juridictions. Aux États-Unis, on a créé en cas d'impasse une exception à l'interdiction générale d'imposer des conditions de travail. Cette exception est elle-même assujettie à des restrictions quant à l'étendue, au contexte et aux modalités des modifications apportées par l'employeur (voir l'analyse de T. H. Murphy, «Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith» (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1, aux pp. 24 à 34). De plus, comme mon collègue le juge La Forest le souligne dans ses motifs, la majorité des provinces canadiennes interdisent les modifications unilatérales avant que n'ait été acquis le droit de déclencher la grève ou de décréter un lock-out, ou avant que la négociation, la conciliation et la médiation n'aient échoué. Par conséquent, est presque unanimement reconnue la nécessité de geler les conditions de travail jusqu'au moment d'une impasse ou jusqu'à l'acquisition du droit de grève ou de lock-out, ce qui se produit généralement plusieurs mois après l'expiration de la convention. Toutefois, selon la politique établie par la Commission, la Colombie-Britannique serait la seule juridiction en Amérique du Nord où il est possible d'imposer unilatéralement des modifications avant ce moment.

En deuxième lieu, l'employeur ne subit aucun préjudice s'il décide de réduire les salaires ou d'autres avantages sociaux. Ainsi, l'imposition unilatérale de conditions de travail peut en fait être profitable à l'employeur puisqu'elle lui permet de continuer l'exploitation de son entreprise à un coût moindre.

En troisième lieu, puisque l'imposition unilatérale de nouvelles conditions pourrait théoriquement avoir lieu avant que ne soit acquis le droit à la grève en vertu du *Labour Code*, le syndicat ne dispose d'aucune sanction pouvant la contrebalan-

the wages, hours and other benefits it seeks to obtain. It has no choice but to live with the new conditions until the right to strike springs into existence, and even then it may have no option.

More importantly, unlike the strike and lock-out, the unilateral imposition of the terms of employment does not necessarily pressure both parties into agreeing upon a settlement. This sanction opens the door to a number of abuses of the process of collective negotiation. Altering terms may have detrimental repercussions on the process of bargaining, such as discrediting the union's authority to negotiate an agreement or unduly forcing the union's hand in the decision to call for a strike.

The risk that the union's authority may be curtailed was discussed in a decision of the Canadian Labour Relations Board, *Canadian Air Line Pilots Association v. Air Canada, Montreal, Quebec* (1977), 24 di 203. While that Code expressly freezes the working conditions until the right to strike arises, this prohibition was designed to address the same concerns (at p. 214):

The prohibition [against unilateral alteration of terms] is imposed on the employer, because Parliament recognizes that in the normal course it is the employer that is in the position to influence the proceedings at the bargaining table by making decisions affecting its operation without prior consultation with the union. By making such decisions and acting unilaterally, the employer can undermine the authority of the employees' bargaining agent, and also poison the environment within which collective bargaining is being conducted and thereby catalyze avoidable legal or illegal industrial conflict. Such unilateral action is contrary to the cooperative relationship envisioned by and sought to be promoted in the Canada Labour Code, Part V. [Emphasis added.]

The objective of "cooperative relationship" in the *Canada Labour Code* is similar to the objective of "furthering harmonious relations between employers and employees" set out in s. 27(1)(a) of the British Columbia *Labour Code*.

cer. Le syndicat ne peut imposer à l'employeur les taux de rémunération, les horaires et les autres avantages qu'il cherche à obtenir. Il n'a d'autre choix que de s'accommoder des nouvelles conditions jusqu'à l'acquisition du droit de déclencher la grève, qu'il peut, encore là, être forcé d'exercer.

Qui plus est, contrairement à la grève et au lock-out, l'imposition unilatérale de conditions de travail ne pousse pas nécessairement les deux parties à conclure une entente. Cette sanction ouvre la porte à un certain nombre d'abus du processus de négociation collective. La modification des conditions de travail peut avoir des répercussions négatives sur la négociation, notamment en discréditant le pouvoir du syndicat de négocier une convention ou en forçant indûment ce dernier à décider de déclencher la grève.

Le risque de miner le pouvoir du syndicat a été discuté dans une décision du Conseil canadien des relations du travail, *Canadian Air Line Pilots Association c. Air Canada, Montréal, Québec* (1977), 24 di 203. Dans cette affaire, même si le code applicable gèle expressément les conditions de travail jusqu'à la naissance du droit de déclencher la grève, les préoccupations sous-jacentes sont les mêmes qu'en l'espèce (à la p. 214):

Cette restriction [interdisant de modifier unilatéralement les conditions de travail] est imposée à l'employeur parce que le Parlement est conscient que c'est ce dernier qui, dans le cours normal des choses, est en mesure d'influencer le déroulement des événements à la table de négociation en prenant des décisions touchant l'exploitation de son entreprise sans au préalable consulter le syndicat. En prenant de telles décisions et en agissant de façon unilatérale, l'employeur peut miner le pouvoir de l'agent négociateur représentant les employés, empoisonner l'atmosphère dans laquelle se déroulent les négociations collectives et par la même occasion, déclencher un conflit de travail légal ou illégal qu'on aurait pu autrement éviter. Ces initiatives unilatérales sont contraires à l'esprit de collaboration auquel la Partie V de (*sic*) *Code canadien du travail* fait allusion et que le législateur a cherché à promouvoir. [Je souligne.]

L'objectif d'un «esprit de collaboration» prévu dans le *Code canadien du travail* s'apparente à l'objectif visant à «promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés» énoncé à l'al. 27(1)a) du *Labour Code* de la Colombie-Britannique.

Similar concerns are expressed in *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101, (Ont. L.R.B.) at p. 115:

When an employer, while negotiating with a trade union, implements new conditions of employment that have not even been first proposed to the trade union, the inference logically arises that the tactic is designed to undermine the status of the trade union—amounting to a suggestion that beneficial terms and conditions of employment do not require the presence of the bargaining agent.

Here again, I have no doubt that s. 27 of the *Labour Code* is designed to protect the integrity of the bargaining process against possible abuses of the type described above by the Ontario Labour Board.

These concerns with respect to the integrity of the bargaining process are most acute when the employer proceeds to reduce or cancel employment benefits. Such changes are by their very nature inherently prejudicial to the freedom of unions to decide whether or not to strike. Indeed, in reducing the conditions of employment, the employer leaves the union and the employees with the following choices: to continue to work under the new, less favourable conditions, or to strike even though that may not otherwise have been the employees' intention. If no strike is called, then the employees lose faith in a union under whose leadership the benefits have decreased. If the union is forced into calling a strike at an inopportune time, the same destructive result can follow. To force such a choice upon the union is to make a mockery of the bargaining system. Such an ultimatum is especially disparaging of the system since the pressures are brought to bear upon the most vulnerable participants in the process: the individual employees. The basic imbalance sought to be corrected by the right of employees to associate is described in detail by Carrothers, *supra*, at p. 4:

The employee, treating with his employer over terms under which he is to sell his services, is, individually, at an incompensable disadvantage. Where the process of production displays a high capacity for substituting one person for another, or one job for another, and where

Des préoccupations semblables sont exprimées dans la décision *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101 (C.R.L. Ont.), à la p. 115:

[TRADUCTION] Lorsque, pendant les négociations avec un syndicat, un employeur met en vigueur de nouvelles conditions de travail qui n'ont même pas d'abord été proposées au syndicat, on peut logiquement présumer que la tactique vise à miner la position du syndicat—notamment en laissant entendre que la mise en place de conditions de travail avantageuses n'exige pas la présence de l'agent négociateur.

Ici encore, il ne fait aucun doute, selon moi, que l'art. 27 du *Labour Code* vise à protéger l'intégrité du processus de négociation contre toute possibilité d'abus du genre décrit plus haut par la Commission des relations de travail de l'Ontario.

Ces préoccupations quant à l'intégrité du processus de négociation sont encore plus aiguës lorsque l'employeur procède à la réduction ou à l'annulation d'avantages sociaux. De par leur nature, ces modifications sont préjudiciables à la liberté des syndicats de décider de l'opportunité de déclencher une grève. En fait, en réduisant les conditions de travail, l'employeur ne laisse au syndicat et aux employés que les choix suivants: continuer de travailler sous le régime des nouvelles conditions qui sont moins favorables ou déclencher la grève même s'il se peut que cette mesure ne soit pas celle que les employés aient eu l'intention de prendre. Si aucune grève n'est déclenchée, les employés perdent alors confiance dans le syndicat qui n'a pu empêcher la réduction de leurs conditions de travail. Si le syndicat est forcé de déclencher la grève à un moment inopportun, le même résultat destructeur est susceptible de se produire. Acculer le syndicat à un tel choix, c'est se moquer du régime de négociation. Un tel ultimatum cause un tort particulièrement important au régime puisque les pressions sont exercées sur les participants les plus vulnérables du processus: les employés eux-mêmes. Le déséquilibre fondamental que vise à corriger le droit d'association des employés est décrit en détail par Carrothers, précité, à la p. 4:

[TRADUCTION] Lorsqu'il négocie avec son employeur les conditions auxquelles il vendra ses services, l'employé, pris individuellement, est dans une situation désavantageuse qui ne peut être contrebalancée. Alors que le processus d'exploitation fait preuve d'une grande capa-



the economy is operating at a level short of full employment, most individual workmen must take the terms offered or go without.

In focusing on the individual employees and forcing them either to accept the lower terms or to stop working altogether, the unilateral imposition of terms stands in a class by itself as an economic sanction which is inherently destructive of the freedom to engage in collective bargaining and strikes a fundamental blow to the freedom of employees to form themselves into a union and engage the employer in collective bargaining. The only foreseeable effect of this measure is to uselessly fuel the flames of the labour dispute. Such a result is inimical of the statutory purposes set out in s. 27 of the *Labour Code*. These concerns were addressed in *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (D.C. 1971), where the employer decreased employment benefits with a view to pressure the union into going on strike. The Board, later confirmed by the Court of Appeals, found that (p. 747):

It would seem reasonable to infer that when one party to the bargaining takes action which has a work stoppage as at least one of its objects, such conduct is inimical of the statutory purposes and reveals a purpose inconsistent with good-faith bargaining.

In stating as a goal the improvement of collective bargaining "between employers and trade unions as the freely chosen representatives of employees", s. 27(1)(b) of the *Labour Code* emphasizes the sovereign role of the union in the bargaining. This role is also underscored in s. 46(a) of the Code, which states:

**46.** Where a trade union is certified as bargaining agent for an appropriate bargaining unit,

- (a) it has exclusive authority to bargain collectively for the unit and to bind it by a collective agreement until the certification is cancelled;

cité de substituer une personne à une autre ou un emploi à un autre, et que l'économie fonctionne à un régime n'assurant pas le plein emploi, la plupart des travailleurs doivent accepter les conditions offertes ou se passer de travail.

a

En visant chacun des employés et en les forçant à choisir entre l'acceptation des conditions inférieures ou l'arrêt de travail, l'imposition unilatérale de conditions de travail forme une catégorie à part du fait qu'elle constitue une sanction économique qui est fondamentalement destructrice de la liberté d'engager des négociations collectives et qui frappe au cœur de la liberté des employés de se regrouper en syndicat et d'amener l'employeur à négocier collectivement. Le seul effet prévisible de cette mesure est d'attiser inutilement les conflits de travail. Un tel résultat va à l'encontre des objectifs énoncés à l'art. 27 du *Labour Code*. Ces préoccupations ont été abordées dans la décision *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (D.C. 1971), où l'employeur avait réduit les avantages sociaux de manière à forcer le syndicat à déclencher la grève. La conclusion de la Commission, confirmée par la Cour d'appel, est à l'effet suivant (à la p. 747):

b

c

d

e

f

g

[TRADUCTION] Il semblerait raisonnable de déduire que lorsqu'une partie à la négociation prend une mesure dont l'un des objectifs au moins est l'arrêt de travail, un tel comportement va à l'encontre des objectifs énoncés dans la Loi et révèle un but incompatible avec la négociation de bonne foi.

h

i

j

En fixant comme objectif l'amélioration de la négociation collective [TRADUCTION] «entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés», l'al. 27(1)(b) du *Labour Code* souligne le rôle souverain que joue le syndicat dans la négociation. Ce rôle est également mis en relief à l'al. 46a) du Code, qui prévoit:

[TRADUCTION] **46.** Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation appropriée,

- a) il a le pouvoir exclusif de négocier collectivement au nom de l'unité de négociation et de la lier au moyen d'une convention collective jusqu'à l'annulation de l'accréditation;

Since the Code's definition of "collective bargaining" includes "the regulation of relations between an employer and employees" (s. 1), s. 46 confers exclusive bargaining authority to a certified union even after the collective agreement has expired.

In *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, the Board found that s. 46 prevents an employer, upon the termination of a collective agreement, from unilaterally implementing new working conditions through direct communication with the employees. Vice-Chairman Sheen wrote at pp. 336-37:

In British Columbia, due to the provisions of s. 46 of the *Labour Code*, an employer cannot unilaterally alter an employee's terms of employment even in the interregnum between the expiration of the agreement and the commencement of a strike or lockout. For, by virtue of that section, a trade union certified to represent the employees in a bargaining unit, has the exclusive authority to "bargain collectively" for that unit and to conclude an agreement binding upon it.

[A]lthough there is no collective agreement in force, if an employer wishes to alter the terms and conditions of employment of the employees in that unit, it must do so by means of negotiations with the certified bargaining agent—it cannot get legally binding agreements by means of bargaining with, or unilateral imposition upon, individual employees. For, so long as the union is the certified bargaining agent for those employees, the termination of the collective agreement does not give the employer the right to deal with the employees individually.

He added:

... the College sought to sign and implement the nine-month contract, *at least* until the settlement of a new collective agreement. In so doing it sought to achieve directly with the employees what it could not accomplish in bargaining with the Faculty Association. Such conduct is an attempt to undermine the latter's exclusive bargaining authority and is a violation of s. 6.

This reasoning, however, was subsequently distinguished by the Board in the CAIMAW application and CAIMAW/IBEW re-hearing, which are

Puisque la définition que donne le Code de l'expression [TRADUCTION] «négociation collective» comprend [TRADUCTION] «la réglementation des relations entre l'employeur et les employés» (art. 1), l'art. 46 confère à un syndicat accrédité le pouvoir exclusif de négocier même après l'expiration de la convention collective.

Dans l'affaire *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, la Commission a conclu que l'art. 46 empêche un employeur, à l'expiration d'une convention collective, de mettre en vigueur unilatéralement de nouvelles conditions de travail par la communication directe avec les employés. Le vice-président Sheen écrit, aux pp. 336 et 337:

[TRADUCTION] En Colombie-Britannique, en raison des dispositions de l'art. 46 du *Labour Code*, un employeur ne peut modifier unilatéralement les conditions de travail d'un employé même pendant l'intervalle entre l'expiration de la convention et le début d'une grève ou d'un lock-out. En effet, aux termes de cet article, un syndicat accrédité pour représenter les employés d'une unité de négociation a le pouvoir exclusif de «négocier collectivement» au nom de cette unité et de conclure une convention qui la lie.

[M]ême si aucune convention collective n'est en vigueur, lorsqu'un employeur désire modifier les conditions de travail des employés de cette unité, il doit le faire par le biais de négociations avec l'agent négociateur accrédité—il ne peut obtenir de convention légalement exécutoire en négociant personnellement avec chaque employé ou en lui imposant unilatéralement de nouvelles conditions. En effet, tant que le syndicat est l'agent négociateur accrédité de ces employés, l'expiration de la convention collective ne donne pas à l'employeur le droit de négocier personnellement avec chacun des employés.

h Il ajoute ceci:

[TRADUCTION] ... le collège a tenté de conclure et de mettre à exécution le contrat de neuf mois, *tout au moins* jusqu'à la conclusion d'une nouvelle convention collective. Ce faisant, il a tenté de faire directement avec les employés ce qu'il ne pouvait accomplir en négociant avec l'association de la faculté. Une telle conduite constitue une tentative de miner le pouvoir exclusif de négociation de cette dernière et une violation de l'art. 6.

Ce raisonnement a toutefois été écarté subseq-  
 uemment par la Commission lors de l'affaire CAIMAW et de la nouvelle audition CAIMAW-

at the origin of the present proceedings, on the basis that:

... by virtue of Section 46 of the Code an employer may not engage in any negotiation or bargaining in respect of terms or conditions of employment directly with the employees within a bargaining unit. Such direct employer-employee negotiations would certainly fail to recognize the exclusivity of the trade union's collective bargaining authority: Section 46.

The Board read *Cariboo College* narrowly as not extending to cases where unilateral action respecting the terms and conditions of employment is initiated by the employer in communicating with the bargaining agent instead of individual employees. The Board wrote (at p. 35):

With the greatest of respect to the panel in *Cariboo College* [reported (1983), 4 Can. L.R.B.R. (N.S.) 320], we find that we cannot concur with some of the conclusions made in that case . . . . We are not, however, persuaded by the analysis in *Cariboo College* that any of the authorities cited therein stand for the proposition that an employer may not alter the terms and conditions of employment after the expiry of a collective agreement. To put it another way, we do not conclude that the unilateral imposition by an employer of new terms and conditions of employment after the termination of a collective agreement constitutes negotiating directly with employees and a failure to recognize the exclusivity of the trade union's collective bargaining authority.

After reconsidering *Cariboo College*, the Board felt that it "went too far" and that there was "unyielding rigidity" in its previous interpretation of s. 46. The reasons for this change of position were set out at length by the panel in the CAIMAW/IBEW re-hearing. First, the Board found that the "weight of authority" favoured the new interpretation, and it expressed the view that *Cariboo College's* reliance on *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (Ont. C.A.), was "misplaced". The Board added the following, which states the *ratio* for the Board's disagreement with the interpretation offered in *Cariboo College*:

FIOE qui sont à l'origine du présent litige, distinction fondée sur le fait que:

[TRADUCTION] ... en vertu de l'art. 46 du Code, un employeur ne peut, à l'égard des conditions de travail, engager des négociations ou ni traiter directement avec les employés faisant partie d'une unité de négociation. De telles négociations directes entre employeur et employés ne reconnaîtraient sûrement pas l'exclusivité du pouvoir de négociation collective du syndicat: article 46.

La Commission a interprété étroitement la décision *Cariboo College* comme ne s'appliquant pas aux affaires où la mesure unilatérale visant les conditions de travail est prise par l'employeur en communiquant avec l'agent négociateur plutôt qu'avec chacun des employés. La Commission écrit (à la p. 35):

[TRADUCTION] Malgré tout le respect que nous devons au comité qui a rendu la décision *Cariboo College* [publiée à (1983), 4 Can. L.R.B.R. (N.S.) 320], nous estimons ne pouvoir être d'accord avec certaines des conclusions arrêtées dans cette affaire [...] Toutefois, l'analyse faite dans *Cariboo College* ne nous convainc pas que les décisions qui y sont citées appuient la notion selon laquelle un employeur ne peut modifier les conditions de travail après l'expiration d'une convention collective. En d'autres termes, nous ne concluons pas que l'imposition unilatérale, par un employeur, de nouvelles conditions de travail après l'expiration d'une convention collective constitue une négociation directe avec les employés et un défaut de reconnaître l'exclusivité du pouvoir de négociation collective du syndicat.

Après avoir reconsidéré la décision *Cariboo College*, la Commission a jugé qu'elle [TRADUCTION] «était allée trop loin» et qu'il y avait [TRADUCTION] «une trop grande rigidité» dans son interprétation antérieure de l'art. 46. Les motifs de ce changement de point de vue sont énoncés en détail par le comité ayant procédé à la nouvelle audition CAIMAW-FIOE. En premier lieu, la Commission a conclu que le [TRADUCTION] «poids de la jurisprudence» favorisait la nouvelle interprétation et elle s'est dite d'avis qu'il était [TRADUCTION] «déplacé» de faire reposer la décision *Cariboo College* sur l'arrêt *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (C.A. Ont.) La Commission a ajouté les motifs suivants qui expliquent son désaccord relativement à l'interprétation donnée dans la décision *Cariboo College*:

Consider, as well, the overall structure of the Labour Code as it is pertinent to the issue under discussion. Section 51 states that where an application for certification is pending, the employer is prohibited, except with the consent of the Labour Board, from altering any terms or conditions of employment of the employees affected by the application. Where a certificate is granted, the prohibition is extended by Section 61 until four months after the issuance of the certificate, or until a collective agreement is reached, whichever occurs first. Of course, by the time Section 61 enters the picture, so has Section 46. Thus, three propositions emerge. First, Section 61 would be quite unnecessary if Section 46 had the *per se* result contemplated by the panel in *Cariboo College*. Second, if that result is correct, the dissipation after four months of the absolute prohibition against unilateral prohibitions (subject only to the consent of the Labour Board) would be rendered illusory. Third, the expiry of the four month period, far from leading to a loosening of restraints on the employer, would lead to a complete sterilization of the capacity to make non-negotiated alterations (subject only to an abandonment by the trade union of its certificate of bargaining authority), regardless of whether the Labour Board might wish to consent. The Board would simply lack the power to consent.

To state such a situation is to repudiate it. Section 51 is a recognition that the pre-certification is the most sensitive of all. Section 61 is an acknowledgement that the early post-certification stage is also quite sensitive; that statutory protection against unilateral employer action continues to be warranted for awhile. But not forever. At some stage, the new collective must stand on its own feet. It must rely on its own negotiating strengths, and its will to resort to the devices of collective bargaining.

As noted by La Forest J., it is apparent that the Board sought to rationalize its conclusion. However, in so doing the Board omitted to consider an essential element of its mandate: s. 27. Had it turned its mind to the fundamental policies expressed in that provision, the Board would have had no choice but to come to a conclusion such as the one previously set forth in *Cariboo College* and to endorse a solution similar to the policies of

[TRANSLATION] Il faut aussi tenir compte de la structure globale du Labour Code puisqu'elle est pertinente en l'espèce. L'article 51 prévoit que lorsqu'une demande d'accréditation a été présentée, l'employeur ne peut, sans le consentement de la commission des relations du travail, modifier une condition de travail des employés touchés par la demande. Lorsqu'une accréditation est accordée, l'interdiction est prolongée, en vertu de l'article 61, jusqu'à l'expiration d'une période de quatre mois suivant l'accréditation ou jusqu'à la signature de la convention collective, selon la première de ces éventualités. Naturellement, lorsque l'article 61 entre en jeu, il en est de même de l'article 46. D'où les trois propositions suivantes. En premier lieu, l'article 61 serait tout à fait inutile si l'article 46 avait en soi le résultat envisagé par le comité dans l'affaire *Cariboo College*. En deuxième lieu, si ce résultat est exact, la suppression, après quatre mois, de l'interdiction absolue d'apporter des modifications unilatérales (sous réserve uniquement de l'autorisation de la commission des relations du travail) deviendrait illusoire. En troisième lieu, l'expiration de la période de quatre mois, loin d'entraîner un relâchement des restrictions imposées à l'employeur, conduirait à une stérilisation complète de la capacité d'apporter des modifications non négociées (sous réserve uniquement de l'abandon par le syndicat de son accréditation à titre d'agent négociateur), peu importe que la commission des relations du travail soit prête éventuellement à donner son consentement. La commission n'aurait tout simplement pas le pouvoir de donner son consentement.

Énoncer une telle situation, c'est la répudier. L'article 51 est une reconnaissance du fait que la période précédant l'accréditation est celle qui est la plus délicate. L'article 61 est une reconnaissance du fait que la période suivant l'accréditation est également très délicate et que la protection, accordée par la Loi, contre l'action unilatérale de l'employeur continue d'être justifiée pendant un certain temps, mais pas pour toujours. À un moment donné, la nouvelle association doit voler de ses propres ailes. Elle doit compter sur ses propres forces de négociation et sur sa volonté d'avoir recours aux mécanismes de la négociation collective.

Comme l'a souligné le juge La Forest, il est évident que la Commission a tenté de justifier rationnellement sa conclusion. Ce faisant, elle a toutefois omis de tenir compte d'un élément essentiel de son mandat: l'art. 27. Si elle avait prêté attention aux directives fondamentales exprimées dans cette disposition, la Commission n'aurait pu faire autrement qu'arriver à une conclusion semblable à celle déjà énoncée dans *Cariboo College*

control which are universally applied in other jurisdictions.

At any rate, the Board's interpretation lacks a proper rationale. While there may be some overlap between the statutory freeze provided for by s. 61 and the principle of exclusive bargaining authority, it does not necessarily follow that s. 61 is rendered unnecessary, nor that the freeze is illusory. Once the agreement is reached, there is no longer any need for the protection afforded by s. 61 and the freeze, because the protection then is afforded by the binding nature of the agreement. Indeed, it is beyond dispute that, during the life of a collective agreement an employer is bound by the terms of the agreement (see s. 64, and *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206, and *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718). This does not render, to quote the panel in the CAIMAW/IBEW re-hearing, "the dissipation . . . of the absolute prohibition against unilateral [alterations] . . . illusory". Simply, the prohibition finds its source elsewhere in the Code. The conclusion of a collective agreement, to use the Board's language, may also "lead to a complete sterilization of the capacity to make non-negotiated alterations"; yet, that is not an undesirable situation. Quite the contrary: parties negotiate precisely with a view to reaching an agreement which will provide certainty in labour relations for a specified period of time.

Moreover, it seems to me that, to be more in line with s. 27, the Board should have given the reasoning in *Cariboo College* a liberal application. The main infringement upon the union's exclusive bargaining authority in that case did not flow from the mere fact that an employer had notified the individual employees personally or through a circular posted in the work place of the proposed alteration of terms. While that may have formed a subordinate part of the problem, the undermining of the union's authority resulted from the fact that changes in the terms and conditions of employ-

et endosser une solution semblable aux politiques de contrôle qui sont universellement appliquées dans d'autres juridictions.

a Quoi qu'il en soit, l'interprétation donnée par la Commission manque de rationalité. Même s'il peut y avoir un certain chevauchement entre le gel prévu par l'art. 61 et le principe du pouvoir exclusif de négociier, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'art. 61 devient inutile ni que le gel est illusoire. Dès que la convention est conclue, la protection garantie par l'art. 61 et le gel ne sont plus nécessaires puisque c'est alors la nature exécutoire de la convention qui assure cette protection. En fait, il est incontestable que, pendant la durée de la convention collective, l'employeur est lié par les conditions qui y sont prescrites (voir l'art. 64, l'arrêt *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, et l'arrêt *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718). Pour paraphraser les termes de la décision du comité dans la nouvelle audition CAIMAW-FIOE, cela ne rend pas «la suppression [. . .] de l'interdiction absolue d'apporter des modifications unilatérales [. . .] illusoire». L'interdiction prend tout simplement sa source ailleurs dans le Code. La conclusion d'une convention collective, pour reprendre les mots de la Commission, peut également «conduir[e] à une stérilisation complète de la capacité d'apporter des modifications non négociées»; pourtant, il ne s'agit pas là d'une situation indésirable.

b Bien au contraire, les parties négocient justement dans le but de conclure une entente qui amènera de la certitude dans les relations du travail pendant une période déterminée.

h De plus, il me semble que pour mieux s'harmoniser à l'art. 27, la Commission aurait dû donner aux motifs de la décision *Cariboo College* une application libérale. Dans cette affaire, l'atteinte principale au pouvoir exclusif de négociier du syndicat ne découlait pas du seul fait qu'un employeur avait avisé les employés, personnellement ou au moyen d'une lettre circulaire affichée dans les lieux de travail, du projet de modification des conditions. Même s'il se peut que cela ait constitué une partie accessoire du problème, il n'en demeure pas moins que la diminution du pouvoir du syndi-

ment were brought about without any participation by the employees' representative. To limit the principle of exclusive bargaining authority as the Board did, namely, as merely requiring the employer to "communicate the terms and conditions of the new post-collective agreement relationship directly to the trade union and not directly to the employees", is to amputate the efficiency of the collective bargaining scheme entrenched in the legislation.

The Court of Appeal found that the alternative proposed by the Board would bring "chaos" to labour relations in British Columbia. The five-member panel of the Court of Appeal determined that it was "patently unreasonable" for the Board to find that the employer had this power, in part because that power conflicted with the need to develop effective industrial relations. For the Court, Seaton J.A. noted:

No foundation is given for the statement that "an employer has the authority under the Labour Code to make unilateral alterations . . ." No section says that; nor does any imply it. The Code as a whole seeks stability resulting from agreement. This new power creates instability resulting from unilateral action. [Emphasis added.]

I share the Court of Appeal's opinion as regards the patently unreasonable nature of unilateral action as allowed by the Board in the present case.

While the foregoing reasons suffice to dispose of the present appeal, I find it necessary to add brief remarks on the procedure followed by the Board.

### III

#### Policy-Making Procedure

The failure of the Board to reject a policy solution contrary to the fundamental objectives of the Act may be due to the fact that the Board chose to make this policy decision within the context of a private adjudication between individual parties. The Board did not benefit from the input other parties may have had to offer in this respect had another route been chosen to formulate its

cat résultait du fait que des modifications aux conditions de travail avaient été apportées sans la participation du représentant des employés. Interpréter, comme l'a fait la Commission, le principe du pouvoir exclusif de négociier comme exigeant simplement que l'employeur [TRADUCTION] «communique les conditions du nouveau contexte post-convention collective directement au syndicat plutôt qu'aux employés», c'est dépouiller de toute efficacité le régime de négociation collective enchâssé dans la Loi.

La Cour d'appel a conclu que la solution de rechange proposée par la Commission entraînerait le «chaos» dans les relations du travail en Colombie-Britannique. Les cinq juges de la Cour d'appel ont statué qu'il était «manifestement déraisonnable» pour la Commission de conclure que l'employeur avait ce pouvoir, en partie parce que ce pouvoir était incompatible avec la nécessité d'instaurer des relations industrielles efficaces. Le juge Seaton fait observer au nom de la cour:

[TRADUCTION] On n'a présenté aucune justification de la prétention selon laquelle «l'employeur a le pouvoir en vertu du Labour Code de procéder à des modifications unilatérales . . .» Aucun article ne prévoit cela ni ne permet de le déduire. Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente. Ce nouveau pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale. [Je souligne.]

Je partage l'opinion de la Cour d'appel quant au caractère manifestement déraisonnable de l'action unilatérale permise par la Commission en l'espèce.

Même si les motifs qui précèdent sont suffisants pour trancher le présent pourvoi, il me paraît nécessaire d'ajouter quelques brèves remarques sur la procédure suivie par la Commission.

### III

#### Procédure d'établissement d'une politique

Le défaut de la Commission de rejeter une solution de principe contraire aux objectifs fondamentaux de la Loi peut s'expliquer par le fait qu'elle a choisi de rendre cette décision de principe dans le cadre d'un litige privé entre deux parties. La Commission n'a pas bénéficié des points de vue que d'autres parties auraient pu exprimer à cet égard si elle avait choisi un autre moyen pour

policy. In that fashion the spectrum of the consequences of the proposed policy may not have been fully brought to the Board's attention.

The Code does provide for mechanisms allowing the Board to broaden the reach and scope of the proceedings before it. The first set of mechanisms involves procedural adjustments which can be brought to the adjudicative hearing:

35. The board, in relation to a proceeding or matter before it, has power to

(a) summon and enforce attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce documents and things the board considers necessary for full investigation and consideration of a matter within its jurisdiction that is before it in the proceeding;

(k) adjourn or postpone the proceeding;

(n) add a party to the proceeding at any stage.

The second involves a more radical change in the nature of the proceedings. The Board is empowered to conduct full-scale, public policy-making hearings during the course of which the Board is more completely liberated from the restrictions inherent to private adjudication:

27. ...

(2) The board may formulate general guidelines to further the operation of this Act; but the board is not bound by those guidelines in the exercise of its powers or the performance of its duties.

(3) In formulating general guidelines the board may request that submissions be made to it by any person.

(4) The board shall make available in writing for publication all general guidelines formulated under this section, and their amendments and revisions.

In a policy-making hearing held under s. 27(2) and (3), any interested party would have the opportunity to make representations thereby en-

formuler sa politique. Il se peut donc que la gamme des conséquences de la politique proposée n'ait pas été portée complètement à l'attention de la Commission.

*a*

Le Code prévoit des mécanismes qui permettent à la Commission d'élargir la portée et l'étendue des procédures dont elle est saisie. Le premier ensemble de mécanismes comporte des rajustements de procédure qui peuvent être apportés à l'audition:

*b*

[TRADUCTION] 35. Eu égard à la procédure ou aux questions dont elle est saisie, la commission a le pouvoir

*c*

a) d'assigner des témoins, de les contraindre à comparaître et à faire des dépositions orales ou écrites, sous serment, ainsi qu'à produire les documents et choses que la commission juge nécessaires pour lui permettre de faire un examen complet d'une question qui relève de sa compétence et dont elle est saisie dans le cadre de la procédure;

*d*

k) d'ajourner ou de reporter la procédure;

*e*

n) d'ajouter une partie à toute étape de la procédure.

*f*

Le deuxième ensemble entraîne une modification plus radicale de la nature de la procédure. La Commission a le pouvoir de tenir des audiences publiques pour l'élaboration d'énoncés de politique, au cours desquelles elle est largement libérée des restrictions inhérentes à un litige privé:

*g*

[TRADUCTION] 27. ...

(2) La commission peut formuler des lignes directrices générales pour faciliter l'application de la présente loi; la commission n'est toutefois pas liée par ces lignes directrices dans l'exercice de ses pouvoirs ou de ses fonctions;

*h*

(3) Pour formuler des lignes directrices générales, la commission peut demander à quiconque de lui soumettre des observations;

*i*

(4) La commission conservera par écrit, à des fins de publication, toutes les lignes directrices générales formulées en vertu du présent article, de même que leurs modifications et révisions.

*j*

Lors d'une audience visant l'établissement d'une politique tenue en vertu des par. 27(2) et (3), toute partie intéressée aurait la possibilité de soumettre

abling the Board to make a policy decision consistent with the public interest and the fundamental purposes of the legislation. These provisions indicate a legislative intent favouring broad participation by the members of the labour relations community in proceedings involving issues of widespread interest. While policy issues may be present in some form in private adjudications, and while the Board is empowered by s. 38 to make declaratory opinions in certain cases, some policy issues necessarily involve the use of the mechanisms provided for by ss. 27 and 35. I would only add that in a case like the present one, where a previous policy orientation is reversed, where the area concerned involves a void in the enabling statute, and where the question raised is of crucial importance to employers, unions and individual employees at large, the matter may more properly have been dealt with in a policy-making hearing.

#### IV

##### Conclusion and Disposition

From the foregoing, I conclude that, in allowing an employer to unilaterally impose the terms of employment upon the termination of a collective agreement subject only to an obligation to bargain in good faith, the Labour Relations Board of British Columbia interpreted the *Labour Code* in a patently unreasonable manner. In so doing, the Board committed a jurisdictional error and its decision cannot stand.

As a result, I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal, itself confirming Meredith J.'s order quashing the Board's decisions and remitting the matter to the Board for further consideration, the whole with costs.

*Appeal allowed with costs, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.*

des observations, ce qui permettrait à la Commission de rendre une décision de principe conforme à l'intérêt public et aux objectifs fondamentaux de la Loi. Ces dispositions traduisent l'intention du législateur de favoriser une large participation des personnes du milieu des relations du travail aux procédures qui mettent en cause des questions d'intérêt général. Même si des questions de principe peuvent se présenter sous certaines formes dans des litiges privés et que la Commission a le pouvoir, en vertu de l'art. 38, de prononcer des opinions déclaratoires dans des cas particuliers, certaines questions de principe supposent nécessairement le recours aux mécanismes prévus aux art. 27 et 35. J'ajouterais seulement que dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, lorsqu'il y a un changement d'orientation de la politique suivie antérieurement, que le domaine en cause révèle une lacune dans la loi habilitante et que la question soulevée est d'une importance cruciale pour les employeurs, les syndicats et les employés en général, la question peut être tranchée de façon plus adéquate dans le cadre d'une audience visant l'établissement d'énoncés de politique.

#### IV

##### Conclusion et dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'en permettant à un employeur d'imposer unilatéralement des conditions de travail à l'expiration d'une convention collective, sous réserve uniquement de l'obligation de négocier de bonne foi, la Labour Relations Board of British Columbia a interprété le *Labour Code* d'une façon manifestement déraisonnable. Ce faisant, la Commission a commis une erreur de compétence et sa décision ne saurait être maintenue.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel qui a elle-même confirmé l'ordonnance du juge Meredith qui avait annulé les décisions de la Commission et renvoyé l'affaire devant la Commission pour nouvel examen, le tout avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.*



*Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Canadian Association of Industrial, Mechanical & Allied Workers, Local 14: Rankin & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Industrial Relations Council of British Columbia: Campney & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée l'Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14: Rankin & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée l'Industrial Relations Council of British Columbia: Campney & Murphy, Vancouver.*

**Cumis Insurance Society Inc. Appellant**

v.

**Jean Lejeune Respondent**

INDEXED AS: LEJEUNE v. CUMIS INSURANCE SOCIETY INC.

File No.: 20743.

1989: June 15; 1989: October 26.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Insurance — Fire insurance — Subject-matter of insurance changed — Building destroyed by fire which started in apartment leased and used as meeting-place — Insured property described in policy as premises “occupied solely as private dwelling” — Use of insured premises changed without knowledge of insurer — Whether insurer justified in refusing to compensate insured — Distinction between aggravation and exclusion of risk — Civil Code of Lower Canada, arts. 2488, 2500, 2566.*

Respondent, the owner of a four-apartment building, leased premises to the Maison des jeunes Inc., which used them for a few hours a day to hold social gatherings. A few months later, the building was destroyed by a fire which started in the hallway of these premises. Appellant refused to compensate respondent because the use of the insured premises was changed without its knowledge. Under the terms of the insurance policy, only buildings described in the policy and occupied as a private dwelling were covered. The Superior Court dismissed respondent's action against appellant, but a majority of the Court of Appeal reversed this judgment. The appeal is to determine whether appellant's refusal to compensate respondent is justified.

*Held:* The appeal should be allowed.

The leasing of the apartment for social gatherings transformed the subject-matter of the insurance and the insurer was therefore justified in refusing to compensate the respondent. The risk which occurred was not that covered by the policy. In view of the finding that the insurance did not cover the loss suffered by respondent, it is not necessary to determine whether the leasing of the apartment for social gatherings aggravated the risk within the meaning of art. 2566 C.C.L.C.

**Cumis Insurance Society Inc. Appelante**

c.

**Jean Lejeune Intimé**

a RÉPERTORIÉ: LEJEUNE c. CUMIS INSURANCE SOCIETY INC.

N° du greffe: 20743.

b 1989: 15 juin; 1989: 26 octobre.

Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Assurance — Assurance-incendie — Changement d'objet de l'assurance — Immeuble détruit par un incendie qui a débuté dans un appartement loué et utilisé comme local de réunions — Biens assurés décrits dans la police comme des locaux «occupés seulement comme maisons d'habitation privées» — Changement d'utilisation des lieux assurés à l'insu de l'assureur — L'assureur est-il justifié de refuser d'indemniser l'assuré? — Distinction entre aggravation et exclusion du risque — Code civil du Bas-Canada, art. 2488, 2500, 2566.*

L'intimé, propriétaire d'un immeuble de quatre appartements, a loué un local à la Maison des jeunes Inc. qui s'en servait quelques heures par jour pour y tenir des réunions sociales. Quelques mois plus tard, l'immeuble a été détruit par un incendie qui a pris naissance dans le vestibule de ce local. L'appelante a refusé d'indemniser l'intimé parce que l'usage des lieux assurés avait été modifié à son insu. Selon les termes de la police d'assurance, seuls les immeubles décrits à la police et occupés pour fin d'habitation privée étaient couverts. La Cour supérieure a rejeté l'action de l'intimé intentée contre l'appelante mais la Cour d'appel a majoritairement infirmé ce jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si le refus de l'appelante d'indemniser l'intimé est justifié.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La location de l'appartement à des fins de réunions sociales a transformé l'objet de l'assurance et l'assureur était donc justifié de refuser d'indemniser l'intimé. Le risque qui s'est réalisé n'était pas celui visé par la police. Vu la conclusion que l'assurance ne couvrait pas la perte subie par l'intimée, il n'est pas nécessaire de déterminer si la location de l'appartement à des fins de réunions sociales aggravait le risque au sens de l'art. 2566 C.c.B.-C.

To determine whether the case is one of exclusion or aggravation of risk, it is necessary to identify what the insurer intended to insure. Once the subject-matter of the insurance has been identified, it must be determined whether the insurer has indicated his intent to insure the risk which has occurred. In the case of exclusion as in the case of aggravation of risk, we are concerned with a risk which was not assumed by the insurer under the insurance contract. When there is an exclusion of risk, the insurer expressly indicates his intent never to cover the risk excluded. If the excluded risk occurs or if a loss occurs outside the specific conditions stated by the policy, the insured will not be entitled to any coverage. When there is an aggravation of risk, the insurer has not specifically undertaken to guarantee the increased risks; but he does not categorically refuse to cover them, reserving the right to assess the situation subsequently and, depending on the circumstances, to require a higher premium or to rescind the contract.

In the case at bar, the facts disclose an "exclusion" rather than an "aggravation" of risk. It is clear from the insurance policy that the insurer intended to insure against fire a building occupied solely for residential purposes. The Maison des jeunes Inc. was using the leased premises for other than residential purposes. The apartment was only occupied for a few hours a day, no meals were prepared or eaten on the premises and no one spent the night in the apartment. Respondent himself admitted the non-residential nature of the use of the leased premises, since he amended the standard lease to indicate that the apartment would be occupied as a meeting-place and not as a dwelling-place. It therefore cannot be said that the building was "occupied solely as a private dwelling" as stipulated in the insurance policy. Respondent insured his building against fire while it was used exclusively for residential purposes, but the loss occurred while the building was used for mixed purposes.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] Q.B. 241; *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Car & General Insurance Corp. v. Therrien*, [1969] Q.B. 144; *Pincourt Restaurant Inc. v. United States Fire Insurance Co.*, [1987] R.R.A. 444.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 2488 [ad. 1974, c. 70, s. 2], 2500 [ad. *idem*; am. 1979, c. 33, s. 47], 2566 [ad. 1974, c. 70, s. 2; am. 1979, c. 33, s. 48].

Pour déterminer s'il s'agit d'exclusion ou d'aggravation de risque, il faut identifier ce que l'assureur avait l'intention d'assurer. Une fois l'objet de l'assurance identifié, il faut déterminer si l'assureur avait manifesté l'intention d'assurer le risque qui s'est réalisé. Dans les cas d'exclusion comme dans les cas d'aggravation de risque, on est en présence d'un risque qui, d'après le contrat d'assurance, n'a pas été pris en charge par l'assureur. Dans un cas d'exclusion de risque, l'assureur manifeste explicitement sa volonté de ne jamais couvrir le risque exclu. Si ce risque exclu se réalise ou si un sinistre se produit en dehors des conditions précises posées par la police, l'assuré n'a droit à aucune garantie. Dans un cas d'aggravation de risque, l'assureur ne s'engage pas, de façon ferme, à garantir les risques aggravés. Mais il ne refuse pas catégoriquement de les couvrir, se réservant d'apprécier ultérieurement la situation et, suivant les cas, d'exiger une surprime ou de résilier le contrat.

En l'espèce, les faits révèlent une «exclusion» plutôt qu'une «aggravation» de risque. Il ressort clairement de la police d'assurance que l'assureur avait l'intention d'assurer contre l'incendie un immeuble occupé uniquement à des fins résidentielles. Or, la Maison des jeunes Inc. se servait du local loué pour des fins autres que résidentielles. L'appartement n'était occupé que quelques heures par jour, aucun repas n'était préparé ou consommé sur les lieux et personne ne passait la nuit dans l'appartement. L'intimé lui-même a reconnu la nature non-résidentielle de l'utilisation des lieux loués puisqu'il a modifié le bail-type afin d'indiquer que l'appartement serait occupé comme local de réunions et non comme maison d'habitation. Il est donc impossible de conclure que l'immeuble était «occupé seulement comme maisons d'habitation privées» tel que stipulé dans la police d'assurance. L'intimé a assuré son immeuble contre l'incendie pendant qu'il servait exclusivement à des fins résidentielles, mais le sinistre s'est réalisé alors que l'immeuble était utilisé à des fins mixtes.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] B.R. 241; *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Car & General Insurance Corp. v. Therrien*, [1969] B.R. 144; *Pincourt Restaurant Inc. v. United States Fire Insurance Co.*, [1987] R.R.A. 444.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 2488 [aj. 1974, chap. 70, art. 2], 2500 [aj. *idem*; mod. 1979, chap. 33, art. 47], 2566 [aj. 1974, chap. 70, art. 2; mod. 1979, chap. 33, art. 48].

*Code des assurances* (France), ss. L. 113-2, L. 113-4, L.113-9.

*Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance* (France), ss. 15, 17, 22.

#### Authors Cited

Belleau, Claude. "Réflexions sur les origines et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurance" (1987), 21 *R.J.T.* 223.

Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1982.

Jacob, Nicolas. *Les assurances*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1979.

Lambert-Faivre, Yvonne. *Droit des assurances*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1985.

Picard, Maurice et André Besson. *Les assurances terrestres*, t. 1, 5<sup>e</sup> éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 1, 21 Q.A.C. 90, which reversed a judgment of the Superior Court, [1985] C.S. 608. Appeal allowed.

*Nicole Laflamme and Martin Gelfland*, for the appellant.

*Jacques Flynn, Q.C.*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—

#### Introduction

A fire destroyed respondent's apartment blocks; appellant refused to compensate him on the ground that the insured premises were not used in accordance with their description in the policy. Is this argument valid regardless of aggravation of risk? If it is, the case raises questions of the interpretation and implementation of arts. 2488, 2500 and 2566, introduced into the *Civil Code of Lower Canada* at the time of the insurance law reform in 1976.

#### Facts and Proceedings

The facts are not in dispute; respondent accepted appellant's statement of the facts, which follows:

[TRANSLATION] Respondent was the owner of a building at Charny, Quebec, containing four family-type

*Code des assurances* (France), art. L. 113-2, L. 113-4, L. 113-9.

*Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance* (France), art. 15, 17, 22.

#### <sup>a</sup> Doctrine citée

Belleau, Claude. «Réflexions sur les origines et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurance» (1987), 21 *R.J.T.* 223.

<sup>b</sup> Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1982.

Jacob, Nicolas. *Les assurances*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1979.

Lambert-Faivre, Yvonne. *Droit des assurances*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1985.

<sup>c</sup> Picard, Maurice et André Besson. *Les assurances terrestres*, t. 1, 5<sup>e</sup> éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 1, 21 Q.A.C. 90, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1985] C.S. 608. Pourvoi accueilli.

<sup>e</sup> *Nicole Laflamme et Martin Gelfland*, pour l'appelante.

*Jacques Flynn, c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

<sup>f</sup> LE JUGE GONTHIER—

#### Introduction

<sup>g</sup> Un incendie a détruit le bloc-appartements de l'intimé; l'appelante a refusé de l'indemniser pour le motif que l'usage des lieux assurés n'était pas conforme à leur description dans la police. Ce motif est-il valable sans égard à une aggravation de risque? S'il l'est, le litige soulève des questions d'interprétation et d'application des art. 2488, 2500 et 2566 introduits au *Code civil du Bas-Canada* lors de la réforme du droit d'assurance en 1976.

#### <sup>i</sup> Les faits et les procédures

Les faits ne sont pas contestés; l'intimé accepte l'exposé des faits de l'appelante qui suit:

<sup>j</sup> L'intimé était propriétaire d'un immeuble à Charny, Québec, comportant quatre locaux d'habitation destinés

dwellings, two on the ground floor and the other two on the first and second floors.

In July 1980 a lease was concluded between respondent and an organization known as the Maison des jeunes Inc. to lease the large premises on the ground floor to the latter. These premises had previously been occupied by a family, but the Maison des jeunes Inc. intended to use them for only a few hours a day to hold meetings for young people between fourteen and eighteen years old.

On January 11, 1981 a fire which started in the ground floor hallway destroyed the building.

Appellant was an insurance company which insured respondent's property. However, it refused to compensate the latter after the fire as the use of the premises had been changed without [appellant's] knowledge, and under the terms of the policy only buildings described in the policy and occupied as a private dwelling were covered.

Respondent accordingly sued appellant in the Superior Court, district of Québec . . . .

Pierre Côté J. handed down his judgment on February 13, 1985, in which he dismissed the action with costs. The plaintiff accordingly appealed from this judgment. The Québec Court of Appeal reversed the trial judgment . . . .

As a consequence of this judgment, appellant asked this Court for leave to appeal.

Leave was granted by this honourable Court on June 2, 1988.

### Relevant Legislation

The case concerns three articles of the *Civil Code of Lower Canada*, arts. 2566, 2488 and 2500:

**2566.** The insured must promptly advise the insurer of any increase in the risk specified in the contract or that resulting from events within his control and which is likely to materially influence a reasonable insurer in the setting of the rate of the premium, the appraisal of the risk or the decision to continue to insure it.

The insurer may then cancel the contract in accordance with article 2567 or propose in writing a new rate of premium which the insured must accept and pay within thirty days of its receipt, failing which the policy ceases to be in force.

au logement de famille, dont deux au rez-de-chaussée, et les deux autres logements situés au premier et deuxième étage.

En juillet 1980 est intervenu un bail entre l'intimé et une organisation appelée la Maison des jeunes Inc. pour louer à cette dernière le grand local au rez-de-chaussée. Alors que ce local avait servi aux fins d'habitation d'une famille au préalable, la Maison des jeunes Inc. entendait s'en servir quelques heures par jour seulement pour y tenir des réunions sociales de jeunes gens âgés entre 14 et 18 ans.

Le 11 janvier 1981, un incendie, qui débuta dans le vestibule du rez-de-chaussée, détruisit l'immeuble.

L'appelante était une compagnie d'assurance qui assurait la propriété de l'intimé. Cependant, elle refusa d'indemniser ce dernier à la suite de l'incendie étant donné que l'usage des lieux avait été modifié, à l'insu de [l'appelante], et selon les termes de la police, seuls les immeubles décrits à la police et occupés pour fin d'habitation privée étaient couverts.

L'intimé a donc poursuivi l'appelante en Cour Supérieure, District de Québec . . . .

L'honorable Juge Pierre Côté rendit jugement le 13 février 1985, dans lequel il rejeta l'action avec dépens. Le demandeur a donc appelé de cette décision. La Cour d'Appel du Québec infirma le jugement de première instance . . . .

En conséquence de ce jugement, l'appelante s'est pourvue devant la présente Cour pour demander permission d'y appeler.

La permission fut accordée par cette Honorable Cour le 2 juin 1988.

### Les dispositions législatives pertinentes

Le litige touche à trois articles du *Code civil du Bas-Canada*, les art. 2566, 2488 et 2500:

**2566.** L'assuré doit communiquer promptement à l'assureur les aggravations de risque spécifiées au contrat, ainsi que celles résultant de ses faits et gestes et qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement du taux de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance.

L'assureur peut alors résilier le contrat selon l'article 2567 ou proposer par écrit un nouveau taux de prime que l'assuré doit accepter et acquitter dans les trente jours de sa réception sans quoi la police cesse d'être en vigueur.

The insurer is deemed to have acquiesced in the change communicated to him if he continues to accept the premiums or pays an indemnity after a loss.

If the insured fails to discharge his obligation under the first paragraph, article 2488 applies *mutatis mutandis*.

**2488.** In damage insurance, unless the bad faith of the proposer is established, the insurer is liable for the risk in the proportion that the premium collected bears to that which it should have collected, except where it is established that it would not have covered the risk if it had known the true facts.

**2500.** Any stipulation which derogates from the prescriptions of . . . the third paragraph of article 2566 . . . is without effect.

Except to the extent that it is more favourable to the policyholder or to the beneficiary, any stipulation which derogates from the prescriptions of . . . the first, second and fourth paragraphs of article 2566 . . . is without effect.

### Lower Court Judgments

#### *Superior Court*

Pierre Côté A.C.J. of the Superior Court found the testimony of the expert witnesses contradictory as to the aggravation of risk resulting from use of the premises leased to the Maison des jeunes Inc. However, in his opinion the use of these premises altered the subject-matter of the insurance. The property insured was described in the insurance policy as a dwelling-place [TRANSLATION] "occupied solely as a private dwelling or . . . [used as] private summer or seasonal residences". Based on the meaning of the terms "dwelling", "residence" and "private", and on certain judgments of the Ontario Supreme Court, Côté A.C.J. held that the premises leased to the Maison des jeunes Inc. had not been used as a "private dwelling". He noted that respondent had taken the trouble to amend the standard lease issued by the Régie des loyers by replacing the word "residence" in the description of the purpose of the premises leased with the word "meeting", so that the amended clause read [TRANSLATION] "These premises will be occupied as a meeting-place".

L'assureur est réputé avoir acquiescé au changement qui lui a été ainsi communiqué s'il continue à accepter les primes ou s'il paye une indemnité après sinistre.

À défaut par l'assuré de remplir son obligation en vertu du premier alinéa, l'article 2488 s'applique *mutatis mutandis*.

**2488.** En assurance de dommages, à moins que la mauvaise foi du proposant ne soit établie, l'assureur est garant du risque dans le rapport de la prime reçue à celle qu'il aurait dû recevoir, sauf s'il est établi qu'il n'aurait pas accepté le risque s'il avait connu les circonstances en cause.

**2500.** Est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions [. . .] du troisième alinéa de l'article 2566 . . .

Sauf dans la mesure où elle est plus favorable au preneur ou au bénéficiaire, est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions [. . .] des premier, deuxième et quatrième alinéas de l'article 2566 . . .

### Les jugements d'instance inférieure

#### *e La Cour supérieure*

Le juge Pierre Côté, juge en chef associé de la Cour supérieure, trouve contradictoire le témoignage des experts sur la question de l'aggravation de risque résultant de l'utilisation des lieux loués à la Maison des jeunes Inc. Cependant, il est d'avis que l'utilisation de ces lieux constituait une transformation de l'objet de l'assurance. Les biens assurés étaient décrits dans la police d'assurance comme Maisons d'habitation «occupés seulement comme Maisons d'habitation privées ou [. . . servant] d'habitations d'été ou saisonnières privées». Se fondant sur la signification des termes «maison d'habitation», «habitation» et «privé», et sur quelques arrêts de la Cour suprême de l'Ontario, le juge Côté détermine que les lieux loués à la Maison des jeunes Inc. n'étaient pas utilisés comme «maison d'habitation privée». Il souligne que l'intimé s'est donné la peine de modifier le bail-type émis par la Régie des loyers en remplaçant le terme «d'habitation» dans la description de la destination des lieux loués par les mots «de réunions», de sorte que la clause modifiée se lit «Ces lieux seront occupés comme local de réunions».

In Côté A.C.J.'s opinion, respondent changed the use of the insured premises by leasing an apartment to the Maison des jeunes Inc. This change in use had the effect of so altering the subject-matter of the insurance that the latter no longer corresponded to the description of it in the insurance contract. He accordingly found in appellant's favour and dismissed respondent's action: [1985] C.S. 608.

#### *Court of Appeal*

A majority of the Court of Appeal reversed the Superior Court's judgment on November 24, 1987: [1988] R.J.Q. 1, 21 Q.A.C. 90.

LeBel J.A., which whom Beauregard J.A. concurred, considered that respondent's act in leasing the premises for social activities did not alter the purpose for which the insured building was used. The parties to the insurance contract had not specifically defined what they meant by "a private dwelling". The activities of the Maison des jeunes Inc., which entailed supervised social gatherings, were very little different from those which from time to time might occur in any family having adolescents or young people among its members. In LeBel J.A.'s opinion, there was nothing in these activities inconsistent with the concept of a private residence. He concluded that the fact that one of the four apartments had been leased to the Maison des jeunes Inc. did not alter the general purpose for which the insured building was used.

The majority of the Court of Appeal also dismissed appellant's argument that the use of the premises leased to the Maison des jeunes Inc. for social gatherings was an aggravation of risk within the meaning of art. 2566 C.C.L.C. Citing *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] Q.B. 241, LeBel J.A. considered that the materiality of changes in the use of premises is a question of law, and that the findings of the trial judge are not binding on the Court of Appeal. LeBel J.A. felt that appellant had not discharged its obligation of establishing that the use of the leased apartment was an aggravation of risk which might have led a reasonable insurer to rescind the insurance contract or to change the premium rates. In the opinion of LeBel

Selon le juge Côté, l'intimé a changé l'utilisation des lieux assurés en louant un appartement à la Maison des jeunes Inc. Ce changement d'utilisation a eu pour effet de transformer l'objet de l'assurance au point où celui-ci n'était plus conforme à la description qu'en faisait le contrat d'assurance. Il a donc donné raison à l'appelante et rejeté l'action de l'intimé: [1985] C.S. 608.

*b*

#### *La Cour d'appel*

La Cour d'appel a majoritairement infirmé le jugement de la Cour supérieure le 24 novembre 1987: [1988] R.J.Q. 1, 21 Q.A.C. 90.

Le juge LeBel, avec lequel le juge Beauregard était d'accord, est d'opinion que l'acte de louer le local pour fins d'activités sociales n'a pas changé la destination de l'immeuble assuré. Les parties au contrat d'assurance n'avaient pas défini spécifiquement ce qu'ils entendaient par «une maison d'habitation privée». Les activités de la Maison des jeunes Inc., comportant des réunions sociales surveillées, ne différaient guère de celles qui pourraient se faire à l'occasion dans toute famille qui compte des adolescents ou des jeunes parmi ses membres. Selon le juge LeBel, il n'y avait rien dans ces activités qui soit incompatible avec la notion d'une résidence privée. Il conclut que le fait de louer un des quatre appartements à la Maison des jeunes Inc. n'a pas changé la destination globale de l'immeuble assuré.

*g*

La majorité de la Cour d'appel rejette également la prétention de l'appelante que l'utilisation des lieux loués à la Maison des jeunes Inc. pour fins de réunions sociales constituait une aggravation de risque au sens de l'art. 2566 C.c.B.-C. Citant *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] B.R. 241, le juge LeBel considère que la matérialité des changements d'utilisation des lieux est une question de droit, et que les conclusions du juge de première instance ne lient pas la Cour d'appel. Le juge LeBel estime que l'appelante ne s'est pas acquittée de son obligation d'établir que l'utilisation de l'appartement loué constituait une aggravation de risque qui aurait pu inciter un assureur raisonnable à résilier le contrat d'assurance ou à

J.A. appellant's administrative policy, which might have led it to cancel the insurance policy if it had known of the use of the premises, could not be a basis for a refusal by appellant to compensate respondent.

Galipeau J. (*ad hoc*), dissenting, concurred in the opinion of the trial judge. He felt that Côté A.C.J. had not erred in finding that occupancy of one of the apartments by the Maison des jeunes Inc. was a change in use, deciding that such a use aggravated the risk and concluding that the insurer would have refused to insure the risk. Galipeau J.A. was also the only one of the lower court judges to discuss the condition in the insurance policy which stipulated that any change in the use of the insured premises without the consent of the insured which had the effect of increasing the risk was a cause for cancelling the policy.

#### Point at Issue and Arguments Made by Parties

Essentially, the point at issue is whether appellant's refusal to compensate respondent is justified. Its refusal will be justified if respondent, in leasing an apartment to the Maison des jeunes Inc. for social gatherings, so altered the subject-matter of the insurance that it no longer corresponded with the description of the insured property given in the insurance policy. His refusal will also be justified if the leasing of the apartment to the Maison des jeunes Inc. created an aggravation of risk within the meaning of arts. 2566 and 2488 *C.C.L.C.* which a reasonable insurer would not have accepted if he had known of it. The parties formulated the points at issue more specifically. Appellant contended that the points at issue are the following:

#### [TRANSLATION]

1. May an insurer, in light of art. 2566 *C.C.*, limit the field of his commercial activities by subscribing for specific risks and covering only certain classes of property or occurrences?
2. What criteria should apply in defining a **reasonable insurer**: should he be defined in comparison with other insurers, and which ones, or should he be

modifier le taux des primes. La politique administrative de l'appelante, qui l'aurait amenée à annuler la police d'assurance si elle avait eu connaissance de l'utilisation des lieux, ne saurait, selon le juge LeBel, justifier le refus de l'appelante d'indemniser l'intimé.

Le juge Galipeau (*ad hoc*), dissident, partage l'opinion du juge de première instance. Il est d'avis que le juge Côté n'a pas erré en considérant que l'occupation d'un des logements par la Maison des jeunes Inc. constituait un changement d'utilisation, en décidant qu'une telle utilisation aggravait le risque, et en concluant que l'assureur aurait refusé d'assurer le risque. Le juge Galipeau est d'ailleurs le seul des juges d'instance inférieure à prendre note de la condition de la police d'assurance qui stipule que tout changement dans l'utilisation des lieux assurés, fait sans le consentement de l'assuré et qui augmente le risque, est cause de nullité de la police.

#### La question en litige et les moyens invoqués par les parties

Essentiellement, la question en litige est de savoir si le refus de l'appelante d'indemniser l'intimé est justifié. Son refus sera justifié si l'intimé, en louant un appartement à la Maison des jeunes Inc. pour fins de réunions sociales, a transformé l'objet de l'assurance au point où il ne correspondait plus à la description des biens assurés qui en était faite dans la police d'assurance. Son refus sera également justifié si la location de l'appartement à la Maison des jeunes Inc. créait, au sens des art. 2566 et 2488 *C.c.B.-C.*, une aggravation de risque qu'un assureur raisonnable n'aurait pas accepté s'il l'avait connue. Les parties ont formulé les questions en litige d'une façon plus spécifique. L'appelante soutient que les questions en litige sont les suivantes:

1. Un assureur peut-il, eu égard à l'article 2566 *C.c.*, limiter son champ d'opération commercial en souscrivant pour des risques spécifiés et visant uniquement certaines catégories de biens ou d'événements?
2. Quels critères doit-on retenir pour définir l'**assureur raisonnable**; doit-il être apprécié en comparaison avec



defined arbitrarily, according to an objective or subjective criterion?

Respondent, for his part, formulated the points at issue as follows:

[TRANSLATION]

1. Did the Court of Appeal have the right to conclude contrary to the Superior Court that the lease made with Maison des jeunes Inc. of Charny was not an aggravation of the risk?
2. If the answer to the first question is no, can a reasonable insurer in the circumstances be the specific insurer only—the insurer in concreto—which here is saying that it would not have covered the risk in question?

Appellant devoted most of its argument to the concept of the materiality of the facts which the insured had a duty to make known to the insurer. In appellant's submission, there is a conflict in the case law which makes it difficult or impossible to know whether a particular fact is material. The decided cases suggest three criteria of materiality. The first, very objective, criterion requires that the fact be directly connected with the actual nature of the risk covered: *Alliance Insurance Co. of Philadelphia, supra*, and *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.) The second holds that materiality of the fact can be determined from the practice of insurers: *Car & General Insurance Corp. v. Therrien*, [1969] Q.B. 144. The third, subjective, criterion appears to accept that materiality depends on the particular circumstances giving rise to the risk at issue: *Pincourt Restaurant Inc. v. United States Fire Insurance Co.*, [1987] R.R.A. 444 (C.A.)

Appellant proposed that a uniform approach be adopted. It argued that uniformity on the question of materiality could be achieved if the latter were

[TRANSLATION] ... determined on the basis of a number of factors, which could vary with each case. We can undoubtedly take into consideration the operations and practices of the insurer in question when the circumstances so require, the practice of other insurers and all the particular facts of the case. It thus follows that materiality is a question of fact left to be determined by the trial court.

d'autres assureurs et lesquels, ou doit-il être défini arbitrairement, selon un critère objectif ou subjectif?

L'intimé, pour sa part, formule les questions en litige ainsi:

*a*

1. La Cour d'Appel avait-elle le droit de conclure à l'encontre de la Cour Supérieure que le bail consenti à la Maison des jeunes Inc. de Charny ne constituait pas une aggravation du risque?
2. Si la réponse à la première question devait être négative, l'assureur raisonnable peut-il en l'occurrence être celui du cas d'espèce seulement—l'assureur in concreto—qui ici affirme qu'il n'aurait pas couvert le risque en question?

*b*

*c*

*d*

*e*

*f*

*g*

*h*

*i*

*j*

L'appelante consacre la majeure partie de son argumentation au concept de la matérialité des faits dont l'assuré a l'obligation d'avertir l'assureur. Selon l'appelante, il existe une confusion jurisprudentielle qui rend difficile sinon impossible de savoir si un fait quelconque est matériel ou non. La jurisprudence offre trois critères de matérialité. Le premier, très objectif, exige que le fait soit directement relié à la nature même du risque couvert: *Alliance Insurance Co. of Philadelphia*, précité, et *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.) Le deuxième permet d'établir la matérialité du fait à partir de la pratique des assureurs: *Car & General Insurance Corp. v. Therrien*, [1969] B.R. 144. Le troisième, subjectif, semble accepter que la matérialité est fonction des circonstances particulières qui donnent lieu au risque en jeu: *Pincourt Restaurant Inc. c. United States Fire Insurance Co.*, [1987] R.R.A. 444 (C.A.)

L'appelante propose l'adoption d'une approche uniforme. Elle avance que l'uniformité en matière de matérialité pourrait être atteinte si celle-ci était

... déterminée selon un ensemble de facteurs, lesquels pourraient aussi variées (*sic*) selon chaque cas. Sans doute, pouvons-nous retenir comme considérant les opérations et les pratiques de l'assureur en cause, lorsque les circonstances l'exigent, la pratique d'autres assureurs ainsi que l'ensemble des faits particuliers au cas d'espèce. Il en découle donc que la matérialité devient une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal de première instance.

Appellant accordingly asked that the Court of Appeal judgment be reversed and the Superior Court judgment reinstated.

Respondent subscribed to the opinion of the majority of the Court of Appeal. In respondent's submission, the majority of the Court of Appeal properly concluded that the lease to the Maison des jeunes Inc. did not essentially alter the subject-matter of the insurance and that the use of the premises as a location for supervised meetings did not aggravate the risk. The Court of Appeal was not bound by the trial judge's findings in this regard, as materiality is a question of law.

Respondent argued that the precedents are not in conflict as regards the materiality of facts. The legislature itself has indicated in art. 2566 *C.C.L.C.* that the materiality of a fact is to be determined using the objective criterion of the "reasonable insurer", not in relation to the practices of the insurer in question. The Court of Appeal recently confirmed this interpretation of the term "reasonable insurer" in *Madill v. Lirette, supra*.

Respondent asked that the appeal be dismissed.

#### Analysis

In my view, the main question raised by the case at bar is the relationship between art. 2566 *C.C.L.C.* and the description of the subject-matter of the insurance contained in the insurance policy. In this regard I feel that the parties have taken the wrong route. Before it is established that art. 2566 applies, the problems of interpreting that article and identifying the criteria of materiality do not arise. Our first task is therefore to determine whether leasing to the Maison des jeunes Inc. transformed the subject-matter of the insurance or was simply an aggravation of the risk appellant agreed to cover. This task requires the Court to consider the interaction between art. 2566 *C.C.L.C.* and the definition of the subject-matter of the insurance.

Article 2566 *C.C.L.C.*, which incorporates art. 2488 *mutatis mutandis*, provides that the insured must inform the insurer of "any increase in the risk specified in the contract or that resulting from

L'appelante demande par conséquent que le jugement de la Cour d'appel soit infirmé et que le jugement de la Cour supérieure soit rétabli.

<sup>a</sup> L'intimé adhère à l'opinion de la majorité de la Cour d'appel. Selon l'intimé, c'est à bon droit que la majorité de la Cour d'appel a conclu que le bail consenti à la Maison des jeunes Inc. ne changeait pas substantiellement l'objet assuré et que l'utilisation des lieux comme local de réunions surveillées n'aggravait pas le risque. La Cour d'appel n'était pas liée par les conclusions du juge de première instance à cet égard, la matérialité étant une question de droit.

<sup>c</sup> L'intimé soutient qu'il n'y a aucune confusion jurisprudentielle en ce qui concerne la matérialité des faits. Le législateur lui-même a indiqué à l'art. 2566 *C.c.B.-C.* que la matérialité d'un fait doit être établie à l'aide du critère objectif de «assureur raisonnable», et non par rapport aux pratiques de l'assureur en l'espèce. La Cour d'appel a tout récemment confirmé cette interprétation du terme «assureur raisonnable» dans l'affaire *Madill c. Lirette*, précitée.

L'intimé demande que l'appel soit rejeté.

#### Analyse

<sup>f</sup> À mon avis, la question principale soulevée par cette affaire est la relation entre l'art. 2566 *C.c.B.-C.* et la description de l'objet de l'assurance contenue dans la police d'assurance. À cet égard, je crois que les parties se sont fourvoyées. Avant qu'il ne soit établi que l'art. 2566 s'applique, les problèmes d'interprétation de cet article et d'identification des critères de la matérialité ne se posent pas. Notre première tâche est donc de déterminer si la location à la Maison des jeunes Inc. a transformé l'objet de l'assurance ou s'il s'agit simplement d'une aggravation du risque que l'appelante a consenti à couvrir. Cette tâche nécessite un examen de l'interaction entre l'art. 2566 *C.c.B.-C.* et la définition de l'objet de l'assurance.

<sup>j</sup> L'article 2566 *C.c.B.-C.*, qui incorpore l'art. 2488 *mutatis mutandis*, prévoit que l'assuré doit informer l'assureur des «aggravations de risque spécifiées au contrat, ainsi que celles résultant de

events within his control and which is likely to materially influence a reasonable insurer". However, the contract will not necessarily be cancelled if the insured neglects to inform the insurer of such increases in risk. Provided the insured is in good faith, the insurer is "liable for the risk in the proportion that the premium collected bears to that which it should have collected", unless the insurer establishes that it would not have covered the risk if it had known the true facts. Article 2500 provides that the third paragraph of art. 2566 may not be derogated from by stipulation, while the other provisions of art. 2566 may be derogated from only in so far as the derogation is more favourable to the policyholder or the beneficiary. These provisions are new: they were introduced into the *Civil Code of Lower Canada* in October 1976 and were then amended by the *Act to amend the Act respecting insurance and to again amend the Civil Code*, S.Q. 1979, c. 33. Professor Belleau explains in his article "Réflexions sur les origines et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurance" (1987), 21 *R.J.Q.* 223, at p. 226, that arts. 2488 and 2566 *C.C.L.C.* are based on the French statute of July 13, 1930:

[TRANSLATION] Additionally, most of the new rules as regards damage insurance were borrowed from the French statute of July 13, 1930 dealing with the insurance contract. Some borrowings are direct importations from French law; others have been taken from the Faribault Report, which in the late fifties proposed a complete reform of Quebec insurance law modelled on the French statute of 1930. The use of French solutions may also be explained by the limited interest shown by the general insurance sector at that time in this reform of the Civil Code dealing with insurance. Accordingly, to cope with the absence from Quebec law of general rules applicable to all damage insurance, the drafters had no choice but to turn to French law and the Faribault Report.

In fact, the extent of the influence of the French statute can be seen by comparing the wording of ss. 17 and 22 of this statute (ss. L.113-4 and L.133-9 since the codification of French insurance law in 1976) with arts. 2566 and 2488 of the *Civil Code*:

ses faits et gestes et qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable». Cependant, la nullité du contrat ne s'ensuit pas nécessairement si l'assuré néglige d'avertir l'assureur de telles aggravations de risque. Pourvu que l'assuré soit de bonne foi, l'assureur est «garant du risque dans le rapport de la prime reçue à celle qu'il aurait dû recevoir», à moins que l'assureur n'établisse qu'il n'aurait pas assuré le risque s'il avait connu les circonstances en cause. L'article 2500 stipule que le troisième alinéa de l'art. 2566 est d'ordre public absolu, tandis que l'on ne peut déroger aux autres dispositions de l'art. 2566 sauf dans la mesure où la dérogation est plus favorable au preneur ou au bénéficiaire. Ces dispositions sont nouvelles: elles ont été introduites au *Code civil du Bas-Canada* en octobre 1976, et ont été modifiées ensuite par la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et modifiant de nouveau le Code civil*, L.Q. 1979, chap. 33. Le professeur Belleau explique dans son article «Réflexions sur les origines et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurance» (1987), 21 *R.J.Q.* 223, à la p. 226, que les art. 2488 et 2566 *C.C.B.-C.* s'inspirent de la loi française du 13 juillet 1930:

En matière d'assurance de dommages, par ailleurs, la plupart des règles nouvelles ont été empruntées à la loi française du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance. Certains emprunts sont des importations directes du droit français; d'autres proviennent du Rapport Faribault qui avait proposé à la fin des années cinquante une réforme complète du droit des assurances québécois suivant le modèle de la loi française de 1930. Le recours à des solutions françaises s'explique aussi par l'intérêt limité que le secteur de l'assurance générale a alors manifesté pour cette réforme du Code civil sur l'assurance. C'est donc pour pallier l'absence en droit québécois de règles générales applicables à toutes les assurances de dommages que les rédacteurs n'ont pas eu d'autre choix que de se tourner vers le droit français et le Rapport Faribault.

En fait, on perçoit l'étendue de l'influence de la loi française en comparant le texte des art. 17 et 22 de cette loi (art. L.113-4 et L.113-9 depuis la codification du droit français d'assurance en 1976) avec les art. 2566 et 2488 du *Code civil*:

[TRANSLATION] 17. [L.113-4] When the insured by his own act increases the risk so that, if the new state of affairs had existed at the time of the contract, the insurer would not have contracted or would only have done so for a higher premium, the insured must first make this known to the insurer by registered mail.

When the risk is increased without any act by the insured, the latter must make this known by registered mail within not more than eight days from the time he learns of the increased risk.

In either case, the insurer has the option of rescinding the contract or of offering a new premium rate. If the insured does not accept this new rate the policy will be rescinded and the insurer, in the situation described in paragraph one above, retains the right to claim compensation in the courts.

However, the insurer can no longer rely on the increase in risk when, having been informed of this in any way, he indicates his consent to continuing the insurance, in particular by continuing to receive premiums or by paying compensation after a loss has occurred.

22. [L.113-9] Any omission or inaccurate statement by an insured who is not shown to have acted in bad faith shall not cause the insurance to be void.

If it is discovered before any loss has occurred, the insurer is entitled either to continue the contract in return for the acceptance of an increased premium by the insured or to rescind the contract ten days after notifying the insured by registered mail, and returning the portion of the premium paid for the time that will not be covered by the insurance.

If the discovery is not made until after a loss has occurred, the compensation will be reduced in the proportion of the premium rate paid to the premium rate which would have been due if the risk had been fully and exactly stated.

**2566.** The insured must promptly advise the insurer of any increase in the risk specified in the contract or that resulting from events within his control and which is likely to materially influence a reasonable insurer in the setting of the rate of the premium, the appraisal of the risk or the decision to continue to insure it.

The insurer may then cancel the contract in accordance with article 2567 or propose in writing a new rate of premium which the insured must accept and pay within thirty days of its receipt, failing which the policy ceases to be in force.

17. [L.113-4] Quand, par son fait, l'assuré aggrave les risques de telle façon que, si le nouvel état de choses avait existé lors du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assuré doit en faire préalablement la déclaration à l'assureur par lettre recommandée.

Quand les risques sont aggravés sans le fait de l'assuré, celui-ci doit en faire la déclaration par lettre recommandée, dans un délai maximum de huit jours à partir du moment où il a eu connaissance du fait de l'aggravation.

Dans l'un et l'autre cas, l'assureur a la faculté soit de résilier le contrat, soit de proposer un nouveau taux de prime. Si l'assuré n'accepte pas ce nouveau taux, la police est résiliée et l'assureur, dans le cas du premier alinéa ci-dessus, conserve le droit de réclamer une indemnité devant les tribunaux.

Toutefois, l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques quand, après en avoir été informé de quelque manière que ce soit, il a manifesté son consentement au maintien de l'assurance, spécialement en continuant à recevoir les primes ou en payant, après un sinistre, une indemnité.

22. [L.113-9] L'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance.

Si elle est constatée avant tout sinistre, l'assureur a le droit, soit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus.

Dans le cas où la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés.

**2566.** L'assuré doit communiquer promptement à l'assureur les aggravations de risque spécifiées au contrat, ainsi que celles résultant de ses faits et gestes et qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement du taux de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance.

L'assureur peut alors résilier le contrat selon l'article 2567 ou proposer par écrit un nouveau taux de prime que l'assuré doit accepter et acquitter dans les trente jours de sa réception sans quoi la police cesse d'être en vigueur.

The insurer is deemed to have acquiesced in the change communicated to him if he continues to accept the premiums or pays an indemnity after a loss.

If the insured fails to discharge his obligation under the first paragraph, article 2488 applies *mutatis mutandis*.

**2488.** In damage insurance, unless the bad faith of the proposer is established, the insurer is liable for the risk in the proportion that the premium collected bears to that which it should have collected, except where it is established that it would not have covered the risk if it had known the true facts.

The obligation of the insured to inform the insurer of an increase in the risk is not as great in French law as under the *Civil Code*. Section 15 of the statute of 1930 (now s. L.113-2) describes the obligations of the insured. Paragraph 3 of that section reads as follows:

[TRANSLATION] 3° To inform the insurer in accordance with section 17 [L.113-4] of the circumstances specified in the policy the effect of which is to increase the risk;

Under this provision, the insured only has to inform the insurer of circumstances specifically mentioned in the insurance policy: Picard and Besson, *Les assurances terrestres* (5th ed. 1982), t. 1, at p. 132. On the other hand, under art. 2566 C.C.L.C., the insured must inform the insurer not only of the risks specified in the contract but also of any risk resulting from events within his control.

French insurance law and the provisions of the *Civil Code* dealing with insurance also differ in the concepts of a "reasonable insurer" and "material influence" contained in art. 2566 C.C.L.C. There are two sources for these concepts: decisions of the courts prior to the reform of Title Fifth of the *Civil Code* and the uniform legislation of other Canadian jurisdictions. Before the reform of the *Civil Code* dealing with insurance, the insured's obligation to make a declaration was covered by art. 2485 C.C.L.C.:

**2485.** The insured is obliged to represent to the insurer fully and fairly every fact which shows the nature and extent of the risk, and which may prevent the undertaking of it, or affect the rate of premium.

L'assureur est réputé avoir acquiescé au changement qui lui a été ainsi communiqué s'il continue à accepter les primes ou s'il paye une indemnité après sinistre.

<sup>a</sup> À défaut par l'assuré de remplir son obligation en vertu du premier alinéa, l'article 2488 s'applique *mutatis mutandis*.

**2488.** En assurance de dommages, à moins que la mauvaise foi du proposant ne soit établie, l'assureur est garant du risque dans le rapport de la prime reçue à celle qu'il aurait dû recevoir, sauf s'il est établi qu'il n'aurait pas accepté le risque s'il avait connu les circonstances en cause.

<sup>c</sup> L'obligation de l'assuré d'avertir l'assureur d'une aggravation de risque est moins étendue en droit français qu'en vertu du *Code civil*. L'article 15 de la loi de 1930 (maintenant l'art. L.113-2) décrit les obligations de l'assuré. L'alinéa 3 de cet article se lit comme suit:

<sup>d</sup> 3° De déclarer à l'assureur, conformément à l'article 17 [L.113-4], les circonstances spécifiées dans la police qui ont pour conséquence d'aggraver les risques;

<sup>e</sup> En vertu de cette disposition, l'assuré n'a qu'à avertir l'assureur des circonstances spécifiquement mentionnées dans la police d'assurance: Picard et Besson, *Les assurances terrestres* (5<sup>e</sup> éd. 1982), t. 1, à la p. 132. Par contre, en vertu de l'art. 2566 C.C.B.-C., l'assuré doit avertir l'assureur non seulement des risques spécifiés au contrat mais également de tout risque qui résulte de ses faits et gestes.

<sup>g</sup> Le droit français de l'assurance et les dispositions du *Code civil* en matière d'assurance se distinguent aussi par les concepts «d'assureur raisonnable» et «d'influence importante» qui se trouvent à l'art. 2566 C.C.B.-C. Ces concepts ont deux sources: la jurisprudence précédant la réforme du titre cinquième du *Code civil* et la législation uniforme des autres ressorts du Canada. Avant la réforme du *Code civil* en matière d'assurance, l'obligation de l'assuré de déclarer était régie par l'art. 2485 C.C.B.-C.:

<sup>j</sup> **2485.** L'assuré est tenu de déclarer pleinement et franchement tout fait qui peut indiquer la nature et l'étendue du risque, empêcher de l'assumer, ou influencer sur le taux de la prime.

The Quebec courts had long accepted that art. 2485 required that only material facts be represented. In 1953, the Court of Appeal had held in *Alliance Insurance Co. of Philadelphia, supra*, that materiality was a mixed question of law and fact and that the materiality of a fact had to be determined objectively applying the criterion of the reasonable insurer or insurers in general, rather than the subjective criterion of the particular insurer.

All the Canadian common law provinces have adopted legislation imposing a uniform condition on all fire insurance contracts. This condition requires, if the insurance contract is not to be avoided, that the insured inform the insurer of any change material to the risk:

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

In their text titled *Insurance Law in Canada* (1982), at p. 101, Professors Brown and Menezes explain that at common law a fact will be material if "proper disclosure would influence a reasonable insurer to decline the risk or stipulate for a higher premium". The sources of art. 2566 C.C.L.C. are thus the case law developed by the Quebec courts before the insurance law reform, the uniform legislation of the common law provinces of Canada and French insurance law. The special contribution of French law is the introduction of the idea of proportional compensation in the event of an increase in risk which is not notified.

The relationship between art. 2566 C.C.L.C. and the definition of the subject-matter of the insur-

Les tribunaux du Québec avaient accepté depuis longtemps que l'art. 2485 n'exigeait que la déclaration de faits matériels. En 1953, la Cour d'appel avait décidé dans l'affaire *Alliance Insurance Co. of Philadelphia*, précitée, que la matérialité était une question mixte de droit et de fait, et que la matérialité d'un fait devait être déterminée d'une façon objective, selon le critère de l'assureur raisonnable ou des assureurs en général, au lieu du critère subjectif de l'assureur en l'espèce.

Toutes les provinces de *common law* du Canada ont légiféré pour imposer une condition uniforme à tous les contrats d'assurance contre l'incendie. Cette condition exige, sous peine de nullité du contrat de l'assurance, que l'assuré informe l'assureur de tout changement de circonstances qui est matériel au risque:

4. Tout changement dans les circonstances constitutives du risque qui vient à la connaissance de l'Assuré et sur laquelle il peut exercer un contrôle est une cause de nullité de la partie du contrat qu'elle affecte, à moins que l'Assureur ou son représentant local n'en soit promptement avisé par écrit. L'Assureur peut alors résilier le contrat et, le cas échéant, rembourser la portion non acquise de la prime acquittée par l'Assuré, ou aviser l'Assuré par écrit qu'il doit, s'il désire que le contrat demeure en vigueur, acquitter dans les quinze jours suivant réception de l'avis, une prime additionnelle sous peine de résiliation du contrat, auquel cas l'Assureur lui rembourse, le cas échéant, la portion non acquise de la prime qu'il a payée.

Dans leur ouvrage intitulé *Insurance Law in Canada* (1982), à la p. 101, les professeurs Brown et Menezes expliquent qu'en *common law*, un fait sera matériel si [TRADUCTION] «ce fait peut amener l'assureur raisonnable qui en a été dûment informé à refuser de couvrir le risque ou à demander une prime plus élevée.» Les sources de l'art. 2566 C.c.B.-C. sont donc la jurisprudence développée par les tribunaux québécois avant la réforme du droit d'assurance, la législation uniforme des provinces *common law* du Canada et le droit français d'assurance. L'apport particulier du droit français est l'introduction de l'idée de l'indemnité proportionnelle au cas d'une aggravation de risque non notifiée.

La relation entre l'art. 2566 C.c.B.-C. et la définition de l'objet de l'assurance est compliquée

ance is complicated in the case at bar by the fact that the insurance policy contains a condition that appears to deal with the factual situation presented by the case:

[TRANSLATION] 3. Any alteration in the use or condition of the thing insured from those to which it is limited by the policy, made without the consent of the insurer, by means within the control of the insured or with his knowledge, and which increases the risk, will be a basis for cancelling the policy unless the company, or its local agent, is promptly notified of such change; and when so notified the company may return the premium for the unexpired period and cancel the policy, or it may propose an additional premium in writing, which if the insured wishes to continue the policy he shall pay to the company forthwith: if the insured fails to make such payment forthwith on receiving such proposal, the policy shall cease to be in effect.

This stipulation presents certain problems of interpretation, and unfortunately none of the parties seems to have thought it necessary to refer to the matter in their argument. The first part of the condition adopts word for word the text of the old art. 2574 *C.C.L.C.*; the second part appears to be taken from the provisions of art. 2566, which replaced the old art. 2574 *C.C.L.C.* There are contradictions between the provisions of art. 2566 *C.C.L.C.*, which are of public order, and those of condition 3. To begin with, condition 3 requires that the insured inform the insurer of the risks specified in the policy even if those risks are not likely to “materially influence a reasonable insurer in the setting of the rate of premium, the appraisal of the risk or the decision to continue to insure it”, to use the words of art. 2566 *C.C.L.C.* Article 2566 *C.C.L.C.* and condition 3 also differ in that condition 3 provides that the contract will be void if the insured fails to inform the insurer of the specified risks. Clearly, this stipulation contradicts paragraph 4 of art. 2566 *C.C.L.C.*: it is therefore without effect to the extent of the contradiction. An insurer may not escape the peremptory provisions of the insurance law reform by reproducing in the contract the terms of legislation that has now been superseded. If condition 3 was amended to make it consistent with art. 2566, the condition would be hardly different from that article. For all practical purposes, then, the only purpose served by condition 3 is to require the insured to notify

en l'espèce par le fait que la police d'assurance comprend une condition qui semble traiter de la situation factuelle présentée par le litige:

<sup>a</sup> 3. Tout changement dans l'usage ou l'état de la chose assurée, tel que restreint par la police, fait sans le consentement de l'assureur, par des moyens sur lesquels l'assuré a un contrôle ou dont il a connaissance et qui augmente le risque, est une cause de nullité de la police, à moins qu'avis de tel changement ne soit promptement donné par écrit à la compagnie ou à son agent local; et la compagnie ainsi avertie peut remettre la prime pour la période non expirée et annuler la police, ou elle peut demander par écrit une prime additionnelle que l'assuré doit, s'il désire la continuation de la police, payer immédiatement à la compagnie; et si l'assuré néglige de faire ce paiement immédiatement après avoir reçu cette demande, la police cesse d'être en vigueur.

<sup>a</sup> Cette stipulation présente certaines difficultés d'interprétation et malheureusement, aucune des parties semble avoir cru nécessaire d'y faire référence dans leur argumentation. La première partie de la condition reprend, mot par mot, le texte de l'ancien art. 2574 *C.c.B.-C.*; la deuxième partie paraît être tirée des dispositions de l'art. 2566, qui a remplacé l'ancien art. 2574 *C.c.B.-C.* Il y a des contradictions entre les dispositions de l'art. 2566 *C.c.B.-C.*, qui sont d'ordre public, et celles de la condition 3. En premier lieu, la condition 3 exige que l'assuré avertisse l'assureur des risques spécifiés à la police même si ces risques ne sont pas de nature «à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement du taux de prime, l'appréciation du risque ou la décision de maintenir l'assurance», pour reprendre les mots de l'art. 2566 *C.c.B.-C.* L'article 2566 *C.c.B.-C.* et la condition 3 diffèrent aussi en ce que la condition 3 prévoit que la nullité du contrat résulte du défaut par l'assuré d'avertir l'assureur des risques spécifiés. Évidemment, cette stipulation contredit le quatrième alinéa de l'art. 2566 *C.c.B.-C.*: elle est donc sans effet dans la mesure de la contradiction.

<sup>i</sup> Un assureur ne saurait, en reproduisant dans le contrat les termes d'une disposition législative maintenant caduque, échapper aux dispositions impératives de la réforme du droit d'assurance. Si la condition 3 était modifiée pour la rendre conforme à l'art. 2566, la condition ne se distinguerait guère de cet article. À toutes fins utiles, alors, la

the insurer of the existence of the specified risks, namely a change in the condition or use of the insured property. Condition 3 is not helpful in solving the questions presented by the case at bar.

Because arts. 2566 and 2488 *C.C.L.C.* were not introduced into Quebec law until 1976, academic commentary and court decisions in Quebec dealing with the relation between an aggravation of the risk covered and a change in the subject-matter of the insurance are few and far between, if they exist. In France, on the other hand, it has been possible to obtain proportional compensation in cases of increased risk since the thirties, and French jurists have had occasion to discuss this matter. Several writers, such as Professor Lambert-Faivre (*Droit des assurances* (5th ed. 1985), at pp. 142-43), Mr. Jacob (*Les assurances* (2nd ed. 1979), at pp. 106-7) and Professors Picard and Besson (*Les assurances terrestres*, *op. cit.*) indicate that it is difficult to distinguish increased risk from exclusion of risk. Professors Picard and Besson distinguish them as follows, at p. 135 of their text:

[TRANSLATION] On the other hand, one must distinguish between aggravation of risk and *exclusion of risk or non-insurance*. The distinction really rests on a question of nature between aggravation and exclusion of risk: in either case, we are concerned with a risk which was not assumed by the insurer under the contract. Looking at the two situations, however, the intent of the parties and in particular of the insurer is not the same and does not have the same consequences. When there is an exclusion of risk, the insurer expressly indicates his intent never to cover the risk excluded: he states in advance that he will not assume it, so that if the excluded risk occurs or if, what amounts to the same thing, a loss occurs outside the specific conditions stated by the policy, the insured will not be entitled to any coverage: in such a case there will simply be no insurance . . . Aggravation of risk, on the contrary, is a risk which though not assumed in the contract is capable of being subsequently covered by it. An insurer certainly does not specifically undertake to guarantee increased risks; but he does not categorically refuse to cover them, reserving the right to assess the situation subsequently and, depending on the circumstances, to require a higher premium or to rescind the contract . . .

condition 3 ne sert qu'à obliger l'assuré de notifier l'assureur de l'existence des risques spécifiés, c'est-à-dire un changement dans l'état ou l'usage du bien assuré. La condition 3 n'est pas utile à la résolution des questions soulevées par le présent litige.

Parce que les art. 2566 et 2488 *C.c.B.-C.* n'ont été introduits en droit québécois qu'en 1976, la doctrine et la jurisprudence québécoises qui traitent de la relation entre l'aggravation du risque couvert et le changement de l'objet de l'assurance sont très peu abondantes sinon inexistantes. Par contre, la possibilité d'obtenir indemnité proportionnelle au cas d'une aggravation de risque existe en France depuis les années 30, et les juristes français ont eu l'occasion d'en traiter. Plusieurs auteurs, tels que la professeur Lambert-Faivre (*Droit des assurances* (5<sup>e</sup> éd. 1985), aux pp. 142 et 143), M<sup>e</sup> Jacob (*Les assurances* (2<sup>e</sup> éd. 1979), aux pp. 106 et 107) et les professeurs Picard et Besson (*Les assurances terrestres*, *op. cit.*), indiquent qu'il est difficile de distinguer l'aggravation de risque de l'exclusion de risque. Les professeurs Picard et Besson les distinguent comme suit à la p. 135 de leur ouvrage:

Il faut d'autre part, de l'aggravation de risque, distinguer l'*exclusion de risque ou non-assurance*. La distinction repose, en réalité, sur une question de nature entre l'aggravation et l'exclusion de risque: dans l'un et l'autre cas, on est en présence d'un risque qui, d'après le contrat, n'a pas été pris en charge par l'assureur. Mais, au regard de ces deux situations, la volonté des parties, spécialement de l'assureur, n'est pas la même et ne produit pas les mêmes effets. Lorsqu'il y a exclusion de risque, l'assureur manifeste explicitement sa volonté de ne jamais couvrir le risque exclu: à l'avance, il déclare ne pas le prendre en charge, de sorte que, si ce risque exclu se réalise ou si, ce qui revient au même, un sinistre se produit en dehors des conditions précises posées par la police, l'assuré n'a droit à aucune garantie: il y a en ce cas purement et simplement non-assurance [. . .] Au contraire l'aggravation de risque est un risque qui, non pris en charge dans le contrat, est susceptible de l'être par la suite. Certes l'assureur ne s'engage pas, de façon ferme, à garantir les risques aggravés. Mais il ne refuse pas catégoriquement de les couvrir, se réservant d'apprécier ultérieurement la situation et, suivant les cas, d'exiger une surprime ou de résilier . . .



Accordingly, to determine whether the case at bar is one of increased risk or exclusion of risk, it will be necessary to identify from a careful reading of the insurance policy what the insurer intended to insure. Once the subject-matter of the insurance has been identified, it must be determined whether the insurer has indicated his intent to insure the risk which has occurred. The policy describes the subject-matter of the insurance contract in clear terms. Under the heading [TRANSLATION] "Insured Property", para. (i) of clause (a) reads as follows:

[TRANSLATION] If the insurance limits and premiums determined are stipulated in the Declarations of this policy under coverage A—DWELLING PLACES—BUILDINGS—for risks OF FIRE OR FIRE AND SUPPLEMENTARY COVERAGE only: this rider covers up to and including these limits, the buildings as defined herein, while occupied solely as PRIVATE DWELLINGS or used as PRIVATE SUMMER OR SEASONAL RESIDENCES, as the case may be (or if they are in the course of construction, which are to be occupied in this way) and located on the premises at the site or sites indicated. [Emphasis added.]

It is apparent from the passage underlined that the insurer intended to insure against fire a building occupied solely for residential purposes. It is also clear that the Maison des jeunes Inc. was using the leased premises for other than residential purposes. The apartment was only occupied for a few hours a day, no meals were prepared or eaten on the premises and no one spent the night in the apartment. As the trial judge pointed out, respondent himself appears to have admitted the non-residential nature of the use of the leased premises, since he amended the standard lease to indicate that the apartment would be occupied as a meeting-place and not as a dwelling-place. In light of these facts, it cannot be said that respondent's property was "occupied solely as a private dwelling" as stipulated in the insurance policy. Accordingly, the facts disclose an "exclusion of risk" rather than an aggravation of risk. Respondent insured his building against fire while it was used exclusively for residential purposes, but the loss in the case at bar occurred when the building was used for mixed

Ainsi, pour déterminer s'il s'agit d'aggravation de risque ou d'exclusion de risque en l'espèce, il faut, moyennant une étude attentive de la police d'assurance, identifier ce que l'assureur avait l'intention d'assurer. Une fois l'objet de l'assurance identifié, il faut déterminer si l'assureur avait manifesté l'intention d'assurer le risque qui s'est réalisé. La police décrit en termes claires l'objet du contrat d'assurance. Sous la rubrique de «Biens assurés», l'art. (i) de la clause (a) se lit comme suit:

Si des limites d'assurance et des primes déterminées sont stipulées dans les Déclarations de la présente police sous la couverture A—LOCAUX D'HABITATION—BÂTIMENTS—pour les risques D'INCENDIE OU D'INCENDIE ET DE COUVERTURE SUPPLÉMENTAIRE, seulement: le présent avenant couvre jusqu'à concurrence de ces limites, les bâtiments tels qu'ils sont définis dans les présentes, pendant qu'ils sont occupés seulement comme MAISONS D'HABITATION PRIVÉES ou qu'ils servent D'HABITATIONS D'ÉTÉ OU SAISONNIÈRES PRIVÉES selon le cas (ou s'ils sont en voie de construction, qui doivent être ainsi occupés), et situés sur les lieux à l'emplacement ou aux emplacements indiqués. [Je souligne.]

Il ressort clairement du passage souligné que l'assureur avait l'intention d'assurer contre l'incendie un immeuble occupé uniquement à des fins résidentielles. Il est également clair que la Maison des jeunes Inc. se servait du local loué pour des fins autres que résidentielles. L'appartement n'était occupé que quelques heures par jour, aucun repas ne s'est préparé ni consommé sur les lieux, et personne ne passait la nuit dans l'appartement. Comme le juge de première instance a souligné, l'intimé lui-même semble avoir reconnu la nature non-résidentielle de l'utilisation des lieux loués, étant donné qu'il a modifié le bail-type afin d'indiquer que l'appartement serait occupé comme local de réunions et non comme maison d'habitation. À la lumière de ces faits, il est impossible de dire que l'immeuble de l'intimé était «occupé seulement comme maisons d'habitation privées» tel que stipulé dans la police d'assurance. Ainsi, les faits révèlent une «exclusion de risque» plutôt qu'une aggravation de risque. L'intimé a assuré son immeuble contre l'incendie pendant qu'il servait

purposes. In short, the risk which occurred was not that covered by the insurance policy.

In view of my finding that the insurance did not cover the loss suffered by respondent, I do not think it is necessary to determine whether the leasing of the apartment to the Maison des jeunes Inc. aggravated the risk within the meaning of art. 2566 C.C.L.C. Article 2566 C.C.L.C. provides that the insured must communicate any aggravation of risk, not any change in the subject-matter of the insurance. This obligation is clearly premised on the assumption that the subject-matter of the insurance will remain the same, without regard to any event or circumstance that might aggravate the risk.

As to costs, it is not appropriate that any be awarded in this Court, as the appeal was brought by the insurer on a question of principle rather than in connection with this particular dispute.

#### Conclusion

For the foregoing reasons I would allow the appeal and, reinstating the trial judgment, I would dismiss the action with costs at trial and in the Court of Appeal but make no award of costs in this Court.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro & Associés, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Flynn, Rivard, Québec.*

exclusivement à des fins résidentielles, mais le sinistre en l'espèce s'est réalisé alors que l'immeuble était utilisé à des fins mixtes. Bref, le risque qui s'est réalisé n'est pas celui visé par la police d'assurance.

Vu ma conclusion que l'assurance ne couvrait pas la perte subie par l'intimé, je ne trouve pas nécessaire de déterminer si la location de l'appartement à la Maison des jeunes Inc. aggravait le risque au sens de l'art. 2566 C.c.B.-C. En effet, l'art. 2566 C.c.B.-C. prévoit que l'assuré doit communiquer toute aggravation de risque et non pas tout changement dans l'objet de l'assurance. La prémisses de cette obligation est évidemment que l'objet de l'assurance demeure le même, sans égard à un événement ou circonstance qui aggraverait le risque.

Quant aux dépens, il n'y a pas lieu d'en adjuger devant cette Cour, l'appel ayant été interjeté par l'assureur sur une question de principe plutôt qu'en regard du litige particulier.

#### Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, j'accueillerai le pourvoi et, rétablissant le jugement de première instance, je rejeterai l'action avec dépens en première instance et en Cour d'appel mais sans adjudication quant aux dépens dans cette Cour.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Flynn, Rivard, Québec.*

**John Gordon Hare, Robert Thomas Dyer,  
Geraldine McCreight, Margaret McCreight**  
*Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HARE

File Nos.: 20752, 20694, 20621, 21127.

1989: November 2.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier,  
Cory and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Directed verdict — Manslaughter —  
Whether trial judge erred in directing a verdict of  
acquittal.*

#### Cases Cited

**Applied:** *United States of America v. Shephard*,  
[1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1  
S.C.R. 802; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154.

APPEALS from a judgment of the Ontario  
Court of Appeal<sup>1</sup>, allowing the Crown's appeal  
from the appellants' acquittal on charges of man-  
slaughter. Appeals dismissed.

*Christopher Hicks*, for the appellant Hare.

*David Harris*, for the appellant Dyer.

*Keith E. Wright*, for the appellant Geraldine  
McCreight.

*M. Block*, for the appellant Margaret  
McCreight.

*W. J. Blacklock*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

LAMER J.—We are all of the view that under  
the rules set down in *Shephard*, *Mezzo* and, more  
recently, *Monteleone*, the Court of Appeal did not  
err in the particular circumstances of the case in

<sup>1</sup> Ont. C.A., No. 211/86, July 13, 1987.

**John Gordon Hare, Robert Thomas Dyer,  
Geraldine McCreight, Margaret McCreight**  
*Appellants*

a c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HARE

b N° du greffe: 20752, 20694, 20621, 21127.

1989: 2 novembre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka,  
Gonthier, Cory et McLachlin.

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

*Droit criminel — Verdict imposé — Homicide invo-  
lontaire coupable — Le juge du procès a-t-il eu tort  
d'imposer un verdict d'acquiescement?*

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *États-Unis d'Amérique c. Shep-  
hard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986]  
1 R.C.S. 802; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel  
de l'Ontario<sup>1</sup>, qui a accueilli l'appel du ministre  
public contre le verdict d'acquiescement des appe-  
lants prononcé à l'égard d'accusations d'homicide  
involontaire coupable. Pourvois rejetés.

*Christopher Hicks*, pour l'appelant Hare.

8 *David Harris*, pour l'appelant Dyer.

*Keith E. Wright*, pour l'appelante Geraldine  
McCreight.

h *M. Block*, pour l'appelante Margaret  
McCreight.

*W. J. Blacklock*, pour l'intimée.

i Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis  
qu'en vertu des règles énoncées dans les arrêts  
*Shephard*, *Mezzo* et, plus récemment, *Monteleone*,  
la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ordon-

<sup>1</sup> C.A. Ont., n° 211/86, 13 juillet 1987.

ordering a new trial. The appeals are accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant Hare: Christopher Hicks, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Dyer: Carter, McCombs and Minden, Toronto.*

*Solicitor for the appellant Geraldine McCreight: Keith E. Wright, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Margaret McCreight: Stephen Price & Associates, Toronto.*

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

nant un nouveau procès, dans les circonstances particulières de l'affaire. Par conséquent, les pourvois sont rejetés.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appellant Hare: Christopher Hicks, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant Dyer: Carter, McCombs and Minden, Toronto.*

*Procureur de l'appelante Geraldine McCreight: Keith E. Wright, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante Margaret McCreight: Stephen Price & Associates, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Air Canada Appellant**

v.

**Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia, the Attorney General of British Columbia, the Minister of Finance of the Province of British Columbia and E. J. Turner in his capacity as Commissioner, *Social Service Tax Act* Respondents**

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. v. BRITISH COLUMBIA (RE-HEARING)

File No.: 19602.

Re-hearing: 1989: November 6.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

APPLICATION TO VARY JUDGMENT OF SUPREME COURT OF CANADA

*Judgments and orders — Judgment varied — Interest — Prejudgment and postjudgment interest awarded.*

RE-HEARING of an appeal, [1989] 1 S.C.R. 1133, for the purpose of varying the judgment. Application to vary judgment allowed on re-hearing.

D. M. M. Goldie, *Q.C.*, for the appellant.

W. G. Burke-Robertson, *Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—An order will go that the Social Service Tax judgment of this Court dated May 4, 1989, be varied to provide that the judgment include prejudgment interest at the District Registrar's rate from time to time in force from the date of the several remittances to March 15, 1984, and that postjudgment interest on the judgment including prejudgment interest be awarded for the period following March 15, 1989. The appellant is entitled to its costs of the re-hearing.

**Air Canada Appelante**

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, le ministre des finances de la province de la Colombie-Britannique et E. J. Turner en sa qualité de commissaire en vertu de la *Social Service Tax Act* Intimés**

b

RÉPERTORIÉ: LIGNES AÉRIENNES CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (NOUVELLE AUDITION)

c

N° du greffe: 19602.

Nouvelle audition: 1989: 6 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

d

REQUÊTE EN MODIFICATION D'UN JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

*Jugements et ordonnances — Modification de jugement — Intérêts — Adjudication d'intérêts avant et après jugement.*

NOUVELLE AUDITION d'un pourvoi, [1989] 1 R.C.S. 1133, en vue de modifier le jugement rendu. Requête en modification de jugement accueillie suite à la nouvelle audition.

D. M. M. Goldie, *c.r.*, pour l'appelante.

g

W. G. Burke-Robertson, *c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il est ordonné que l'arrêt rendu par notre Cour, le 4 mai 1989, relativement à la taxe sur les services sociaux soit modifié de manière à prévoir que le jugement inclue les intérêts courus avant le jugement selon le taux du registrateur de district en vigueur à compter des divers paiements effectués jusqu'au 15 mars 1984, et que les intérêts courus après le jugement qui inclut les intérêts avant jugement soient accordés pour la période suivant le 15 mars 1984. L'appelante a droit à ses dépens relatifs à la nouvelle audition.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitor for the respondents: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureur des intimés: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

**Canadian National Railway Company and the Attorney General of Canada** *Appellants*

v.

**Robert Pasco, Chief of the Oregon Jack Creek Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Oregon Jack Creek Indian Band, and others** *Respondents*

and between

**Her Majesty The Queen in right of the province of British Columbia and the Attorney General of Canada** *Appellants*

v.

**Robert Pasco, Chief of the Oregon Jack Creek Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Oregon Jack Creek Indian Bank, and others** *Respondents*

and

**Nuu-Chah-Nulth Tribal Council** *Intervener*

INDEXED AS: OREGON JACK CREEK INDIAN BAND v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO.

File Nos.: 21420, 21452.

1989: November 7.

Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Civil procedure — Pleadings — Amendments — Whether Court of Appeal erred in permitting pleadings to be amended.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 344, 56 D.L.R. (4th) 404, setting aside a judgment of Meredith J.<sup>1</sup>, dismissing respondents'

<sup>1</sup> (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 263 and supplementary reasons dated June 29, 1988 (unreported).

**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et le procureur général du Canada** *Appelants*

a c.

**Robert Pasco, chef de la bande indienne Oregon Jack Creek, en son propre nom et en celui de tous les autres membres de la bande indienne Oregon Jack Creek, et autres** *Intimés*

et entre

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada** *Appellants*

c.

a **Robert Pasco, chef de la bande indienne Oregon Jack Creek, en son propre nom et en celui de tous les autres membres de la bande indienne Oregon Jack Creek, et autres** *Intimés*

e

et

**Conseil de tribu Nuuchah-Nulth** *Intervenant*

f RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE OREGON JACK CREEK c. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA

N<sup>os</sup> du greffe: 21420, 21452.

g 1989: 7 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

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

*Procédure civile — Actes de procédure — Modifications — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de permettre la modification des actes de procédure?*

i POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 344, 56 D.L.R. (4th) 404, qui a infirmé une décision du juge Meredith<sup>1</sup>, qui avait rejeté une

<sup>1</sup> (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 263 et motifs complémentaires en date du 29 juin 1988 (inédits).

application to amend their statement of claim. Appeal dismissed<sup>2</sup>.

*E. C. Chiasson, Q.C., and P. G. Foy, for the appellant Canadian National Railway Co.*

*B. Rendell, for the appellant Her Majesty the Queen in right of British Columbia.*

*M. Marvyn Koenigsberg, for the appellant the Attorney General of Canada.*

*A. Pape and Leslie J. Pender, for the respondents.*

*Paul Rosenberg, David Rosenberg and Jack Woodward, for the intervener.*

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you, Mr. Pape. We are unanimous in our view that the appeal should be dismissed, and Justice McLachlin will deliver the judgment of the Court.

MCLACHLIN J.—The issue on this appeal is whether the plaintiffs (respondents) should be permitted to make certain amendments to their pleadings.

The plaintiffs' claim is for declarations, an injunction, and for damages based upon both aboriginal rights and more specific rights arising from the application of the *Indian Act*.

Thirty-six Indian chiefs commenced an action against the C.N.R., alleging that the construction proposed by the C.N.R. in connection with a second track would involve rock fill encroaching on several areas of the Thompson River bed and the dumping of rocks and gravel, adversely affecting the habitat of the fish in both the Thompson and Fraser Rivers. Each chief commenced an action on behalf of himself and all other members of his Band. The application to the chambers judge was for leave to amend the style of cause and the statement of claim to advance a claim, not only on behalf of the members of each Band but also on

<sup>2</sup> Motion for a re-hearing dismissed, January 25, 1990, [1990] S.C.R., Vol. 1.

requête des intimés visant à obtenir l'autorisation de modifier leur déclaration. Pourvoi rejeté<sup>2</sup>.

*E. C. Chiasson, c.r., et P. G. Foy, pour l'appelante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.*

*B. Rendell, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.*

*M. Marvyn Koenigsberg, pour l'appelant le procureur général du Canada.*

*A. Pape et Leslie J. Pender, pour les intimés.*

*Paul Rosenberg, David Rosenberg et Jack Woodward, pour l'intervenant.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Pape. Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté et c'est le juge McLachlin qui va rendre le jugement de la Cour.

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de déterminer s'il y a lieu de permettre aux demandeurs (intimés) d'apporter certaines modifications à leurs actes de procédure.

Les demandeurs sollicitent des jugements déclaratoires, une injonction et des dommages-intérêts fondés à la fois sur des droits ancestraux et sur des droits plus précis découlant de l'application de la *Loi sur les Indiens*.

Trente-six chefs indiens ont intenté une action contre la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada («C.N.») en faisant valoir que le projet de construction par le C.N. d'une seconde voie ferrée comporterait des travaux de remblai à divers endroits où passe la rivière Thompson et le déversement de roches et de gravier qui détérioreraient l'habitat des poissons vivants dans la rivière Thompson et le fleuve Fraser. Chaque chef a intenté une action en son propre nom et en celui de tous les autres membres de sa bande. La requête adressée au juge en chambre visait à obtenir l'autorisation de modifier l'intitulé de la cause et la

<sup>2</sup> Requête en nouvelle audition rejetée, 25 janvier 1990, [1990] R.C.S., Vol. 1.



behalf of the members of three Indian Nations. The action is framed as a personal one.

The defendants (appellants) sought particulars as to the authority of the chiefs to bring claims on behalf of the Nations. The plaintiffs responded that the actions were personal in nature and that hence no authority was required.

The appellants maintain that the proposed amended pleadings are bad. They assert that the claims are communal in nature, and that the proposed personal actions as members of the Nations cannot be maintained.

In our opinion, the issue of authority to bring the claims, like the issue of the personal entitlement, if any, of the members of the Band or Nations is a question of fact or mixed fact and law which is best determined by the trial judge. For these reasons, we are of the view that the Court of Appeal was correct in permitting the pleadings to be amended.

Having said that, it appears to us that the possible conflict between the rights alleged on behalf of the Band and the rights alleged on behalf of the Nations may cause problems at the trial and the plaintiffs might be well advised to reconsider its pleadings. However, in our view, this is a matter for the trial judge.

The appeal is dismissed. There will be costs to the plaintiffs, in the cause, in this Court and in the courts below.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant Canadian National Railway Co.: Ladner Downs, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen in right of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

déclaration de manière à faire une revendication non seulement au nom des membres de chaque bande, mais encore au nom de trois nations indiennes (les «Nations»). L'action est à titre personnel.

<sup>a</sup> Les défendeurs (appellants) ont demandé des précisions sur le pouvoir des chefs d'ester en justice au nom des Nations. Les demandeurs ont répondu que les actions étaient de nature personnelle et, partant, qu'aucun pouvoir n'était requis.

<sup>b</sup> Les appelants soutiennent que les projets de modification des actes de procédure sont mauvais. Elles font valoir que les revendications sont de nature collective et que les actions personnelles que l'on compte intenter en qualité de membre des Nations ne sauraient tenir.

<sup>c</sup> À notre avis, la question du pouvoir d'intenter les actions, tout comme celle du droit personnel, s'il y a lieu, des membres de la bande ou des Nations est une question de fait ou une question mixte de fait et de droit que le juge de première instance est mieux en mesure de déterminer. Pour ces motifs, nous sommes d'avis que la Cour d'appel a eu raison d'autoriser la modification des actes de procédure.

<sup>d</sup> Compte tenu de ce qui précède, il nous semble que la possibilité de conflit entre les droits qu'on fait valoir au nom de la bande et ceux qu'on invoque au nom des Nations est susceptible de causer des problèmes en première instance et il pourrait être sage que les demandeurs réexaminent ses actes de procédure. Nous estimons cependant que c'est au juge de première instance qu'il incombe de trancher cette question.

<sup>e</sup> Le pourvoi est rejeté, avec dépens à suivre en faveur des demandeurs en notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

*Jugement en conséquence.*

<sup>f</sup> *Procureurs de l'appelante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Ladner Downs, Vancouver.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

*Procureur de l'appellant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs des intimés: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

**Appeal of** [SIN omitted] **Leading Seaman**  
**William Kenneth Ionson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. IONSON

File No.: 20363.

1989: November 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL  
COURT OF CANADA

*Courts — Jurisdiction — Martial Court — Drug offences — Serviceman found in possession of cocaine outside the base — Serviceman off duty and in civilian dress at the time of the offence — Whether military tribunal had jurisdiction to try the serviceman for possession of a narcotic — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 3(1).*

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada<sup>1</sup>, dismissing appellant's appeal from his conviction on a charge of possession of a narcotic contrary to s. 3(1) of the *Narcotic Control Act* and s. 120 of the *National Defence Act*. Appeal dismissed.

*Jeremy G. Carr*, for the appellant.

*Gerald H. McCracken, Q.C.*, and *Peter A. Tinsley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal as of right. We are all of the view that the Court Martial Appeal Court of Canada did not err in the result. The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Salmond, Linge & Carr, Victoria.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

<sup>1</sup> C.M.A.C., No. 259, March 10, 1987.

**Pourvoi du matelot de 1<sup>re</sup> classe William**  
**Kenneth Ionson** [NAS omis] *Appellant*

c.

**a Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. IONSON

N° du greffe: 20363.

**b** 1989: 8 novembre.

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

**c** EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR  
MARTIALE DU CANADA

*Tribunaux — Compétence — Cour martiale — Infractions relatives aux stupéfiants — Soldat en possession de cocaïne à l'extérieur de la base — Soldat en quartier libre et en civil au moment de l'infraction — Un tribunal militaire avait-il compétence pour juger le soldat pour possession d'un stupéfiant? — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 120 — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1).*

**e** POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada<sup>1</sup>, qui a rejeté l'appel de l'appellant déclaré coupable de possession d'un stupéfiant en contravention au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants* et à l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale*. Pourvoi rejeté.

*Jeremy G. Carr*, pour l'appellant.

**g** *Gerald H. McCracken, c.r.*, et *Peter A. Tinsley*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

**h** LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada a eu raison de statuer comme elle l'a fait. Le pourvoi est donc rejeté.

**i** *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Salmond, Linge & Carr, Victoria.*

*Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*

<sup>1</sup> C.A.C.M., n° 259, 10 mars 1987.

**Alan Gustaf Nygaard** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**John Alexander Schimmens** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NYGAARD

File Nos.: 20491, 20494.

1989: May 26; 1989: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Mens rea — First degree murder — Serious bodily harm known to be likely to cause death and reckless as to whether death ensues — Whether or not planning and deliberation required for first degree murder incompatible with mens rea for murder through infliction of serious bodily harm causing death — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a)(ii), 214(2).*

*Evidence — Admissibility — Wiretaps — Cross-examination as to credibility of witness — Witness' statements incompatible with statements in intercepted communication — Criminal Code provisions respecting admissibility not met — Whether or not reversible error made by trial judge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.16, 613(1)(b)(iii).*

A man was brutally murdered as a result of a petty dispute which arose when a cheque used to pay for a \$100 car stereo bounced. The stereo had been purchased from Nygaard by Meeks and was paid for by a cheque signed by two friends. Nygaard arrived at Meeks' room accompanied by two men. One of the men struck Meeks several times on the forehead with a baseball bat and broke his arm which was raised to protect his face. The man, later identified as Schimmens, then asked who had signed the cheque and proceeded to attack him viciously with the bat. The victim died at hospital of multiple skull fractures. Schimmens and Nygaard were charged with murder under s. 212(a)(ii) of the *Criminal Code*: Schimmens was alleged to have meant to cause bodily

**Alan Gustaf Nygaard** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

et entre

**John Alexander Schimmens** *Appelant*

c.

b

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. NYGAARD

N<sup>os</sup> du greffe: 20491, 20494.

c

1989: 26 mai; 1989: 9 novembre.

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

d

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

*Droit criminel — Mens rea — Meurtre au premier degré — Lésions corporelles graves qu'on sait être de nature à causer la mort et indifférence que la mort s'ensuive ou non — La préméditation requise pour un meurtre au premier degré est-elle incompatible avec la mens rea requise pour un meurtre résultant de lésions corporelles graves causant la mort? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212a)(ii), 214(2).*

*Preuve — Admissibilité — Écoute électronique — Contre-interrogatoire quant à la crédibilité d'un témoin — Déclarations du témoin incompatibles avec les déclarations de la communication interceptée — Non-respect des dispositions du Code criminel concernant l'admissibilité — Le juge du procès a-t-il commis une erreur donnant lieu à révision? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16, 613(1)(b)(iii).*

Un homme a été tué brutalement par suite d'une dispute insignifiante parce qu'un chèque utilisé pour payer un autoradio de 100 \$ était sans provision. Meeks avait acheté un autoradio à Nygaard et l'avait payé avec un chèque signé par deux amis. Nygaard est arrivé à la chambre de Meeks en compagnie de deux autres hommes. L'un d'eux a frappé Meeks au front à plusieurs reprises avec un bâton de baseball et lui a cassé le bras avec lequel il tentait de se protéger le visage. L'agresseur, identifié ultérieurement comme étant Schimmens, lui a ensuite demandé qui avait signé le chèque et a commencé à le frapper violemment avec le bâton. La victime est décédée à l'hôpital par suite de fractures multiples du crâne. Schimmens et Nygaard ont été

harm knowing it could likely cause death and was reckless as to whether or not death would ensue and Nygaard was alleged to be a party to the offence. They were convicted of first degree murder pursuant to s. 214(2) which requires that the murder be planned and deliberate.

Nygaard called no evidence. His position was that he was not "a party" to the offence within the meaning of s. 21 of the *Code*. The Crown's case against Schimmens was primarily based on the testimony which identified him. Schimmens' defence was an alibi supported by two witnesses. One of these witnesses gave testimony when confronted with excerpts from intercepted conversations, which conflicted with earlier testimony. The result was that the witness' credibility was seriously damaged and the alibi defence devastated. The Crown successfully argued that the use of the wiretaps related only to the witness' credibility and that Schimmens was never cross-examined with regard to the intercepted conversations. The Court of Appeal found the use of the wiretap evidence to be lawful and upheld appellants' convictions.

Two issues were raised here. First, is the element of planning and deliberation required by s. 214(2) of the *Criminal Code* incompatible with the requisite *mens rea* for s. 212(a)(ii)? Secondly, did the trial judge make a reversible error when he permitted Crown counsel to cross-examine a witness upon statements made by her in an intercepted telephone conversation when the provisions of s. 178.16 of the *Code* had not first been complied with?

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeals should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka and Cory JJ.: Section 214 is purely a classification section for sentencing purposes and does not create a separate substantive offence. The element of planning and deliberation justifies the harsher sentence. The term "planned" means that the scheme was conceived and carefully thought out before it was executed, and "deliberate" means considered, not impulsive.

A first degree murder conviction can be sustained by virtue of the combined operation of s. 214(2) and s. 212(a)(ii). The essential element of s. 212(a)(ii) is the intention to cause bodily harm of such a grave and serious nature that the accused knew that it was likely to result in the death of the victim. The aspect of reckless-

accusés de meurtre en vertu du sous-al. 212a)(ii) du *Code criminel*. On a prétendu que Schimmens avait eu l'intention de causer des lésions corporelles sachant qu'elles étaient de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non et que Nygaard était partie à l'infraction. Ils ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré conformément au par. 214(2) qui exige que le meurtre soit prémédité.

Nygaard n'a présenté aucune preuve. Il prétend qu'il n'était pas «partie» à l'infraction au sens de l'art. 21 du *Code*. La preuve du ministère public contre Schimmens était essentiellement fondée sur le témoignage au cours duquel on l'a identifié. Schimmens a présenté une défense d'alibi confirmée par deux témoins. L'un de ces témoins, lorsqu'il a été confronté avec des extraits de conversations interceptées, a fait un témoignage qui contredisait son témoignage antérieur. La crédibilité du témoin a donc été sérieusement minée ainsi que la défense d'alibi. Le ministère public a soutenu avec succès que l'utilisation des communications interceptées ne portait que sur la crédibilité du témoin et que Schimmens n'avait jamais été contre-interrogé quant aux conversations interceptées. La Cour d'appel a conclu que l'utilisation de la preuve des communications interceptées était légale et a confirmé les déclarations de culpabilité des appelants.

Ce pourvoi soulève deux questions. Premièrement, l'élément de la préméditation, exigé au par. 214(2) du *Code criminel*, est-il incompatible avec la *mens rea* requise au sous-al. 212a)(ii)? Deuxièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a permis au ministère public de contre-interroger un témoin sur des déclarations faites au cours d'une conversation téléphonique interceptée, sans d'abord se conformer aux dispositions de l'art. 178.16 du *Code*?

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Les pourvois sont accueillis.

*Le* juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, Sopinka et Cory: L'article 214 ne constitue qu'un article de classification aux fins de la détermination de la peine et ne crée pas d'infraction distincte. L'élément de préméditation justifie une peine plus sévère. «Prémédité» signifie projeté et soigneusement pensé au préalable, ainsi que délibéré, par opposition à impulsif.

Une déclaration de meurtre au premier degré peut être justifiée par l'effet combiné du par. 214(2) et du sous-al. 212a)(ii). L'élément essentiel du sous-al. 212a)(ii) est l'intention de causer des lésions corporelles d'une nature tellement grave et sérieuse que l'accusé sait qu'elles sont de nature à causer la mort de la victime. En

ness is almost an afterthought in so far as the basic intent is concerned: it is the attitude of one who is aware of the danger the prohibited conduct could bring about and yet persists in that conduct despite the knowledge of the risk. The infliction of terrible bodily harm that will likely result in death can be planned and deliberate; continuing and persisting in that conduct despite the knowledge of the risk must be a part of that planning and deliberation. Nothing is added to the aspect of planning and deliberation by the requirement that the fatal assault be carried out in a reckless manner. The difference in the *mens rea* where the intent was to cause death and where the intent was to cause bodily harm knowing death could ensue was too slight to be taken into account.

The interception of private communications is an offence unless made either with consent of a participant in the conversation or in accordance with the procedure set out in the *Code*. Neither participant here consented to the wiretap, no *voir dire* was held to determine if the interception had been made in accordance with the *Code's* procedures and the defence had not been informed that the evidence would be used. The evidence ostensibly was not being used against an originator (Schimmens) in that it was being used to impeach the credibility of a witness. In fact, however, it was being used against the originator Schimmens to destroy his alibi defence. The Crown was attempting to do indirectly what it could not do directly and to allow such a procedure could result in widespread abuse and a fundamental unfairness to accused persons.

This was not a proper case to invoke the saving provisions of s. 613(1)(b)(iii). The conversations might have been readily admitted if a *voir dire* had been held but it was impossible to determine that in the absence of such a *voir dire*. To assume their admissibility would be to assume without any evidence that the requirements of the *Code* had been complied with.

A new trial was ordered for both Schimmens and Nygaard in order to obviate a situation where Schimmens, the prime mover of the crime, might be found guilty of second degree murder at the second trial while Nygaard, a party to the offence, had been found guilty of first degree murder at the first.

*Per La Forest, Gonthier and McLachlin JJ.:* The reasons of Cory and L'Heureux-Dubé JJ. were agreed with on the first issue.

regard de l'intention fondamentale, l'aspect de l'insouciance constitue presque une pensée après coup: c'est l'attitude de celui qui, conscient du danger que risque d'entraîner sa conduite prohibée, persiste néanmoins dans sa conduite malgré la connaissance du risque. Le fait d'infliger de terribles lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort peut être prémédité; l'intention de poursuivre cette conduite et de persister malgré la connaissance du risque doit faire partie de la préméditation. On n'ajoute rien à l'élément de préméditation en exigeant que l'agression fatale soit exécutée avec insouciance. La différence dans la *mens rea* lorsque l'intention était de causer la mort et lorsque l'intention était de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort est trop mince pour qu'on en tienne compte.

L'interception de communications privées constitue une infraction à moins qu'elle ne soit faite avec le consentement d'un participant à la communication ou en conformité avec la procédure établie dans le *Code*. En l'espèce, aucun participant n'a consenti à l'interception des communications, aucun voir-dire n'a été tenu pour déterminer si l'interception avait été faite en conformité avec la procédure du *Code* et la défense n'a pas été avisée que la preuve serait utilisée. En apparence, la preuve n'était pas utilisée contre son auteur (Schimmens), mais pour attaquer la crédibilité d'un témoin. Dans les faits cependant, la conversation interceptée était utilisée contre son auteur Schimmens pour détruire sa défense d'alibi. Le ministère public tentait de faire indirectement ce qui lui était interdit de faire directement et permettre une telle procédure pourrait entraîner des abus généralisés et constituer une injustice fondamentale envers les accusés.

Il ne s'agit pas d'un cas approprié pour invoquer les dispositions correctrices du sous-al. 613(1)(b)(iii). Les conversations auraient pu être immédiatement admises si un voir-dire avait été tenu, mais il est impossible de l'affirmer en l'absence de ce voir-dire. Présumer leur admissibilité reviendrait à présumer sans preuve que les exigences du *Code* ont été respectées.

Un nouveau procès est ordonné pour Schimmens et Nygaard pour éviter une situation où Schimmens, l'auteur principal du crime, pourrait être déclaré coupable de meurtre au second degré à l'occasion d'un second procès alors que Nygaard, partie au crime, a déjà été déclaré coupable de meurtre au premier degré au premier procès.

*Les juges La Forest, Gonthier et McLachlin* souscrivent aux motifs des juges Cory et L'Heureux-Dubé quant à la première question.

“Admissible as evidence” is a term of art in the law of evidence which designates putting evidence on which the jury can rely in its deliberations into the record. Cross-examination on a prior statement does not make that statement evidence. A statement may become evidence if the person who made it admitted making it and acknowledged that it was true as happened here.

When a witness under cross-examination admits making certain statements, it is that testimony and not the intercepted communication to which the Act is directed that becomes evidence. Section 178.16(1) is confined to the admission in evidence of intercepted private communications in the hands of the Crown. The Crown, however, cannot introduce unlawfully obtained intercepted statements indirectly by questioning witnesses on them. Considerations of fairness suggest that intercepted statements governed by s. 178 of the *Criminal Code* should be treated in the same manner as confessions. The statement is inadmissible until the Crown proves the conditions of its admissibility.

*Per* L’Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 178.16 is an attempt to strike a delicate balance between the goal of protecting individuals from unwanted electronic surveillance and the desire for effective law enforcement. When the section speaks of the inadmissibility of evidence, these words should not be extended so as to exclude other possible uses of intercepted communications.

Section 178.16 clearly applies only to intercepted communications which the Crown might seek to adduce as evidence. The wording is explicit and precise as the word “evidence” is a term of art in criminal law. Section 178.16 does not therefore encompass the use of intercepted private communications for the sole purpose of testing the credibility of a witness in cross-examination.

### Cases Cited

By Cory J.

**Distinguished:** *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483; **referred to:** *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Widdifield*, Ont. S.C., September 29, 1961, unreported, as excerpted in (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Charette v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 785; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311.

L’expression «admissible en preuve» est un terme technique du droit de la preuve qui désigne la production d’une preuve au dossier, une preuve sur laquelle le jury peut s’appuyer pour rendre ses conclusions. Le contre-interrogatoire sur une déclaration antérieure ne fait pas de cette déclaration une preuve. Une déclaration peut devenir une preuve si l’auteur admet l’avoir faite et reconnaît qu’elle est exacte, comme cela s’est passé en l’espèce.

Lorsqu’un témoin admet en contre-interrogatoire avoir fait certaines déclarations, c’est ce témoignage, et non la communication interceptée sur laquelle porte la Loi, qui devient une preuve. Le paragraphe 178.16(1) vise uniquement l’admission en preuve des communications privées qui sont en la possession du ministère public. Le ministère public ne peut cependant introduire indirectement des déclarations interceptées illégalement en interrogeant les témoins sur celles-ci. Pour des raisons d’équité, les déclarations interceptées régies par l’art. 178 du *Code criminel* devraient être traitées de la même façon que les confessions. La déclaration est inadmissible jusqu’à ce que le ministère public établisse les conditions de son admissibilité.

*Le juge* L’Heureux-Dubé (dissidente): L’article 178.16 vise à établir un équilibre délicat entre l’objectif de protection des individus contre l’écoute électronique non voulue et le désir de faire appliquer la loi de façon efficace. Lorsque l’article parle de l’inadmissibilité de la preuve, la portée de ces mots ne devrait pas être étendue pour exclure d’autres usages possibles des communications interceptées.

Il est clair que l’art. 178.16 s’applique seulement aux communications interceptées que le ministère public tente de produire comme preuve. Le texte est explicite et précis car le terme «preuve» est un terme technique du droit criminel. L’article 178.16 n’inclut donc pas l’utilisation de communications privées interceptées dans le seul but de tester la crédibilité d’un témoin en contre-interrogatoire.

### h Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Distinction d’avec les arrêts:** *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483; **arrêts mentionnés:** *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. v. Widdifield*, C.S. Ont., le 29 septembre 1961, inédit, extrait provenant de (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Charette c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 785; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311.

By McLachlin J.

**Referred to:** *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237; *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388; *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 11.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 178.16, 212(a)(i), (ii), (b), (c), 214(2), 613(1)(b)(iii).

#### Authors Cited

Bryant, Alan W. "The Adversary's Witness: Cross-Examination and Proof of Prior Inconsistent Statements" (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 43.  
May, Richard. *Criminal Evidence*. London: Sweet & Maxwell, 1986.  
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1974.  
Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 78 A.R. 389, 36 C.C.C. (3d) 199, 59 C.R. (3d) 37, dismissing the appeals from convictions by Chrumka J. sitting with jury. Appeals allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Noel O'Brien, Q.C.*, for the appellant Alan Gustaf Nygaard.

*Alex Pringle*, for the appellant John Alexander Schimmens.

*Peter Martin, Q.C.*, and *Earl Wilson*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Two issues are raised on these appeals. First, it must be determined whether a first degree murder conviction can be based upon the combined effect of ss. 212(a)(ii) and 214(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. That is

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237; *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388; *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 178.16, 212a(i), (ii), b), c), 214(2), 613(1)b)(iii).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 11.

#### Doctrine citée

Bryant, Alan W. «The Adversary's Witness: Cross-Examination and Proof of Prior Inconsistent Statements» (1984), 62 *R. du B. can.* 43.  
May, Richard. *Criminal Evidence*. London: Sweet & Maxwell, 1986.  
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1974.  
Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 78 A.R. 389, 36 C.C.C. (3d) 199, 59 C.R. (3d) 37, qui a rejeté les appels des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Chrumka siégeant avec jury. Pourvois accueillis, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Noel O'Brien, c.r.*, pour l'appellant Alan Gustaf Nygaard.

*Alex Pringle*, pour l'appellant John Alexander Schimmens.

*Peter Martin, c.r.*, et *Earl Wilson*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Wilson, Sopinka et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Ces pourvois soulèvent deux questions. Premièrement, il faut décider si une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré peut être fondée sur l'effet combiné du sous-al. 212a(ii) et du par. 214(2) du *Code crimi-*



to say, is the element of planning and deliberation required by s. 214(2) incompatible with the requisite *mens rea* for s. 212(a)(ii). Secondly, it must be decided whether a reversible error was made by the trial judge when he permitted Crown counsel to cross-examine a witness upon statements made by her in an intercepted telephone conversation with the appellant Schimmens, without first complying with the provisions of s. 178.16 of the *Code*.

### Factual Background

A man was brutally murdered as a result of a petty dispute arising out of the purchase of a \$100 car stereo. Early in October of 1984, John Louis Meeks purchased from the appellant Nygaard, a car stereo for \$100. Payment was made by means of a cheque which had been jointly signed by Anita Linda Tikk and the murdered man, Renne Tex Hammond. Both Anita Tikk and Renne Hammond were present at the time of the purchase of the stereo. The cheque bounced. Around 9 o'clock in the morning of October 12, 1984, Nygaard came to see Meeks where he was living at the West Valley Inn motel about a mile outside the Calgary city limits. Nygaard told him the cheque had bounced. Meeks promised him that he would have the money by that evening. Nygaard stated that if it wasn't cleared up that day, Meeks could expect trouble.

Some time later that day Meeks met with Anita Tikk and Renne Hammond. They rented some video cassettes and took them back to the West Valley Inn to watch them. Just before 6:00 p.m. there was a knock on the door of Meeks' room. It was Nygaard. Meeks testified that he gave him the \$100 in cash. Just then two other men came walking up to the door. They asked: "Are you fucking with the bros?" One of them started to hit Meeks on the forehead with a baseball bat. Meeks was moved backwards into the room and onto the bed and was struck three more times with the bat. At one point he put his arm in front of his face for protection and received another blow from the bat, which broke his arm.

*nel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. En d'autres termes, l'élément de la préméditation, exigé au par. 214(2), est-il incompatible avec la *mens rea* requise au sous-al. 212a)(ii). Deuxièmement, il faut décider si le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a permis au ministère public de contre-interroger un témoin sur des déclarations faites au cours d'une conversation téléphonique interceptée avec l'appellant Schimmens sans d'abord se conformer aux dispositions de l'art. 178.16 du *Code*.

### Les faits

Un homme a été brutalement tué par suite d'une dispute insignifiante au sujet de l'achat d'un autoradio de 100 \$. Au début du mois d'octobre 1984, John Louis Meeks a acheté à l'appellant Nygaard un autoradio pour la somme de 100 \$. Le paiement a été effectué par un chèque signé conjointement par Anita Linda Tikk et la victime, Renne Tex Hammond. Anita Tikk et Renne Hammond étaient présents lors de l'achat de l'autoradio. Le chèque était sans provision. Vers 9 h, le matin du 12 octobre 1984, Nygaard est allé voir Meeks au motel West Valley Inn où celui-ci habitait et qui est situé à environ un mille à l'extérieur des limites de la ville de Calgary. Nygaard lui a dit que le chèque était sans provision. Meeks lui a promis qu'il aurait l'argent le soir même. Nygaard lui a dit que si l'affaire n'était pas réglée au cours de la journée, Meeks pouvait s'attendre à avoir des problèmes.

Plus tard le même jour, Meeks a rencontré Anita Tikk et Renne Hammond. Ils ont loué des vidéocassettes et sont allés au West Valley Inn pour les regarder. Juste avant 18 h, on a frappé à la porte de la chambre des Meeks. C'était Nygaard. Meeks a témoigné qu'il lui avait remis 100 \$ en espèces. À ce moment, deux autres hommes se sont présentés à la porte et ont demandé: [TRADUCTION] «Alors on se moque du copain?» L'un d'eux a commencé à frapper Meeks au front avec un bâton de baseball. Meeks a été entraîné vers l'arrière dans la chambre et sur le lit, et il a été frappé trois autres fois avec le bâton. À un moment donné, il a voulu se protéger en mettant son bras devant son visage et il a reçu un autre coup de bâton qui lui a cassé le bras.

The man wielding the bat kept asking who had signed the cheque. Anita Tikk gave evidence that Meeks told the men that it was Hammond, while Meeks testified that it was Hammond himself who volunteered this information. The man with the bat then started to hit Hammond between the eyes with the bat. He struck him three times, each time with a full two-handed swing, all the while saying such things as: "You don't stiff the club. You don't hurt the club." At this point one of the men, Tikk thought it was Nygaard, Meeks thought it was Schimmens, took money from Tikk's purse and from Hammond. Nygaard then went over to pick up the video cassette recorder but the other man told him to leave it there, that they weren't petty thieves. On the way out the men warned the three people in the room: "If you tell anyone, we'll come back," and "if you tell anyone, you're dead." The man with the bat disconnected the phone by ripping out the cord.

Some 15 or 20 minutes after the men had left Anita Tikk, Meeks and Hammond went to the hospital. Hammond was described as being in a semi-conscious state at this time. He could only walk if supported by someone else. At the hospital, Meeks and Tikk advised the staff that Meeks and Hammond had fallen off a roof. Meeks' broken arm was treated and he was released. Hammond died in the hospital as a result of multiple skull fractures. Tikk went to the police to advise them of the incident the following day and later during the week Meeks did the same thing.

The Crown's case was primarily based on the testimony of Meeks and Anita Tikk. Their evidence was largely consistent but they did differ with regard to the appearance of the man who swung the bat with such devastating results. Both witnesses gave a similar description as to the height and eye colour of the man. Anita Tikk picked out both Nygaard and Schimmens from photograph folders at the police station after the incident. She also picked them out in a line-up the following day. Meeks did not identify Schimmens

L'homme qui le frappait avec le bâton continuait de demander qui avait signé le chèque. Anita Tikk a témoigné que Meeks avait dit aux hommes que c'était Hammond, alors que Meeks a témoigné que c'était Hammond lui-même qui avait révélé ce renseignement. L'homme portant le bâton a alors commencé à frapper Hammond en plein front avec le bâton. Il l'a frappé trois fois, en s'y prenant chaque fois à deux mains, tout en lui disant des choses comme: [TRADUCTION] «Triche pas avec la bande. Touche pas à la bande.» À ce moment, l'un des hommes, Tikk croyait qu'il s'agissait de Nygaard, Meeks croyait qu'il s'agissait de Schimmens, a pris de l'argent à Hammond et dans le sac de Tikk. Nygaard s'est alors avancé pour prendre le magnétoscope mais l'autre homme lui a dit de le laisser là, qu'ils n'étaient pas des petits voleurs. En sortant, les hommes ont averti les trois personnes dans la pièce: [TRADUCTION] «si vous parlez, on revient» et «si vous parlez, vous êtes morts». L'homme qui avait le bâton a débranché le téléphone en arrachant la corde.

Quelque 15 ou 20 minutes après le départ des hommes, Anita Tikk, Meeks et Hammond se sont rendus à l'hôpital. On a décrit Hammond comme étant alors dans un état semi-conscient. Il ne pouvait marcher que si quelqu'un le soutenait. À l'hôpital, Meeks et Tikk ont dit au personnel que Meeks et Hammond étaient tombés d'un toit. On a soigné le bras cassé de Meeks et on l'a renvoyé chez lui. Hammond est décédé à l'hôpital par suite de fractures multiples du crâne. Le lendemain, Tikk a raconté l'incident aux policiers et, au cours de la même semaine, Meeks a fait de même.

La preuve du ministère public était essentiellement fondée sur les témoignages de Meeks et d'Anita Tikk. Leurs témoignages concordent en grande partie mais diffèrent quant à l'apparence de l'homme qui maniait le bâton et a asséné les coups tragiques. Sa description par les deux témoins était identique quant à sa taille et à la couleur de ses yeux. Anita Tikk a reconnu Nygaard et Schimmens sur les photographies qui lui ont été montrées au poste de police après l'incident. Elle les a également reconnus au cours

from the photograph folders but did pick him out at the line-up.

Nygaard and Schimmens were arrested on October 13 at premises that were shared by Schimmens and his girlfriend Glenda Jordan. A baseball bat with human blood on it was found in the seat of the couch in their suite.

At the trial Nygaard called no evidence. His position was that he was not "a party" to the offence within the meaning of s. 21 of the *Criminal Code*. Schimmens testified at the trial and called two witnesses, Brian Sager and Glenda Jordan. His defence was that of alibi. He said he had driven Jordan to the race-track where she worked and had attended the races with Sager.

During cross-examination Glenda Jordan stated that she never really discussed the case with Schimmens after his arrest despite the fact that she had seen him three or four times a week and talked with him on the phone every day. She specifically denied that Schimmens had asked her to get a transcript of the preliminary hearing, to read it, and then deliver it to Sager. As well she denied ever having read the transcript. Her evidence was that 10 minutes before the second race — which would have been between 5:45 and 5:55 p.m. — she had seen Schimmens at the races. This of course would be the very time when he was alleged to have been at the motel when the fatal injuries were inflicted upon Hammond.

Crown counsel persisted in his questioning of Jordan and read her specific portions of conversations that had taken place between Jordan and Schimmens and Jordan and a third party, James Wolton. Jordan eventually broke down and admitted that she had been lying. She confirmed she had indeed discussed with Schimmens the reading of the preliminary hearing transcripts by herself, Sager and another witness.

At this point an objection was taken by the defence counsel that the Crown was using the conversations in contravention of s. 178.16 of the *Criminal Code*. The objection was overruled.

d'une séance d'identification tenue le lendemain. Meeks n'a pas reconnu Schimmens sur les photographies, mais il l'a identifié au cours de la séance.

<sup>a</sup> Nygaard et Schimmens ont été arrêtés le 13 octobre dans le logement que Schimmens et son amie Glenda Jordan partageaient. On a retrouvé sur le canapé de ce logement un bâton de baseball taché de sang humain.

<sup>b</sup> Au procès, Nygaard n'a présenté aucune preuve. Il prétend qu'il n'était pas «partie» à l'infraction au sens de l'art. 21 du *Code criminel*. Schimmens a témoigné au procès et a appelé deux témoins, Brian Sager et Glenda Jordan. Il a présenté une défense d'alibi. Il a dit qu'il avait conduit Jordan à la piste de courses où elle travaillait et qu'il avait assisté aux courses avec Sager.

<sup>d</sup> Au cours du contre-interrogatoire, Glenda Jordan a affirmé qu'elle n'avait jamais vraiment discuté de l'affaire avec Schimmens après son arrestation bien qu'elle l'ait vu trois ou quatre fois par semaine et lui ait parlé au téléphone tous les jours. Elle a expressément nié que Schimmens lui avait demandé d'obtenir une transcription de l'enquête préliminaire pour la lire et la remettre ensuite à Sager. De plus, elle a affirmé n'avoir jamais lu la transcription. Selon son témoignage, dix minutes avant la deuxième course, qui aurait eu lieu entre 17 h 45 et 17 h 55, elle avait vu Schimmens aux courses. Il s'agit évidemment du moment précis où l'on prétend que Schimmens était au motel et où Hammond a été fatalement blessé.

<sup>h</sup> L'avocat du ministère public a poursuivi avec insistance son interrogatoire de Jordan et lui a lu des extraits précis de conversations qui avaient eu lieu entre Jordan et Schimmens et entre Jordan et un tiers, James Wolton. Jordan s'est finalement effondrée et a avoué qu'elle avait menti. Elle a reconnu qu'elle avait en effet discuté avec Schimmens de la lecture que Sager, un autre témoin, et elle-même avaient faite des transcriptions de l'enquête préliminaire.

<sup>j</sup> À ce stade, l'avocat de la défense a soulevé une objection selon laquelle le ministère public utilisait des conversations en contravention de l'art. 178.16 du *Code criminel*. L'objection a été rejetée. L'avo-

Crown counsel continued with the cross-examination at which point Jordan admitted that she had read part of the preliminary inquiry transcript and that Sager had read the whole transcript. At the conclusion of her cross-examination she did repeat that Schimmens had been at the race-track at the critical time. The Crown has conceded that the conversations were intercepted and recorded by means of an electronic surveillance but emphasized that Schimmens was never cross-examined with regard to the intercepted conversations.

### The Courts Below

In his charge to the jury the trial judge made it plain that a conviction for first degree murder could be sustained on the basis of the interaction between s. 214(2) and either ss. 212(a)(i) or 212(a)(ii).

On the issue of the cross-examination's making use of the intercepted conversations the Court of Appeal (1987), 36 C.C.C. (3d) 199, was unanimous in its view that s. 178.16 had no application to the case because the conversations were not being used either against "the originator" Jordan or against James Wolton, whom the court took to be the intended receiver, neither of whom was on trial. The court agreed that the Crown counsel was justified in cross-examining on the intercepted conversations as he was doing no more than interrogating the witness Jordan on her prior inconsistent statement. It determined that since s. 178.16 had no application the trial judge was not obliged to hold a *voir dire* to prove the lawfulness of the interception before the intercepted conversation could be used in cross-examination. The court observed that the jury had been properly instructed as to the limited use which could be made of the statement. That is to say, that it could only be used in assessing the credibility of the witness and that it was not evidence as to the truth of the facts referred to in the statements themselves.

With regard to the verdict, Belzil J.A., for the majority, expressed the view that a conviction of first degree murder could properly result from the

cat du ministère public a poursuivi le contre-interrogatoire jusqu'au moment où Jordan a admis qu'elle avait lu une partie de la transcription de l'enquête préliminaire et que Sager l'avait lue en entier. À la fin de son contre-interrogatoire, elle a répété que Schimmens se trouvait à la piste de courses au moment critique. Le ministère public a reconnu que les conversations avaient été interceptées et enregistrées par surveillance électronique, mais a souligné que Schimmens n'avait jamais été contre-interrogé quant aux conversations interceptées.

### Les décisions des juridictions inférieures

Dans son exposé au jury, le juge du procès a expliqué clairement qu'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré pouvait être rendue sur le fondement de l'interaction du par. 214(2) et des sous-al. 212a)(i) ou 212a)(ii).

Sur la question du contre-interrogatoire au cours duquel on a fait usage de conversations interceptées, la Cour d'appel (1987), 36 C.C.C. (3d) 199, à l'unanimité, a conclu que l'art. 178.16 ne s'appliquait pas en l'espèce parce que les conversations n'étaient pas utilisées contre «l'auteur» Jordan ou contre James Wolton qui était, selon la cour, le destinataire présumé, qui ni l'un ni l'autre n'étaient visés par le procès. La cour a reconnu que l'avocat du ministère public était justifié de contre-interroger sur les conversations interceptées puisqu'il ne faisait rien de plus qu'interroger le témoin Jordan sur sa déclaration antérieure contradictoire. La cour a conclu que puisque l'art. 178.16 ne s'appliquait pas, le juge du procès n'était pas obligé de tenir un *voir-dire* pour établir la légalité de l'interception avant que la conversation interceptée puisse être utilisée en contre-interrogatoire. La cour a souligné que le jury avait reçu des directives appropriées quant à l'usage restreint qui pouvait être fait de la déclaration, c'est-à-dire que la déclaration ne pouvait être utilisée que pour évaluer la crédibilité du témoin et qu'elle ne constituait pas une preuve quant à l'exactitude des faits mentionnés dans les déclarations elles-mêmes.

Quant au verdict, le juge Belzil, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a exprimé l'avis qu'une déclaration de culpabilité de meurtre au

interaction of s. 212(a)(ii) and s. 214(2). He observed that there are two mental elements included in s. 212(a)(ii), namely the intent to cause bodily harm which one knows is likely to cause death, and recklessness as to whether death ensues. He was of the opinion that recklessness as to the consequences was not part of the intention but was an alternative to the intention to kill. He stated that the planning and deliberation required by s. 214(2) of the *Criminal Code* referred only to the intentional portion of the *mens rea* requirement. He concluded that it is only the intent to cause bodily harm which one knows is likely to result in death which must be premeditated pursuant to s. 214(2) and not the recklessness referred to in s. 212(a)(ii). Thus if a jury were satisfied beyond a reasonable doubt that the intent to cause bodily harm which the accused knew was likely to cause death was planned and deliberate and the planned act was then recklessly carried out, a first degree murder conviction could properly result.

Stevenson J.A. dissented on this point. He agreed with the majority that there are two mental elements required by s. 212(a)(ii), namely the intent to cause bodily harm that the accused knew was likely to cause death, and recklessness as to the consequences, but in his opinion s. 214(2) could not be brought into play. He expressed the view that planning and deliberation could not be applicable to the requisite mental element for recklessness. He concluded that if the planning and deliberation could not apply to all of the mental elements set forth in s. 212(a)(ii), there could be no possibility of a first degree murder conviction by means of s. 214(2). He therefore would have substituted convictions for second degree murder.

#### The First Degree Murder Issue

It may be helpful to set forth at the outset the applicable sections of the *Criminal Code*:

**212.** Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

premier degré pouvait découler à juste titre de l'interaction du sous-al. 212a)(ii) et du par. 214(2). Il a souligné que le sous-al. 212a)(ii) comporte deux éléments moraux, c'est-à-dire l'intention de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort, et l'indifférence que la mort s'ensuive ou non. Selon lui, l'indifférence quant aux conséquences ne faisait pas partie de l'intention mais pouvait remplacer l'intention de tuer. Il a affirmé que la préméditation prévue au par. 214(2) du *Code criminel* ne portait que sur la part intentionnelle de la *mens rea* requise. Il a conclu que c'est seulement l'intention de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort qui doit être préméditée sous le régime du par. 214(2) et non l'indifférence mentionnée au sous-al. 212a)(ii). Par conséquent, si un jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intention de causer des lésions corporelles que l'accusé savait être de nature à causer la mort était préméditée et que l'acte projeté avait été exécuté avec indifférence, on pouvait à juste titre prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

Le juge Stevenson était dissident sur ce point. Il a convenu avec la majorité que le sous-al. 212a)(ii) comportait deux éléments moraux, c'est-à-dire l'intention de causer des lésions corporelles que l'accusé savait être de nature à causer la mort, et l'indifférence quant aux conséquences, mais à son avis, le par. 214(2) ne pouvait entrer en ligne de compte. Selon lui, la préméditation ne pouvait s'appliquer à l'élément mental requis pour conclure à l'indifférence. Il a conclu que si la préméditation ne pouvait s'appliquer à tous les éléments moraux énoncés au sous-al. 212a)(ii), il n'était pas possible de déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré en vertu du par. 214(2). Il aurait donc prononcé des déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

#### La question du meurtre au premier degré

Il peut être utile de citer maintenant les dispositions applicables du *Code criminel*:

**212.** L'homicide coupable est un meurtre

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort, ou

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

214. ...

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

It must be noted that this Court has stated on more than one occasion that s. 214 is purely a classification section and it does not create a separate substantive offence. See *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208. The designation of murder as being of the first or second degree is for purposes of sentencing only.

What then is the meaning of planned and deliberate and can that classification be applied to the requisite intents set forth in s. 212(a)(ii)? It has been held that "planned" means that the scheme was conceived and carefully thought out before it was carried out and "deliberate" means considered, not impulsive. A classic instruction to a jury as to the meaning of "planned and deliberate" was given by Gale J., as he then was, in *R. v. Widdifield*, Ont. S.C., September 29, 1961, unreported, as excerpted in (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152, at p. 153:

I think that in the Code "planned" is to be assigned, I think, its natural meaning of a calculated scheme or design which has been carefully thought out, and the nature and consequences of which have been considered and weighed. But that does not mean, of course, to say that the plan need be a complicated one. It may be a very simple one, and the simpler it is perhaps the easier it is to formulate.

The important element, it seems to me, so far as time is concerned, is the time involved in developing the plan, not the time between the development of the plan and the doing of the act. One can carefully prepare a plan and immediately it is prepared set out to do the planned act, or, alternatively, you can wait an appreciable time to do it once it has been formed.

As far as the word "deliberate" is concerned, I think that the Code means that it should also carry its natural meaning of "considered," "not impulsive," "slow in deciding," "cautious," implying that the accused must take time to weigh the advantages and disadvantages of his intended action.

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

214. ...

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation.

Il faut souligner que cette Cour a affirmé à plusieurs reprises que l'art. 214 ne constitue qu'un article de classification et qu'il ne crée pas d'infraction distincte. Voir les arrêts *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208. La qualification de meurtre au premier ou au deuxième degré n'est utile que pour les fins de la détermination de la peine.

Que faut-il alors entendre par préméditation et peut-on appliquer cette classification aux intentions requises prévues au sous-al. 212a)(ii)? Les tribunaux ont conclu que le terme «prémédité» signifie projeté et soigneusement pensé au préalable («planned») ainsi que délibéré, par opposition à impulsif («deliberate»). Les directives que le juge Gale (tel était alors son titre) a données au jury quant à la signification des termes «planned and deliberate» («avec préméditation») dans l'arrêt *R. v. Widdifield*, C.S. Ont., le 29 septembre 1961, inédit, extrait provenant de (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152, à la p. 153, sont classiques:

[TRADUCTION] Je pense que dans le Code, il faut donner au terme «planned» son sens ordinaire de plan calculé ou dessein soigneusement pensé et dont la nature et les conséquences ont été examinées et soupesées. Mais cela ne veut évidemment pas dire que le plan doit être complexe. Il peut être très simple et, plus il est simple, plus il doit être facile de le formuler.

Il me semble que l'élément important, en ce qui concerne le temps, est le temps qu'il a fallu pour mettre le plan au point et non le temps entre la mise au point du plan et l'exécution. On peut soigneusement préparer un plan et dès la préparation terminée exécuter l'acte prévu ou laisser s'écouler un délai appréciable avant de mettre le plan à exécution.

En ce qui concerne le terme «deliberate», je pense que le Code veut dire qu'on devrait également lui donner son sens ordinaire de «projeté», «non impulsif», «réfléchi», «prudent», signifiant que l'accusé doit prendre du temps pour évaluer les avantages et les inconvénients de l'action envisagée.

### Appellants' Positions

The appellants contended that the element of planning and deliberation cannot be applied to the *mens rea* required by s. 212(a)(ii). In support of this position the case of *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, was cited.

In *R. v. Ancio* this Court considered the requisite mental elements of the offence of attempted murder. It is true that in the course of his reasons given on behalf of the Court, McIntyre J. wrote at pp. 248-49:

The completed offence of murder involves a killing. The intention to commit the complete offence of murder must therefore include an intention to kill. I find it impossible to conclude that a person may intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 of the *Code*. I am then of the view that the *mens rea* for an attempted murder cannot be less than the specific intent to kill.

However he emphasized that the reasons related only to the crime of attempted murder which is historically and conceptually distinct from that of murder. At page 240 McIntyre J. stated:

A great deal of the confusion surrounding the nature of the intent required to found a conviction for attempted murder may well stem from an assumption that murder and attempted murder are related offences which must share the same mental elements. A brief review of the historical development of the law relating to the two offences demonstrates that the crime of attempt developed as a separate and distinct offence from the offence of murder.

He concluded at pp. 250-51 that:

It was argued, and it has been suggested in some of the cases and academic writings on the question, that it is illogical to insist upon a higher degree of *mens rea* for attempted murder, while accepting a lower degree amounting to recklessness for murder. I see no merit in this argument. The intent to kill is the highest intent in murder and there is no reason in logic why an attempt to murder, aimed at the completion of the full crime of murder, should have any lesser intent. If there is any illogic in this matter, it is in the statutory characterization of unintentional killing as murder. The *mens rea* for attempted murder is, in my view, the specific intent to kill.

### La thèse des appelants

Les appelants ont prétendu que l'élément de préméditation ne peut être appliqué à la *mens rea* requise au sous-al. 212a)(ii). À l'appui de leur thèse, ils ont cité l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225.

Dans l'arrêt *R. c. Ancio*, notre Cour a examiné les éléments moraux requis dans le cas de l'infraction de tentative de meurtre. Il est vrai le juge McIntyre, au nom de la Cour, a écrit, aux pp. 248 et 249:

Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer. Il m'est impossible de conclure qu'une personne peut avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 du *Code*. J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer.

Cependant, il a souligné que les motifs ne concernaient que le crime de tentative de meurtre qui, historiquement et conceptuellement, est distinct de celui de meurtre. Le juge McIntyre a affirmé, à la p. 240:

Il se peut bien que la confusion entourant la nature de l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre provienne en grande partie de l'hypothèse selon laquelle le meurtre et la tentative de meurtre sont des infractions connexes qui doivent comporter les mêmes éléments moraux. Un bref examen de l'évolution historique du droit applicable aux deux infractions révèle que le crime de tentative a évolué comme une infraction distincte du meurtre.

Il a conclu, aux pp. 250 et 251:

On a prétendu, et on a laissé entendre dans certains arrêts et ouvrages sur la question, qu'il est illogique d'exiger une *mens rea* d'un degré plus élevé dans le cas d'une tentative de meurtre alors qu'on accepte une *mens rea* d'un degré moindre équivalant à l'insouciance dans le cas d'un meurtre. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre. Tout illogisme dans la présente affaire réside dans le fait que le *Code* qualifie de meurtre l'homicide involontaire. À mon avis, la *mens rea* applicable à la tentative de meurtre est l'intention spécifique de tuer.

It is thus clear that the reasons refer only to the offence of attempted murder and the principles set forth are not automatically applicable to the case at bar.

Nor do I think that the case of *R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483, relied upon by the appellants is of assistance. In *R. v. Chabot* the Ontario Court of Appeal concluded that s. 214(2) could not operate in conjunction with s. 212(c). That section provides as follows:

212. Culpable homicide is murder

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

The Court of Appeal reasoned, I think correctly, that in s. 212(c) murder might be committed although there could be no intention on the part of the accused to kill. Indeed, in that section the accused might well have desired to gain his ends without causing death. Thus it was held that there could not be planning and deliberation of a killing that might well have been unintended. The reasoning cannot be applied to the case at bar though as the requisite intent specified in s. 212(a)(ii) is very different from that of s. 212(c).

#### Authority Relied upon by the Respondent

Nor do I think that *Droste v. The Queen, supra*, relied upon by the respondent is dispositive of the issue. In the *Droste* case there could be no doubt that the accused had planned to kill his wife and, while carrying out his design, had killed instead his two unfortunate young children. His conviction was based on s. 212(b) which reads:

212. Culpable homicide is murder

(b) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, not-

Il est donc clair que les motifs ne concernent que l'infraction de tentative de meurtre et que les principes établis ne s'appliquent pas automatiquement en l'espèce.

Je ne crois pas non plus que l'arrêt invoqué par les appelants *R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483, puisse leur être de quelque assistance. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 214(2) ne pouvait s'appliquer conjointement avec l'al. 212c), qui prévoit:

212. L'homicide coupable est un meurtre

c) lorsqu'une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

Je pense que la Cour d'appel a correctement expliqué que, selon l'al. 212c), un meurtre peut être commis même si l'accusé n'avait aucune intention de tuer. En fait, selon cet alinéa, l'accusé peut avoir eu l'intention de parvenir à ses fins sans causer la mort. Par conséquent, on a décidé qu'il ne peut y avoir préméditation d'un meurtre qui peut ne pas avoir été intentionnel. Ce raisonnement ne peut cependant s'appliquer en l'espèce puisque l'intention requise prévue au sous-al. 212a)(ii) est bien différente de celle de l'al. 212c).

#### La jurisprudence invoquée par l'intimée

Je ne crois pas non plus que l'arrêt *Droste c. La Reine*, précité, invoqué par l'intimée permette de trancher le litige. Dans l'affaire *Droste*, on ne pouvait douter que l'accusé avait projeté de tuer son épouse et qu'en exécutant son projet il a tué à sa place ses deux malheureux jeunes enfants. Sa déclaration de culpabilité était fondée sur l'al. 212b) qui se lit ainsi:

212. L'homicide coupable est un meurtre

b) lorsqu'une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain ou ayant l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort



withstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; . . .

The decision centred on the requirements of a different section than those of the case at bar. In *Droste v. The Queen*, the issue was whether the planning and deliberation to kill A which resulted in the killing of B should be classified as murder in the first degree. It was found that the requirement of planning and deliberation was a requirement that related to the intention to take a human life and not to the identity of the victim. On the facts of that case there could be no doubt that Droste meant to cause death to a human being and planned and deliberated the death of a human being. In the result, Dickson J. (as he then was) writing on behalf of the Court concluded that s. 214(2) could operate in conjunction with s. 212(b) to sustain a first degree murder conviction. However, that decision centred on requirements of a section of the *Code* that are different from s. 212(a)(ii). The *Droste* decision cannot be determinative of the issue in the case at bar.

Can Section 212(a)(ii) be Combined with s. 214(2) to Result in a Conviction for First Degree Murder?

Throughout history the idea that one human being could cold bloodedly plan and deliberate upon the killing of another has been repugnant to all civilized societies and has tended to be considered as the most reprehensible of violent crimes. In *Droste v. The Queen, supra*, Dickson C.J. noted that it is the element of planning and deliberation of the murder which makes the crime of murder in the first degree more culpable and justifies the harsher sentence.

It remains then to consider what is the specific *mens rea* required by s. 212(a)(ii) to which the element of planning and deliberation must be related. The section requires that the Crown prove that the accused meant to cause the victim such bodily harm that he knew that it was likely to cause the death of the victim and was reckless whether death ensued or not as a result of causing that bodily harm. The essential element is that of intending to cause bodily harm of such a grave and serious nature that the accused knew that it was

d'un autre être humain, même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain; . . .

La décision reposait sur les exigences d'une disposition différente de celle qui nous concerne en l'espèce. Dans l'arrêt *Droste c. La Reine*, la question était de savoir si la préméditation de tuer A, qui a abouti à la mort de B, constituait un meurtre au premier degré. On a conclu que l'exigence de la préméditation était une exigence relative à l'intention de tuer quelqu'un et non à l'identité de la victime. Compte tenu des faits de cette affaire, il n'y avait pas de doute que Droste avait l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'il avait prémédité la mort d'un être humain. En définitive, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a conclu au nom de la Cour que le par. 214(2) pouvait s'appliquer conjointement avec l'al. 212b) pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Cet arrêt portait cependant sur les exigences d'une disposition du *Code* qui sont différentes de celles du sous-al. 212a)(ii). L'arrêt *Droste* ne peut être concluant quant au présent litige.

Le sous-alinéa 212a)(ii) peut-il être joint au par. 214(2) pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré?

L'histoire montre que les pays civilisés ont toujours considéré intolérable l'idée qu'un être humain puisse de sang froid préméditer la mort d'un autre être humain et qu'ils ont eu tendance à considérer cet acte comme le plus répréhensible des crimes violents. Dans l'arrêt *Droste c. La Reine*, précité, le juge en chef Dickson a souligné que c'est l'élément de préméditation du meurtre qui rend le crime de meurtre au premier degré plus coupable et justifie une peine plus sévère.

Il reste encore à examiner quelle est la *mens rea* spécifique requise par le sous-al. 212a)(ii) et à laquelle doit se rapporter l'élément de préméditation. Cet article exige que le ministère public prouve que l'accusé avait l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. L'élément essentiel est celui de l'intention de causer des lésions corporelles tellement graves que l'accusé savait qu'elles étaient de nature à causer la mort de la victime.

likely to result in the death of the victim. The aspect of recklessness is almost an afterthought in so far as the basic intent is concerned.

In *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, recklessness was defined as being the attitude of one who was aware of the danger the prohibited conduct could bring about yet nevertheless persisted in that conduct despite the knowledge of the risk. Thus the section requires the accused to intend to cause the gravest of bodily harm that is so dangerous and serious that he knows it is likely to result in death and to persist in that conduct despite the knowledge of the risk.

In my view, the vital element of the requisite intent is that of causing such bodily harm that the perpetrator knows that it is likely to cause death and yet persists in the assault. There can be no doubt that a person can plan and deliberate to cause terrible bodily harm that he knows is likely to result in death. Nothing is added to the aspect of planning and deliberation by the requirement that the fatal assault be carried out in a reckless manner, that is to say by heedlessly proceeding with the deadly assault in the face of the knowledge of the obvious risks. The planning and deliberation to cause the bodily harm which is likely to be fatal must of necessity include the planning and deliberating to continue and to persist in that conduct despite the knowledge of the risk. The element of recklessness does not exist in a vacuum as a sole *mens rea* requirement, but rather it must act in conjunction with the intentional infliction of terrible bodily harm. I therefore conclude that planning and deliberation may well be coupled with the *mens rea* requirement of s. 212(a)(ii) and that a first degree murder conviction can be sustained by virtue of the combined operation of s. 214(2) and s. 212(a)(ii). This ground of appeal must therefore fail.

As well, the appellant argued it was wrong to label an offence under s. 212(a)(ii) as murder. It was said that the requisite *mens rea* is such that it is not as grave a crime as that defined in s. 212(a)(i) where the requisite intent is to cause the death of someone. I cannot accept that contention. The variation in the degree of culpability is too

En regard de l'intention fondamentale, l'aspect de l'insouciance constitue presque une pensée après coup.

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, on a défini l'insouciance comme l'attitude de celui qui, conscient du danger que risque d'entraîner sa conduite prohibée, persiste néanmoins dans sa conduite malgré la connaissance du risque. Par conséquent, l'article exige que l'accusé ait l'intention de causer les lésions corporelles les plus graves, tellement dangereuses et sérieuses qu'il sait qu'elles risquent de causer la mort, et qu'il persiste dans cette conduite, malgré la connaissance du risque.

<sup>b</sup> À mon avis, l'élément crucial de l'intention requise est l'intention de causer des lésions corporelles que l'auteur sait être de nature à causer la mort et de persister néanmoins dans l'agression. Nul doute qu'une personne peut préméditer de causer de terribles lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort. On n'ajoute rien à l'élément de préméditation en exigeant que l'agression fatale soit exécutée avec insouciance, c'est-à-dire en se livrant à l'agression mortelle avec insouciance tout en connaissant les risques. L'intention préméditée de causer des lésions corporelles qui seront probablement fatales comprend forcément l'intention préméditée de poursuivre cette conduite et de persister malgré la connaissance du risque. L'élément d'insouciance n'existe pas en l'absence de contexte comme une exigence distincte de *mens rea*, mais doit plutôt intervenir conjointement avec l'intention d'infliger de très graves lésions corporelles. Je suis donc d'avis de conclure que la préméditation peut fort bien être jointe à la *mens rea* requise au sous-al. 212(a)(ii), et qu'une déclaration de meurtre au premier degré peut être justifiée par l'effet combiné du par. 214(2) et du sous-al. 212(a)(ii). Ce moyen d'appel est donc rejeté.

<sup>c</sup> En outre, les appelants ont soutenu qu'il était erroné de qualifier de meurtre une infraction visée au sous-al. 212(a)(ii). On a affirmé que la *mens rea* requise dans ce cas n'en fait pas un crime aussi grave que celui prévu au sous-al. 212(a)(i) où l'intention requise est de causer la mort de quelqu'un. Je ne peux accepter cette prétention. La

slight to take into account. Let us consider the gravity of the crime described by s. 212(a)(ii) in the light of three examples which, pursuant to the section, would be murder. First an accused forms the intent to inflict multiple stab wounds in the abdomen and chest of a person knowing that the wounds are likely to kill the victim and, heedless of the known probable result, proceeds with the stabbing. Second, an accused forms the intent to shoot a former associate in the chest knowing that death is likely to ensue and, uncaring of the result, shoots the victim in the chest. Third, two accused form the intent to repeatedly and viciously strike a person in the head with a baseball bat realizing full well that the victim will probably die as a result. Nonetheless they continue with the bone-splintering, skull-shattering assault. The accused in all these examples must have committed as grave a crime as the accused who specifically intends to kill. Society would, I think, find the drawing of any differentiation in the degree of culpability an exercise in futility. The difference in the calibration on the scale of culpability is too minute to merit a distinction. I would conclude that the crime defined in s. 212(a)(ii) can properly be described as murder and on a "culpability scale" it varies so little from s. 212(a)(i) as to be indistinguishable.

I find some support for this position in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. There Lamer J., giving the reasons for the Court, stated at pp. 644-45:

There is a very interesting progression through s. 212 to s. 213 with respect to the mental state that must be proven.

The starting point is s. 212(a)(i) . . . .

This clearly requires that the accused have actual subjective foresight of the likelihood of causing the death coupled with the intention to cause that death. This is the most morally blameworthy state of mind in our system.

There is a slight relaxation of this requirement in s. 212(a)(ii) . . . .

différence dans le degré de culpabilité est trop mince pour qu'on en tienne compte. Examinons la gravité du crime décrit au sous-al. 212(a)(ii) en prenant trois exemples qui, selon cet article, constitueraient des meurtres. Premièrement, une personne a l'intention d'infliger des blessures multiples à sa victime en lui donnant des coups de couteau dans l'abdomen et la poitrine, tout en sachant que les blessures sont de nature à la tuer et, indifférent à l'égard de ce résultat probable connu, commence à lui donner des coups de couteau. Deuxièmement, une personne a l'intention de tuer un ancien associé en lui tirant une balle dans la poitrine sachant que la mort risque de s'ensuivre et, indifférent à ce résultat, tire une balle dans la poitrine de la victime. Troisièmement, deux personnes ont l'intention de frapper à plusieurs reprises et avec violence une personne à la tête avec un bâton de baseball sachant fort bien que la victime en mourra probablement. Ils continuent néanmoins à lui briser les os et à lui fracasser le crâne. Dans les trois exemples, les accusés ont certainement commis un crime aussi grave que celui qui a l'intention spécifique de tuer. La société, à mon avis, trouverait futile toute distinction dans le degré de culpabilité. La différence de gravité sur l'échelle de la culpabilité est trop infime pour justifier une distinction. Je suis d'avis de conclure que le crime défini au sous-al. 212(a)(ii) peut être correctement décrit comme un meurtre et, sur une «échelle de culpabilité», il se différencie tellement peu du crime prévu au sous-al. 212(a)(i) qu'il ne peut en être distingué.

Je trouve un certain appui à cette thèse dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, où le juge Lamer, au nom de la Cour, a affirmé aux pp. 644 et 645:

Les articles 212 et 213 traduisent une progression très intéressante en ce qui concerne l'état d'esprit dont on doit faire la preuve.

Le point de départ est le sous-al. 212(a)(i) . . . .

Il est évident que cette disposition exige que l'accusé ait vraiment prévu subjectivement que la mort pourrait être causée, et qu'il ait eu l'intention de la causer. Sur le plan moral, c'est là l'état d'esprit le plus répréhensible dans notre système.

Il y a un léger assouplissement de cette exigence au sous-al. 212(a)(ii) . . . .

Here again the accused must have actual subjective foresight of the likelihood of death. However, the Crown need no longer prove that he intended to cause the death but only that he was reckless whether death ensued or not. It should also be noted that s. 212(a)(ii) is limited to cases where the accused intended to cause bodily harm to the victim.

He went on to note, at pp. 645-46, that there is still a greater relaxation of the requisite mental element in s. 212(c), a provision which "eliminates the requirement of actual subjective foresight and replaces it with objective foreseeability or negligence". It is clear from these observations that the Court in that case concluded that there was but a slight relaxation of the requisite intent in s. 212(a)(ii) from that required by s. 212(a)(i). Section 212(a)(ii) demands a highly subjective mental element to be present, that of the intent to cause the gravest of bodily injuries that are known to the accused to be likely to cause death to the victim. It is to this intent that the s. 214(2) requirement of planning and deliberation can be properly applied.

### The Wiretap Issue

This issue arises out of the cross-examination of the defence witness Jordan by Crown counsel. It was the Crown's position that Schimmens, during his time at the detention centre, had concocted an alibi for his defence and orchestrated the compliance of friends in supporting this alibi. The cross-examination of Jordan, who was Schimmens' girlfriend, was based upon five intercepted telephone calls. From the transcript it is clear that Crown counsel became specific in his interrogation and read to Jordan verbatim from portions of the transcript of the intercepted conversations. Although the Alberta Court of Appeal held that s. 178.16 of the *Criminal Code* did not apply, it based this finding on a mistaken belief that the conversations were between Jordan and one James Wolton. Neither Wolton nor Jordan were accused parties before the Court. However, four of those five conversations (the vital conversations) were instead between Jordan and the accused Schimmens. It was these four conversations which per-

Là encore, l'accusé doit vraiment avoir prévu subjective-ment que la mort pourrait être causée. Toutefois, le ministère public est tenu de prouver non plus qu'il avait l'intention de causer la mort, mais seulement qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Soulignons en outre que l'application du sous-al. 212(a)(ii) se limite aux cas où l'accusé a eu l'intention de causer des lésions corporelles à la victime.

Il a souligné ensuite, à la p. 646, qu'il y a encore un plus grand assouplissement de l'exigence au sous-al. 212(c), une disposition qui a «pour effet d'éliminer l'exigence de prévision subjective réelle pour la remplacer par un critère de prévisibilité objective ou de négligence». Il ressort clairement de ces remarques que, dans cette affaire, la Cour a conclu qu'il n'y avait qu'un léger assouplissement de l'intention requise au sous-al. 212(a)(ii) par rapport à celle requise au sous-al. 212(a)(i). Le sous-al. 212(a)(ii) exige la présence d'un élément moral hautement subjectif, c'est-à-dire l'intention de causer des lésions corporelles très graves que l'accusé sait être de nature à causer la mort de la victime. C'est à l'égard de cette intention que l'exigence de la préméditation au par. 214(2) peut être correctement appliqué.

### La question de l'écoute téléphonique

Cette question découle du contre-interrogatoire du témoin de la défense Jordan par le ministère public. Selon la thèse du ministère public, Schimmens, pendant qu'il était au centre de détention, a fabriqué un alibi pour sa défense et obtenu l'aide de ses amis pour appuyer cet alibi. Le contre-interrogatoire de Jordan, qui était l'amie de Schimmens, s'est fait à partir de cinq appels téléphoniques interceptés. Il ressort clairement de la transcription que l'avocat du ministère public est devenu explicite dans son interrogatoire et a lu textuellement à Jordan des extraits de la transcription des conversations interceptées. Bien que la Cour d'appel de l'Alberta ait décidé que l'art. 178.16 du *Code criminel* ne s'appliquait pas, elle a fondé sa conclusion sur la croyance erronée que les conversations avaient eu lieu entre Jordan et un certain James Wolton. Ni Wolton ni Jordan n'étaient accusés au procès. Cependant, quatre de ces cinq conversations (les conversations essentielles) étaient en réalité entre Jordan et l'accusé

tained to the plan to read and circulate the preliminary hearing transcripts. It was the presentation of these conversations to Jordan which caused her to admit she had lied in her earlier testimony. They were thus seriously damaging to her credibility and to the alibi defence. For the purposes of these reasons I need only deal with the conversations between Jordan and Schimmens.

Section 178.16 of the *Criminal Code*, subss. (1) and (4), reads as follows:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(4) A private communication that has been lawfully intercepted shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of his intention together with

- (a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting forth full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and
- (b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

These provisions are contained in Part IV.1 of the *Criminal Code* which is entitled "Invasion of Privacy" and subtitled "Interception of Communications". These titles in themselves support the position that the purpose of this part of the *Criminal Code* is to protect the natural interest of all individuals in their privacy. These provisions have made the interception of private communications an offence unless they are made either with con-

Schimmens. Ces quatre conversations portaient sur le projet consistant à lire et à faire circuler les transcriptions de l'enquête préliminaire. C'est parce qu'on a fait état de ces conversations que Jordan a avoué qu'elle avait menti dans son témoignage antérieur. Ces conversations ont donc miné sérieusement sa crédibilité et la défense d'alibi. Pour les fins des présents motifs, je n'ai qu'à traiter des conversations qui ont eu lieu entre Jordan et Schimmens.

Les paragraphes 178.16(1) et (4) du *Code criminel* se lisent ainsi:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée, ou la personne à laquelle son auteur la destinait, n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

(4) Une communication privée qui a été légalement interceptée ne doit être admise en preuve que si la partie qui a l'intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné

- a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix; et
- b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

Ces dispositions se trouvent à la Partie IV.1 du *Code criminel* qui est intitulée «Atteintes à la vie privée» et sous-titrée «Interception des communications». Ces titres révèlent d'eux-mêmes que le but de cette partie du *Code criminel* est de protéger l'intérêt naturel de tous les individus dans leur vie privée. Ces dispositions font de l'interception de communications privées une infraction à moins qu'elle ne soit faite avec le consentement d'un

sent of a participant in the conversation or in accordance with the procedure set out in the *Criminal Code*. In the case at bar no notice was given to Schimmens of the Crown's intention to use the intercepted conversations. Nor had there been a *voir dire* in order that the judge might determine whether the interception had been lawfully made as required by *Charette v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 785.

The respondent Crown argued that there was no need to prove that the interception was lawfully made, as it was not intended to use it "against the originator" Schimmens but rather to impeach the credibility of the witness Jordan. Yet the Crown was doing far more than impeaching the credibility Jordan pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. The intercepted conversation was, in fact, being used against the originator Schimmens to destroy his alibi defence. It was the words of Schimmens and Jordan's replies to Schimmens that were read to her. The effect of the cross-examination with the intercepted conversations on the defence alibi was devastating. It led the trial judge in his charge to the jury to put forward the theory that the defence witnesses had lied under oath because they had been concocting the alibi story and to make the suggestion that the jury might consider the fabrication of evidence by an accused as a circumstance from which they could infer consciousness of guilt, although he emphasized it would not be conclusive evidence of guilt.

The effect of Jordan's cross-examination by means of the intercepted communications went far beyond an attack upon the credibility of the witness. In reality they were used as evidence against the accused in contravention of s. 178.16(4). Schimmens was the originator of the most damaging conversations and it was the content of those conversations which was used to rebut his sole defence of alibi. The use of the intercepted conversations in this way contravened the provisions of s. 178.16(4).

participant à la conversation ou en conformité avec la procédure établie dans le *Code criminel*. En l'espèce, le ministère public n'a donné aucun avis à Schimmens de son intention d'utiliser les conversations interceptées. Il n'y a pas eu non plus de *voir-dire* pour que le juge puisse déterminer si l'interception avait été faite légalement, comme l'exige l'arrêt *Charette c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 785.

Le ministère public a soutenu qu'il n'était pas nécessaire d'établir que l'interception avait été faite légalement parce qu'il n'avait pas l'intention de l'utiliser «contre son auteur» Schimmens, mais plutôt pour attaquer la crédibilité du témoin Jordan. Toutefois, le ministère public n'a pas seulement attaqué la crédibilité de Jordan en application de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5. La conversation interceptée était, dans les faits, utilisée contre son auteur Schimmens pour détruire sa défense d'alibi. Ce sont les paroles de Schimmens et les réponses de Jordan qu'on a lues à Jordan. Le contre-interrogatoire tenu à partir des conversations interceptées a eu un effet dévastateur sur la défense d'alibi. Il a amené le juge du procès, dans son exposé au jury, à présenter la thèse que les témoins de la défense avaient menti sous serment parce qu'ils avaient fabriqué un alibi et à proposer au jury de considérer le fait que l'accusé avait fabriqué une preuve comme une circonstance à partir de laquelle il pourrait conclure que l'accusé était conscient de sa culpabilité, le juge soulignant toutefois qu'il ne s'agirait pas là d'une preuve concluante de culpabilité.

L'effet du contre-interrogatoire de Jordan à partir des communications interceptées est allé plus loin qu'une attaque de la crédibilité du témoin. En réalité, ces communications ont été utilisées comme preuve contre l'accusé en contravention du par. 178.16(4). Schimmens était l'auteur des conversations les plus préjudiciables et c'est le contenu de ces conversations qui a été utilisé pour repousser sa défense qui reposait uniquement sur un alibi. Un tel usage des conversations interceptées contrevenait aux dispositions du par. 178.16(4).

This was the view expressed by David Watt (now Watt J.) in his text *Law of Electronic Surveillance in Canada*. At page 298 he wrote:

An issue may perhaps arise in the case of primary evidence being used for testimonial impeachment as to whether the receivability of the primary evidence need be shown where it is not being used in a substantive way. The provisions of section 178.16 do not distinguish between primary evidence used to advance the prosecution's case in a substantive way and that used to incidentally advance it by impeaching the testimonial reliability of the accused as a defence witness. The distinction is, in reality, one of form not of substance and it would accord more with the spirit of the legislation to require proof of the lawfulness of the interception as well as proof of the fact that the alleged statement was made.

If the Crown were permitted to use the conversations in the manner suggested in this case, it would permit the Crown to do indirectly what it is prohibited from doing directly. To allow such a procedure could result in widespread abuse and a fundamental unfairness to accused persons.

The introduction, in the absence of the procedural safeguards provided by the *Criminal Code*, of the intercepted conversations between the witness Jordan and the appellant Schimmens during the cross-examination of Jordan was improper.

I must as well reject the Crown's contention that this is a proper case to invoke the saving provisions of s. 613(1)(b)(iii). Although it may well be true that the conversations would have been readily admitted had a *voir dire* been held, it is impossible to determine that in the absence of such a *voir dire*. To assume their admissibility would be to assume without any evidence that the requirements of the *Criminal Code* had been complied with.

Since the *voir dire* was not held and the Court cannot presume its result, the case must be considered without the evidence of the intercepted conversations. In those circumstances the Crown cannot meet the requisite standards to warrant the implementation of s. 613(1)(b)(iii). The Crown would have to satisfy the Court that in the absence of any reference in the evidence to the intercepted

C'est l'opinion exprimée par David Watt (maintenant le juge Watt) dans son ouvrage *Law of Electronic Surveillance in Canada*. À la p. 298, il a écrit:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il se peut que l'utilisation d'une preuve primaire pour attaquer un témoignage soulève la question de savoir si sa recevabilité doit être démontrée lorsqu'elle n'est pas utilisée comme preuve de fond. Les dispositions de l'art. 178.16 n'établissent pas de distinction entre la preuve primaire utilisée pour favoriser la thèse de la poursuite quant au fond et celle utilisée pour la favoriser de façon indirecte en attaquant la crédibilité du témoignage de l'accusé comme témoin de la défense. Il s'agit en réalité d'une distinction de forme et non de fond et il serait plus conforme à l'esprit de la loi d'exiger à la fois la preuve de la légalité de l'interception et la preuve du fait que la déclaration visée a été faite.

<sup>d</sup> Si on permettait au ministère public d'utiliser les conversations de la manière proposée en l'espèce, ce serait permettre au ministère public de faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement. Permettre une telle procédure pourrait entraîner des abus généralisés et constituer une injustice fondamentale envers les accusés.

<sup>e</sup> En l'absence des garanties procédurales prévues par le *Code criminel*, on ne devait pas permettre d'introduire les conversations interceptées entre le témoin Jordan et l'appelant Schimmens durant le contre-interrogatoire de Jordan.

<sup>f</sup> Je dois également rejeter la prétention du ministère public qu'il s'agit d'un cas approprié pour invoquer les dispositions correctrices du sous-al. 613(1)(b)(iii). S'il est peut-être vrai que les conversations auraient été admises si un *voir-dire* avait été tenu, il est impossible de l'affirmer en l'absence de ce *voir-dire*. Présumer leur admissibilité reviendrait à présumer sans preuve que les exigences du *Code criminel* ont été respectées.

<sup>h</sup> Puisqu'il n'y a pas eu de *voir-dire* et que la Cour ne peut tenir son résultat pour acquis, l'affaire doit être jugée sans la preuve résultant des conversations interceptées. Dans ces circonstances, le ministère public ne peut satisfaire aux exigences préalables requises pour justifier l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii). Le ministère public aurait à convaincre la Cour qu'en l'absence de toute allu-

communications, the verdict would necessarily have been the same. It has been decided that when exculpatory evidence has been improperly excluded then any reasonable effect that exclusion may have had on the jury should, in considering the subsection, enure to the benefit of the accused. See *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. The same principle must apply to inculpatory evidence that was improperly included. When that principle is applied to this case it becomes apparent that the Crown cannot meet the test.

In the circumstances, a new trial must be directed not only for the appellant Schimmens, but also for Nygaard.

It seems unfortunate that Nygaard too must have a new trial yet it appears to be the inescapable result. It is true that the erroneously admitted evidence affects only Schimmens in his alibi defence. Even if it led the jury to a reasonable doubt as to the guilt of Schimmens and his acquittal, the unchallenged fact remains that Hammond was battered to death with a baseball bat in the presence of Nygaard by someone who arrived with Nygaard. Nor does the alibi evidence of Schimmens affect the jury's conclusion in the first trial that Nygaard was a party to the murder committed by whoever it was that swung the baseball bat. The jury was carefully and properly instructed with regard to Nygaard's position as a party and this is not contested.

Nevertheless, on a new trial the evidence then adduced might lead a jury to a conclusion that the killing amounted to murder in the second degree and not first degree. If Nygaard did not also have a new trial, the incongruous and unacceptable result might be that Schimmens, the prime mover in the crime, was found guilty of second degree murder while Nygaard, the party to the crime, was found guilty of murder in the first degree.

In the result, I would set aside the convictions and direct a new trial of both appellants.

sion, dans la preuve, aux conversations interceptées, le verdict aurait nécessairement été le même. Il a été décidé que lorsqu'une preuve disculpatoire a été exclue à tort, tout effet raisonnable que cette exclusion peut avoir eu sur le jury, aux fins de l'application de ce sous-alinéa, devrait jouer en faveur de l'accusé. Voir l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311. Le même principe doit être appliqué à la preuve inculpatoire qui a été admise à tort. Quand ce principe est appliqué à l'espèce il devient évident que le ministère public ne peut satisfaire aux exigences requises.

Compte tenu des circonstances, un nouveau procès doit être ordonné non seulement pour l'appelant Schimmens mais également pour Nygaard.

Il est malheureux que Nygaard doive subir un autre procès, mais il semble que ce soit là un résultat inévitable. Il est vrai que la preuve admise à tort ne porte atteinte qu'à la défense d'alibi de Schimmens. Même si elle devait amener le jury à avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de Schimmens et donc aboutir à son acquittement, le fait non contesté demeure que Hammond a été battu à mort avec un bâton de baseball en présence de Nygaard par quelqu'un qui est arrivé avec Nygaard. Le témoignage de Schimmens quant à son alibi n'affecte en rien la conclusion du jury dans le premier procès que Nygaard était partie au meurtre commis par celui qui s'est servi du bâton de baseball. Le jury a reçu des directives appropriées et soigneusement présentées en ce qui concerne la position de Nygaard comme partie et cela n'est pas contesté.

Quoi qu'il en soit, la preuve présentée au nouveau procès pourrait peut-être inciter le jury à conclure qu'il s'agissait d'un meurtre au deuxième degré et non d'un meurtre au premier degré. Si Nygaard n'obtenait pas également un nouveau procès, le résultat absurde et inacceptable pourrait être que Schimmens, l'auteur principal du crime, serait déclaré coupable de meurtre au second degré alors que Nygaard, partie au crime, serait déclaré coupable de meurtre au premier degré.

En définitive, je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour les deux appelants.



The reasons of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have had the benefit of reading the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Cory. I agree with their views on the first issue.

While I agree with Cory J. in the result on the second issue, I reach that conclusion by a different route. Section 178.16 (now s. 189) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, provides:

**178.16** (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

I share the view of L'Heureux-Dubé J. that "admissible as evidence" is a term of art in the law of evidence. It designates the putting of evidence into the record — evidence which the jury can rely on in making its conclusions. Cross-examination on a prior statement does not make that statement evidence.

That is not to say that the statement does not become evidence if it is proved. One way of proving the statement is by the witness' acknowledging that she made the statement and stating that it is true. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, at p. 629, summarizes the law as follows:

A witness who is cross-examined as to a previous inconsistent statement may: (1) admit that he made the statement and that it is true; (2) admit that he made the statement but deny its truth . . . ; (3) deny that he made the statement . . . .

It is only in the first situation that the statement comes within the testimonial response and becomes evi-

Version française des motifs des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Cory. Je partage leur opinion quant à la première question.

Bien que je partage la conclusion du juge Cory quant à la deuxième question, j'y arrive par une voie différente. L'article 178.16 (maintenant l'art. 189) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, prévoit:

**178.16** (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

Je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé que l'expression «admissible en preuve» est un terme technique du droit de la preuve. Elle désigne la production d'une preuve au dossier, une preuve sur laquelle le jury peut s'appuyer pour rendre ses conclusions. Le contre-interrogatoire sur une déclaration antérieure ne fait pas de cette déclaration une preuve.

Cela ne veut pas dire que la déclaration ne peut faire partie de la preuve si elle est elle-même prouvée. La déclaration peut notamment être prouvée lorsque le témoin reconnaît avoir fait la déclaration et affirme qu'elle est exacte. Dans son ouvrage, *Canadian Criminal Evidence*, à la p. 629, McWilliams résume le droit de la façon suivante:

[TRADUCTION] Le témoin qui est contre-interrogé sur une déclaration antérieure contradictoire peut: (1) admettre qu'il a fait la déclaration et qu'elle est exacte; (2) admettre qu'il a fait la déclaration mais nier son exactitude [ . . . ]; (3) nier qu'il a fait la déclaration . . .

Ce n'est que dans le premier cas que la déclaration fait partie du témoignage et devient une preuve contre

dence against the accused as to the truth of the facts therein . . . . [Emphasis added.]

In this case we have the first situation referred to by McWilliams. The witness acknowledged that she had the telephone conversation and admitted her statements were true. It would seem, therefore, that her statements were admitted as evidence.

This is not the end of the matter, however. When the witness under cross-examination admitted that she had made certain statements, it was not the intercepted communication to which the Act is directed that became evidence, but her testimony. Section 178.16(1) is confined to the admission in evidence of intercepted private communications. Its purpose is to prevent the Crown from tendering as evidence private communications which have been unlawfully intercepted. Its purpose was not to prevent witnesses from giving evidence about conversations in which they took part, merely because they may have been intercepted by the police. An intercepted private communication under s. 178.16(1) is a private communication which is in the hands of the Crown as a result of an interception. I agree with L'Heureux-Dubé J. that s. 178.16(1) was never intended to apply to defence witnesses giving evidence about conversations in which they participated.

Extending s. 178.16(1) to all evidence about statements that may happen to have been intercepted would produce anomalous results. While the accused would still be able to give evidence of prior statements in his own defence by expressly consenting to their admission, the use of the word "consent" hardly seems apt to describe such a process. More seriously, what of a case where a defence witness gives evidence of a conversation, unaware that the Crown has intercepted it? In such circumstances the accused would be unaware of the need to expressly consent to the statement being introduced, with the result that it would be inadmissible. Moreover, since the only prohibition is on the admission of evidence, a defence witness could be cross-examined on his or her statement without violating the section, but could not state that he made the statement or that it was true.

l'accusé quant à l'exactitude des faits qui y sont contenus [ . . . ] [Je souligne.]

En l'espèce, nous sommes en présence de la première situation mentionnée par McWilliams. Le témoin a reconnu qu'elle avait eu la conversation téléphonique et a admis que ses déclarations étaient exactes. Il semblerait donc que ses déclarations ont été admises en preuve.

Toutefois cela ne règle pas la question. Lorsque le témoin a admis en contre-interrogatoire qu'elle avait fait certaines déclarations, ce n'est pas la communication interceptée visée par la Loi qui est devenue une preuve, mais son témoignage. Le paragraphe 178.16(1) vise uniquement l'admission en preuve de communications privées interceptées. Son objet est d'empêcher le ministère public de présenter en preuve des communications privées qui ont été interceptées illégalement. Son objet n'est pas d'empêcher des témoins de témoigner au sujet de conversations auxquelles ils ont pris part, pour la simple raison que ces conversations ont pu être interceptées par la police. Une communication privée interceptée, au sens du par. 178.16(1), est une communication privée qui est en la possession du ministère public par suite d'une interception. Je partage l'opinion du juge L'Heureux-Dubé que le par. 178.16(1) n'a jamais été conçu pour s'appliquer aux témoins de la défense qui témoignent au sujet de conversations auxquelles ils ont participé.

Si l'on étendait la portée du par. 178.16(1) à tous les témoignages concernant des déclarations qui ont pu être interceptées, on créerait des anomalies. L'accusé pourrait toujours témoigner au sujet de déclarations antérieures pour sa propre défense, en consentant expressément à leur admission, quoique l'emploi du terme «consentement» ne paraît guère à propos. Plus important encore, qu'en serait-il du cas où un témoin de la défense témoigne au sujet d'une conversation sans savoir que le ministère public l'a interceptée? Dans une telle situation, l'accusé ne saurait pas qu'il est nécessaire de consentir expressément à l'introduction de la déclaration, et celle-ci serait donc inadmissible. En outre, puisque la seule interdiction vise l'admission de la preuve, on pourrait contre-interroger un témoin de la défense sur ses déclarations sans contrevenir à l'article, mais ce témoin ne

These awkward results are avoided if s. 178.16(1) is confined to intercepted communications in the hands of the Crown.

What then is the result? Is the Crown to be allowed to introduce unlawfully obtained intercepted statements indirectly by questioning witnesses on them? As Cory J. points out, that would seem not only anomalous, but unfair.

In my opinion, the answer to this question is governed by a principle that stands independent of s. 178.16(1) of the *Criminal Code*. I am of the view that the intercepted statement should not have been referred to in cross-examination without the Crown's first establishing that the statement was lawfully obtained. The authorities establish that Crown cross-examination of defence witnesses must be based on admissible evidence: McWilliams, *op. cit.*, at p. 500, quoting *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237 (N.B.C.A.):

But whether the evidence submitted in direct or on cross-examination is for the purpose of impugning the character or the credibility of a witness, the nature of such evidence must be such that it is admissible under the rules of evidence; and the manner of bringing it out must be in accord with the rules of fair practice, and not in violation or derogation of the right of witnesses or accused persons.

For this reason, a witness generally cannot be cross-examined on a confession that has not been proved voluntary. McWilliams, *op. cit.*, states at p. 627:

It is improper for counsel to cross-examine a witness regarding a confession which has not been ruled voluntary and *a fortiori* one which has been ruled involuntary: *Monette v. The Queen* (1956), 114 C.C.C. 363 (S.C.C.); *Hebert v. The Queen* (1954), 113 C.C.C. 97 (S.C.C.), *per* Cartwright, J. (dissenting); *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93.

This applies to cross-examination of the accused on confessions not proved to be voluntary: *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120. More closely parallel to this case, it also applies to cross-examination of

pourrait pas affirmer qu'il a fait la déclaration ou qu'elle était exacte. Ces anomalies sont évitées si le par. 178.16(1) est restreint aux communications interceptées qui sont en la possession du ministère public.

Quel est alors le résultat? Le ministère public devrait-il être autorisé à introduire indirectement des déclarations interceptées illégalement en interrogeant les témoins sur celles-ci? Comme le souligne le juge Cory, cela semble non seulement irrégulier mais injuste.

À mon avis, la réponse à cette question est régie par un principe indépendant du par. 178.16(1) du *Code criminel*. Je suis d'avis que la déclaration interceptée n'aurait pas dû être mentionnée en contre-interrogatoire, avant que le ministère public établisse d'abord la légalité de son obtention. La jurisprudence établit que le contre-interrogatoire des témoins de la défense par le ministère public doit être fondé sur une preuve admissible: McWilliams, *op. cit.*, à la p. 500, citant l'arrêt *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237 (C.A.N.-B.):

[TRADUCTION] Mais que la preuve présentée en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire vise à attaquer la réputation ou la crédibilité d'un témoin, cette preuve doit être admissible en vertu des règles de preuve; et la manière de l'introduire doit être conforme aux règles d'une pratique équitable et ne pas constituer une atteinte ou une dérogation aux droits des témoins ou des accusés.

Pour cette raison, un témoin ne peut généralement pas être contre-interrogé sur une confession lorsqu'on n'a pas prouvé qu'elle a été faite librement. McWilliams, *op. cit.*, affirme à la p. 627:

[TRADUCTION] Un avocat ne devrait pas contre-interroger un témoin au sujet d'une confession dont le caractère libre n'a pas été établi et *a fortiori* au sujet d'une confession qui a été jugée ne pas avoir été faite librement: *Monette v. The Queen* (1956), 114 C.C.C. 363 (S.C.C.); *Hebert v. The Queen* (1954), 113 C.C.C. 97 (S.C.C.), le juge Cartwright, (dissident); *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93.

Cette règle s'applique au contre-interrogatoire de l'accusé sur des confessions dont le caractère libre n'a pas été prouvé: *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] R.C.S. 120. Pour revenir à la présente espèce,

defence witnesses other than the accused on confessions made to the witness that have not been proved to be voluntary and admissible: *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388 (C.A.)

The rule does not extend to cross-examination by an accused on a confession made by his or her co-accused. Different considerations prevail there because of the need to guarantee the co-accused a full and fair trial and not deprive him or her of legitimate defences: *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288 (P.C.)

In summary, the fundamental consideration governing cross-examination on prior statements in a criminal trial is fairness. The law recognizes that it would be unfair to permit the Crown to introduce inadmissible statements against an accused by the device of questioning defence witnesses on them in cross-examination. For this reason, the cases hold that the Crown must show the statements to be admissible before embarking on such cross-examination. On the other hand, where cross-examination is necessary to afford an accused a fair trial, it is permitted.

Considerations of fairness suggest that intercepted statements governed by Part IV.1 of the *Criminal Code* should be treated in the same manner as confessions for purposes of Crown cross-examination of defence witnesses. In each case, the statement is inadmissible until the Crown proves the conditions of its admissibility — in the case of confessions, voluntariness, in the case of intercepted statements, compliance with the conditions laid down by the *Criminal Code*. In each case, to permit the Crown to question defence witnesses on the statement without requiring the Crown to first establish its admissibility would be, as my colleague Cory J. points out, to permit the Crown to do indirectly what it cannot do directly. Evidence which might be inadmissible under exclusionary rules based on policy or fairness, might nevertheless be taken into consideration by the jury, and no amount of careful instruction by

cette règle s'applique également au contre-interrogatoire de témoins de la défense autres que l'accusé au sujet de confessions faites au témoin quand il n'a pas été prouvé que ces confessions étaient libres et admissibles: *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388 (C.A.)

La règle ne s'étend pas au contre-interrogatoire par l'accusé au sujet d'une confession faite par son coaccusé. Ce sont d'autres considérations qui s'appliquent alors parce qu'il faut garantir au coaccusé une défense pleine et entière ainsi qu'un procès équitable et ne pas le priver de moyens de défense légitimes: *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288 (P.C.)

En résumé, la considération fondamentale qui régit un contre-interrogatoire concernant des déclarations antérieures dans un procès criminel est l'équité. Le droit reconnaît qu'il serait injuste de permettre au ministère public d'introduire des déclarations inadmissibles contre un accusé par le biais d'un contre-interrogatoire des témoins de la défense à leur sujet. Pour cette raison, les tribunaux ont conclu que le ministère public doit établir que les déclarations sont admissibles avant d'entreprendre un tel contre-interrogatoire. En revanche, lorsque le contre-interrogatoire est nécessaire pour garantir à un accusé un procès équitable, il est autorisé.

Pour des raisons d'équité, les déclarations interceptées régies par la partie IV.1 du *Code criminel* devraient être traitées de la même façon que les confessions en ce qui concerne le contre-interrogatoire des témoins de la défense par le ministère public. Dans chaque cas, la déclaration est inadmissible jusqu'à ce que le ministère public établisse les conditions de son admissibilité, c'est-à-dire, dans le cas des confessions, leur caractère libre et, dans le cas des déclarations interceptées, le respect des conditions établies par le *Code criminel*. Dans chaque cas, permettre au ministère public d'interroger les témoins de la défense sur une déclaration sans d'abord exiger que le ministère public établisse l'admissibilité de cette déclaration, reviendrait, comme mon collègue le juge Cory le souligne, à permettre au ministère public de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Le jury pourrait malgré tout prendre en considéra-

the judge as to the use to which the evidence may be put could ensure that it would not become part of their perception of the case. In the case of intercepted private communications, just as in the case of confessions, fairness requires that the Crown establish the admissibility of statements it seeks to use against the accused before putting them to defence witnesses in cross-examination.

The logic of extending the rule governing the use of confessions in cross-examination by the Crown to other *prima facie* inadmissible statements is recognized by May, *Criminal Evidence*, s. 8-86, who, after setting out the rules governing cross-examination on confessions, including the rule that a defendant may not be cross-examined on an inadmissible confession, concludes: "The same rules apply to any other inadmissible statement made by a defendant."

In this case, the Crown cross-examined a defence witness on a statement, the admissibility of which had not been established. The Crown was thus allowed to put before the jury and use against the accused a statement that s. 178.16(1) of the *Criminal Code* made inadmissible against the accused without proof that it had been lawfully obtained. This was unfair and on the authorities should not have been permitted.

I agree with Cory J. that although the use of the intercepted statements affected only Schimmens in his alibi defence, to allow only Schimmens' appeal might lead to incongruous results.

I would set aside the convictions and direct a new trial of both appellants.

tion une preuve qui pourrait être inadmissible en vertu de règles d'exclusion fondées sur des raisons de principes et d'équité et tous les soins apportés par le juge dans ses directives concernant l'utilisation de la preuve ne pourraient garantir que cette déclaration serait totalement écartée de leur évaluation de l'affaire. Dans le cas de communications privées interceptées, comme dans le cas de confessions, l'équité exige que le ministère public fasse la preuve de l'admissibilité des déclarations qu'il veut utiliser contre l'accusé avant de les présenter en contre-interrogatoire aux témoins de la défense.

Dans son ouvrage *Criminal Evidence*, art. 8-86, May, reconnaît la logique d'étendre la règle régissant l'utilisation de confessions en contre-interrogatoire par le ministère public à d'autres déclarations qui, à première vue, seraient inadmissibles. En effet, après avoir établi les règles régissant le contre-interrogatoire sur des confessions, y compris la règle qu'un défendeur ne peut être contre-interrogé sur une confession inadmissible, l'auteur conclut: [TRADUCTION] «Les mêmes règles s'appliquent aux autres déclarations inadmissibles faites par un défendeur».

En l'espèce, le ministère public a contre-interrogé un témoin de la défense sur une déclaration dont l'admissibilité n'avait pas été établie. On a donc permis au ministère public de présenter au jury et d'utiliser contre l'accusé une déclaration que le par. 178.16(1) du *Code criminel* rendait inadmissible contre l'accusé sans la preuve de la légalité de son obtention. C'était inéquitable et, d'après la jurisprudence, cela n'aurait pas dû être permis.

Je suis d'accord avec la conclusion du juge Cory selon lequel, bien que l'utilisation des déclarations interceptées n'ait eu d'incidence que sur la défense d'alibi de Schimmens, accueillir uniquement l'appel de Schimmens pourrait aboutir à des résultats absurdes.

Je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès pour les deux appelants.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—The appellants raise two issues in these appeals. While I am in agreement with my colleague Justice Cory as to the disposition of the first issue concerning the construction of ss. 212(a)(ii) and 214(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, with deference, I cannot agree with his disposition of the second issue raised.

This issue concerns the proper interpretation of s. 178.16 (now s. 189) of the *Criminal Code*. Section 178.16 (1) provides:

**178.16** (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence. [Emphasis added.]

I note at the outset that no constitutional challenge is at issue here as regards s. 178.16 of the *Criminal Code*.

The title of Part IV.1 of the *Criminal Code*, in which s. 178.16 (now s. 189) can be found, is "Invasion of Privacy". The right to privacy is of crucial importance in our society, and should be ardently protected by the courts. There are many legal tools which are available to help protect an individual from unwarranted invasions of privacy. These tools range from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to private law remedies. Part IV.1 of the *Criminal Code* is only one of a range of possible protections. It is aimed at one particular aspect of the problem of invasion of privacy: electronic surveillance for the purposes of crime detection. As such, it is a specific tool, designed for a specific goal.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ces appels soulèvent deux questions. Quoique je partage l'opinion de mon collègue le juge Cory sur la première qui a trait à l'interprétation du sous-al. 212(a)(ii) et du par. 214(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, avec égards, je ne suis pas d'accord sur la seconde.

Cette seconde question concerne l'interprétation de l'art. 178.16 (maintenant l'art. 189) du *Code criminel*, qui énonce:

**178.16** (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

Je note dès maintenant que la constitutionnalité de l'art. 178.16 du *Code criminel* n'est pas en litige ici.

La partie IV.1 du *Code criminel* dans laquelle se retrouve l'art. 178.16 (maintenant l'art. 189) s'intitule «Atteintes à la vie privée». Le droit à la vie privée est d'une importance cruciale dans notre société et doit être fermement protégé par les tribunaux. Plusieurs mécanismes juridiques sont disponibles pour protéger une personne contre une atteinte injustifiée à sa vie privée. Ces mécanismes vont de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux recours de droit privé. La partie IV.1 du *Code criminel* est l'une parmi la gamme des protections possibles. Elle vise un aspect particulier du problème de l'atteinte à la vie privée: l'écoute électronique en vue de la détection de crimes. Il s'agit donc d'un mécanisme spécifique conçu dans un but spécifique.

This specific goal is described as a balancing of objectives by Zuber J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, at p. 369:

It is apparent that in enacting the *Protection of Privacy Act*, 1973-74 (Can.), c. 50, now Part IV.1 of the *Code*, Parliament had two objectives. The first was to protect private communications by prohibiting interception and to render inadmissible evidence obtained in violation of the statute. The second objective, which balances the first, was to recognize the need to allow the appropriate authorities, subject to specific controls, to intercept private communications in the investigation of serious crime, and to adduce the evidence thus obtained.

This legislation must be viewed and interpreted with a full, fair and realistic appreciation of both these objectives. The right to private communication cannot be diluted simply because unlawful interceptions are made by honest men whose motives are simply to detect crime. On the other hand, this legislation is not a legal briar patch calculated to frustrate the legitimate aims of the prosecution.

I agree. The goal of protecting individuals from unwanted electronic surveillance is often at cross-purposes with the desire for effective law enforcement in an increasingly sophisticated technological age. As a result, an often delicate balance must be struck between the two aims. In my view, one must assume that the legislature, in enacting the "Invasion of Privacy" provisions of the *Criminal Code*, was establishing the balance it desired. It is my view that the proper role of the courts is to interpret the provisions in a manner which gives full effect to the legislative intent. When s. 178.16 speaks of the inadmissibility of evidence, these words should not be extended so as to exclude other possible uses of intercepted communications.

In my view, s. 178.16 clearly applies only to intercepted communications which the Crown might seek to adduce as evidence. The wording is explicit. The word "evidence" is a term of art in criminal law. It cannot be supposed that Parliament was unaware of either the meaning of this term or the implications of its use within s. 178.16. As a result, s. 178.16 cannot be said to include the use of intercepted private communications for the

Le juge Zuber de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, décrit ce but spécifique comme la recherche d'un équilibre entre divers objectifs (à la p. 369):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il est évident qu'en adoptant la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74 (Can.), chap. 50, maintenant la partie IV.1 du *Code*, le Parlement visait deux objectifs. Le premier était de protéger les communications privées en interdisant l'interception et en rendant inadmissible la preuve obtenue en violation de la loi. Le second objectif, qui fait contrepoids au premier, était de reconnaître la nécessité de permettre aux autorités appropriées, sous réserve de certaines restrictions précises, d'intercepter des communications privées au cours d'une enquête sur un crime grave et de produire la preuve ainsi obtenue.

Il faut considérer et interpréter cette loi en fonction d'une appréciation complète, juste et réaliste de ces deux objectifs. Le droit aux communications privées ne saurait être atténué simplement parce que des interceptions illégales sont effectuées par des hommes honnêtes qui cherchent uniquement à découvrir le crime. D'un autre côté, cette loi n'est pas un buisson de ronces juridiques imaginé pour frustrer les fins légitimes de la poursuite.

<sup>e</sup> Je suis d'accord. L'objectif de protection des individus contre une écoute électronique non désirée est souvent à l'opposé du désir de faire respecter la loi de façon efficace dans une ère de sophistication technologique croissante. En conséquence, un équilibre souvent délicat doit être trouvé entre ces deux objectifs. À mon avis, on doit présumer que la législature, en adoptant les dispositions du *Code criminel* portant sur les «atteintes à la vie privée», a établi cet équilibre. J'estime que le rôle approprié des tribunaux est d'interpréter ces dispositions de façon à donner plein effet à l'intention du législateur. Lorsque l'art. 178.16 parle de l'inadmissibilité de la preuve, la portée de ces mots ne devrait pas être étendue pour exclure d'autres usages possibles des communications interceptées.

L'article 178.16 s'applique clairement à mon avis aux seules communications interceptées que la poursuite pourrait chercher à mettre en preuve. Le texte est explicite. Le mot «preuve» est un terme de l'art en droit criminel. On ne saurait supposer que le Parlement ignorait et le sens de ce terme et les implications de son utilisation dans l'art. 178.16. En conséquence, l'art. 178.16 ne saurait être interprété comme incluant l'utilisation de communi-

sole purpose of testing the credibility of a witness such as Jordan in cross-examination in the circumstances of this case.

In the present case Glenda Jordan was called as a witness by the accused Schimmens at the trial of Nygaard and Schimmens. Jordan was the live-in girlfriend of Schimmens. Her testimony was crucial to Schimmens' alibi defence. This defence was based on the claim by Jordan that she saw him at the race-track where she worked at roughly the same time that the assault on the victim Hammond occurred across town. Schimmens' alibi was also supported by testimony from one Brian Sager who claimed to have been with Schimmens at the track at the relevant time. It was the Crown's theory that the alibi was false, and was orchestrated by Schimmens from the Remand Centre where he was detained.

In cross-examination, the Crown sought to destroy the credibility of Jordan as Schimmens' chief alibi witness. To this end, it made use of prior inconsistent statements made by Jordan. These were aimed primarily at determining whether she was following instructions from Schimmens with respect to her testimony, and whether she had obtained a copy of the transcript of the preliminary inquiry and used it to instruct Sager. None of the prior inconsistent statements used by the Crown contained actual contradictory information regarding Jordan's claim to have seen Schimmens at the race-track at the time of the murder. Thus the cross-examination did not directly disprove the alibi. However, the use of the conflicting statements by the Crown led Jordan to admit to having lied in certain portions of her testimony, and in particular to having followed instructions from Schimmens concerning her own testimony and the briefing of Sager. Needless to say, the use of the prior inconsistent statements had a devastating effect on Jordan's credibility as a witness.

tions privées interceptées pour la seule fin de tester la crédibilité d'un témoin tel que Jordan en contre-interrogatoire dans les circonstances de la présente affaire.

a

En l'espèce, Glenda Jordan fut appelée comme témoin par l'accusé Schimmens au procès de Nygaard et Schimmens. Jordan faisait vie commune avec Schimmens. Son témoignage était crucial pour la défense d'alibi de Schimmens. Cette défense reposait sur la prétention de Jordan qu'elle l'avait vu à la piste de courses où elle travaillait à l'heure approximative où les voies de fait sur la victime Hammond étaient commises à l'autre bout de la ville. L'alibi de Schimmens était aussi fondé sur le témoignage d'un certain Brian Sager qui a prétendu être avec Schimmens à la piste au moment pertinent. Selon la thèse de la Couronne cet alibi était faux et avait été orchestré par Schimmens du centre de détention où il était détenu.

c

d

e

f

g

h

i

j

En contre-interrogatoire, la poursuite a cherché à miner la crédibilité de Jordan comme principal témoin de Schimmens sur la question de l'alibi. À cette fin, la poursuite a utilisé des déclarations antérieures incompatibles de Jordan. Celles-ci avaient trait, notamment, au fait de savoir si, dans son témoignage, elle suivait les instructions de Schimmens et si elle avait obtenu une copie de la transcription de l'enquête préliminaire et l'avait utilisée pour en informer Sager. Aucune de ces déclarations antérieures incompatibles dont s'est servie la Couronne ne contenait d'information contradictoire sur la prétention de Jordan qu'elle avait vu Schimmens à la piste de courses au cours de la période durant laquelle le meurtre a eu lieu. Le contre-interrogatoire n'a donc pas directement contredit l'alibi. Cependant, l'utilisation par la Couronne des déclarations incompatibles a amené Jordan à admettre qu'elle avait menti dans certaines parties de son témoignage, en particulier, qu'elle avait, lors de son témoignage, suivi les instructions de Schimmens et qu'elle avait informé Sager. Il va sans dire que l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles a produit un effet dévastateur sur la crédibilité du témoignage de Jordan.



The controversy over the use of these statements relates to their source. The statements were contained in transcripts of a recorded telephone conversation between Jordan and an individual named James Wolton, and in three separate telephone conversations between Jordan and Schimmens. The appellants argue that the statements were inadmissible since it was never established that the interceptions were lawful pursuant to s. 178.16 of the *Criminal Code*.

An objection to the use of these statements was made at trial. The following discussion took place in the absence of the jury:

THE COURT: Yes, Mr. MacPherson.

MR. MacPHERSON: Thank you, My Lord. It appears that my learned friend is introducing evidence of an interception of a private communication. In my respectful submission, would that not bring into play the provision of Sections [sic] 178 of the Criminal Code?

MR. MARTIN: I at this point in these proceedings am cross-examining the witness with respect to a previous oral inconsistent statement pursuant to Section 11 of the Canada Evidence Act. My respectful submission is that if she agrees she makes these statements, how they came into my possession is completely irrelevant. It's not evidence, it's just been cross-examining her going to the issue of her credibility.

MR. MacPHERSON: Well, it certainly is indeed evidence in my respectful submission, My Lord, and I appreciate the point that my learned friend is making. What he is doing in effect is introducing evidence of an interception of a private communication. In my respectful submission then Section 178 comes into play.

MR. MARTIN: Just so we're clear here, I'm not introducing any evidence at this point. I'm asking the witness if she recalls saying these statements which are inconsistent with her current evidence.

THE COURT: Which part of 178.16 are you speaking; that it's inadmissible in evidence?

MR. MacPHERSON: Yes, Sir.

THE COURT: 1(a). That's your total submission?

MR. MacPHERSON: Yes, Sir, 178.16(1),

La controverse au sujet de l'utilisation de ces déclarations porte sur leur source. Ces déclarations faisaient partie de la transcription d'une conversation téléphonique enregistrée entre Jordan et un nommé James Wolton ainsi que de trois autres conversations téléphoniques entre Jordan et Schimmens. Les appelants plaident que ces déclarations étaient inadmissibles étant donné qu'il n'a jamais été mis en preuve que ces interceptions avaient été obtenues légalement en conformité avec l'art. 178.16 du *Code criminel*.

Lors du procès, une objection a été faite à l'utilisation de ces déclarations. L'échange suivant eut lieu en l'absence du jury:

[TRADUCTION] LA COUR: Oui, M. MacPherson.

M. MacPHERSON: Merci, Votre Seigneurie. Il semble que mon savant ami introduit en preuve l'interception d'une conversation privée. À mon humble avis, ceci ne fait-il pas jouer l'article 178 du Code criminel?

M. MARTIN: À ce stade des procédures je contre-interroge le témoin sur une déclaration orale antérieure incompatible en vertu de l'article 11 de la Loi sur la preuve au Canada. Je prétends respectueusement que si elle admet avoir fait ces déclarations, leur provenance n'est aucunement pertinente. Ce n'est pas de la preuve, c'est seulement un contre-interrogatoire qui vise la crédibilité.

M. MacPHERSON: Bien, c'est certainement de la preuve à mon avis respectueusement, Votre Seigneurie, et je comprends le point de mon savant ami. Ce qu'il fait, en réalité, c'est introduire la preuve de l'interception d'une communication privée. Ceci, je le soutiens respectueusement, met en jeu l'article 178.

M. MARTIN: Seulement pour clarifier ici, je n'introduis aucune preuve à ce stade. Je demande au témoin si elle se souvient d'avoir fait ces déclarations qui sont incompatibles avec son témoignage actuel.

LA COUR: De quelle partie de 178.16 parlez-vous; que c'est une preuve inadmissible?

M. MacPHERSON: Oui, monsieur.

LA COUR: 1(a). Ce sont là toutes vos prétentions?

M. MacPHERSON: Oui, monsieur, 178.16(1):

“A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless”

And it goes onto (a) and (b). Unless “the interception was lawfully made,” or (b) “the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof.”

THE COURT: Well, as Mr. Martin says, he's not introducing the interception as evidence. He's merely attempting to refresh the memory of this particular witness, and it appears to be refreshing her memory.

MR. MacPHERSON: What he is doing, My Lord, in my respectful submission, is reading directly from the communication that was made.

THE COURT: No question he is, but it's still not being introduced as evidence. It's not evidence unless she adopts it or does not adopt it.

MR. MacPHERSON: Well, if she adopts it, My Lord — let's say for the sake of argument she adopts it, then does it not come squarely within Section 178?

THE COURT: As I understand it, the transcript is not being tendered. It's her viva voce evidence after her memory has been refreshed that is being put before the jury.

MR. MacPHERSON: Well, in my respectful submission, My Lord, none of it is admissible because of the prohibition in Section 178.

THE COURT: We will continue. Jury, please. [Emphasis added.]

There is nothing to indicate that the statements were illegally obtained. In fact, the Crown submits in its factum that the proper judicial authorization had been obtained for the interceptions. The controversy in this case is over the trial judge's decision that proof of their legality need not be tendered at this stage under the circumstances.

The issue of whether the Crown should have been permitted to use these statements in the cross-examination of Jordan was raised on appeal to the Court of Appeal of Alberta (1987), 36 C.C.C. (3d) 199. Belzil J.A., for the majority, made the following remarks at p. 203:

While the Crown was aware of the contents of these intercepted conversations from transcripts in its possession, it did not seek to introduce them as evidence

«Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins que»

a Et on poursuit avec (a) et (b). À moins que «l'interception n'ait été faite légalement» ou (b) que «l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.»

b LA COUR: Bien, comme le dit M. Martin, il n'introduit pas l'interception en preuve. Il tente tout simplement de rafraîchir la mémoire de ce témoin et il semble que sa mémoire se rafraîchit.

c M. MacPHERSON: Ce qu'il fait, Votre Seigneurie, à mon humble avis, c'est lire directement la communication qui a été faite.

LA COUR: Sûrement, mais il ne l'a pas encore introduite en preuve. Ce n'est pas de la preuve jusqu'à ce qu'elle l'adopte ou non.

d M. MacPHERSON: Bien, si elle l'adopte, Votre Seigneurie, — disons pour les fins de l'argument qu'elle l'adopte — alors est-ce que ce cas ne relève pas carrément de l'article 178?

e LA COUR: Comme je le comprends, la transcription n'est pas produite. C'est son témoignage de vive voix, après qu'on ait rafraîchi sa mémoire, qui est mis en preuve devant le jury.

f M. MacPHERSON: Bien respectueusement, Votre Seigneurie, rien de cela n'est admissible parce que prohibé en vertu de l'article 178.

LA COUR: Nous allons continuer. Le jury s'il vous plaît. [Je souligne.]

g Rien n'indique que les déclarations furent obtenues illégalement. En fait, la poursuite souligne dans son mémoire qu'une autorisation judiciaire a bel et bien été obtenue pour ces interceptions. Le litige ici a trait à la décision du juge selon laquelle h il n'était pas nécessaire de faire la preuve de leur légalité à ce stade et dans ces circonstances.

La Cour d'appel de l'Alberta (1987), 36 C.C.C. (3d) 199, a eu à se prononcer sur la question de savoir si la poursuite devait être autorisée à se servir de ces déclarations. Le juge Belzil, pour la majorité, a fait les remarques suivantes, à la p. 203:

j [TRADUCTION] Quoique la poursuite ait été au courant des conversations interceptées à partir des transcriptions en sa possession, elle n'a pas cherché à les introduire en

against the "originator", Jordan, or the "intended receiver", Wolton, neither of whom were on trial; it only sought to cross-examine the witness on her prior inconsistent statements. Hence the exclusionary rule in s. 178.16 had no application and the trial judge did not err in ruling that the Crown was not required to prove the lawfulness of the interceptions before using them for cross-examination. The jury were never told that the Crown had obtained these prior inconsistent statements by interception of private telephone conversations. As far as the jury were concerned, these were simply prior inconsistent statements made by the witness.

The appellants argue that the decision of Belzil J.A. with respect to the intercepted phone conversations is erroneous because he appeared to be under the impression that the conversations in question were only between Jordan and Wolton. It is clear from the transcripts of the trial that the Crown also made use of intercepted conversations between Jordan and Schimmens. The appellants argue that this fact invalidates the reasoning behind the Court of Appeal's dismissal of that ground of appeal. However, in my view this does not affect the overall finding of the Court of Appeal. The more important point to be drawn from the above cited passage is that the Crown did not seek to introduce the conversations as evidence, and used them only in the cross-examination of the witness Jordan.

The Crown made use of the previous inconsistent statements pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which reads:

11. Where a witness, on cross-examination as to a former statement made by him relative to the subject-matter of the case and inconsistent with his present testimony, does not distinctly admit that he did make the statement, proof may be given that he did in fact make it, but before that proof can be given the circumstances of the supposed statement, sufficient to designate the particular occasion, shall be mentioned to the witness, and he shall be asked whether or not he did make the statement.

The proper procedure under this section is explained by Professor Bryant in "The Adversary's Witness: Cross-Examination and Proof of Prior

preuve contre Jordan, «l'auteur», ou Wolton, «de destinataire», aucun d'eux ne subissant leur procès; elle a seulement cherché à contre-interroger le témoin sur ses déclarations antérieures incompatibles. D'où le fait que la règle d'exclusion de l'art. 178.16 n'a pas d'application et le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant que la poursuite n'était pas requise de faire la preuve de la légalité des interceptions avant de s'en servir en contre-interrogatoire. Le jury n'a jamais été informé du fait que la poursuite avait obtenu ces déclarations antérieures incompatibles par l'interception de conversations privées. Pour ce qui concerne le jury, elles étaient simplement des déclarations antérieures incompatibles faites par un témoin.

Les appelants plaident que la décision du juge Belzil en ce qui concerne les conversations téléphoniques interceptées est erronée parce qu'il semble qu'il ait été sous l'impression que ces conversations avaient eu lieu uniquement entre Jordan et Wolton. Il appert en effet des transcriptions du procès que la poursuite a aussi fait usage de conversations interceptées entre Jordan et Schimmens. Les appelants en concluent que ce fait invalide le raisonnement qui sous-tend le rejet par la Cour d'appel de ce moyen d'appel. J'estime toutefois que ceci est sans effet sur l'ensemble de la décision de la Cour d'appel. Le point important à retenir du passage que je viens de citer est que la poursuite n'a pas cherché à introduire en preuve les conversations et qu'elle ne s'en est servie qu'au cours du contre-interrogatoire du témoin Jordan.

La Couronne a utilisé ces déclarations antérieures incompatibles en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, qui se lit:

11. Si un témoin, contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure faite par lui relativement au sujet de la cause et incompatible avec sa présente déposition, n'admet pas clairement qu'il a fait cette déclaration, il est permis de prouver qu'il l'a réellement faite. Avant de pouvoir établir cette preuve, les circonstances dans lesquelles a été faite la prétendue déclaration doivent être exposées au témoin de manière à désigner suffisamment l'occasion en particulier, et il faut lui demander s'il a fait ou non cette déclaration.

La procédure à suivre en vertu de cet article est expliquée par le professeur Bryant dans «The Adversary's Witness: Cross-Examination and

Inconsistent Statements" (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 43, at pp. 60-61:

It requires counsel to ask the witness whether he did make such and such a statement. In order that the witness may adequately respond to this question, counsel must first identify the circumstances and the occasion of the making of the former statement so that the witness has an opportunity to recall it. As a minimum, counsel should advise the witness of "the time, place and persons involved in the supposed contradiction" together with the particulars of the statement. If these suggestions do not refresh the witness's memory, counsel may read the pertinent parts of the alleged statement to the witness. In the event the witness "distinctly admits" that he made that statement or that part, there is no need to independently prove the contradiction.

The procedure outlined above was followed by Crown counsel in the present case. Since Jordan ultimately admitted that she had made the statements in question, there was no need for the Crown to make independent proof of the statements.

The following excerpts from the transcript of the trial serve as an illustration both of the procedure followed by the Crown and the admission of Jordan that she had made the inconsistent statements:

Q. That conversation took place at 1:25 I suggest to you, on the afternoon of March 5. About an hour later, Miss Jordan, about an hour later that same day, did Mr. Schimmens phone back and ask you once you said hello, did he say, "Did they make it?" meaning Guy Chittick and Brian Sager, and you said, "Yeah", and he said, "Are they both there?" And you said, "Both of them. Do you want to talk to them?" And he said, "Yeah". And he then spoke to Guy Chittick. Do you remember that? Let me keep reading then. After he spoke to Guy Chittick, he spoke to Brian Sager, and then — incidentally, you would have been present while he was speaking to Sager, and Sager at that time was at page 20 of the transcript. And then you got back on the phone, and he said, that is John Schimmens said to you, "So, what's happening babes?" And you said, "Notin. I'm watching Another World." John said, "Hmm." You said, "They're doing their thing," meaning Chittick and Sager are reading the transcript, and John said, "Uh hmm. Well, says he figures it'll take

Proof of Prior Inconsistent Statements" (1984), 62 *R. du B. can.* 43, aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Elle oblige le procureur à demander au témoin s'il a fait telle ou telle déclaration. Afin de permettre au témoin de répondre adéquatement à cette question, le procureur doit d'abord identifier les circonstances et l'occasion où ces déclarations ont été faites afin de donner au témoin la possibilité de s'en souvenir. À tout le moins, le procureur doit informer le témoin du «temps, de l'endroit et des personnes impliquées dans la contradiction supposée» ainsi que des détails de cette déclaration. Si ces informations ne suffisent pas à rafraîchir la mémoire, le procureur peut lire au témoin les parties pertinentes de ces prétendues déclarations. Dans le cas où le témoin «admet clairement» qu'il a fait cette déclaration ou cette partie de cette déclaration, il n'est pas nécessaire de faire la preuve de la contradiction.

Cette procédure a été suivie par le procureur de la poursuite en l'instance. Comme Jordan a finalement admis qu'elle avait fait les déclarations en question, il n'était nullement nécessaire pour la poursuite de faire une preuve particulière de ces déclarations.

Les extraits suivants de la transcription du procès illustrent tant la procédure suivie par la poursuite que l'aveu de Jordan qu'elle avait fait les déclarations incompatibles:

[TRADUCTION]

Q. Je dirais que la conversation a eu lieu à 13 h 25, dans l'après-midi du 5 mars. Environ une heure plus tard, Mlle Jordan, environ une heure plus tard le même jour, est-ce que M. Schimmens vous a rappelée et demandé, après que vous ayez répondu hello, a-t-il dit, «Est-ce qu'ils l'ont fait?» visant Guy Chittick et Brian Sager, et vous avez dit, «Ouais». Et il a dit, «Sont-ils tous deux là?» Et vous avez dit, «Tous les deux, Voulez-vous leur parler?» Et il a dit, «Ouais». Et il a alors parlé à Guy Chittick. Vous souvenez-vous de cela? Laissez-moi poursuivre ma lecture alors. Et il a parlé à Guy Chittick, il a parlé à Brian Sager et alors — incidemment, vous auriez été présente pendant la conversation avec Sager et Sager à ce moment était à la page 20 de la transcription. Et alors vous avez repris le téléphone et il a dit, c'est-à-dire John Schimmens vous a dit, «Alors qu'est-ce qui arrive, bébé?» Et vous avez dit, «Rien, j'écoute Another World.» John a dit «Hmm.» Vous avez dit, «Ils font leur chose», signifiant que Chittick et Sager lisaient la transcription et John a dit «Uh hmm.

him a couple of days to read that. It shouldn't take that long." You say, "At the most." John says, "A couple of hours." You say, "Yes." John says, "Steady reading. Want some copies?" You say, "Huh?" He says, "Copy?" You say, "Yeah." Does that refresh your memory?

A. Yes.

Q. That did happen, didn't it?

A. Yes.

Q. And Miss Jordan, you lied to us here under oath this morning when you said that to your knowledge Brian Sager had not read that transcript?

A. At the time I couldn't remember, but he did.

Q. You didn't remember? You paid the man who dropped him off at your house. You paid him \$10.

A. Mmm hmm.

Q. You lied to us this morning when you said John hadn't arranged that, didn't you?

A. Yup.

Q. That last conversation I read you, that took place at 2:16 in the afternoon on March 5. So, the first call was at 1:25 to tell you he would be over, at 2:16 to ask if he'd come yet and how far he'd gotten, at 3:09 the third call that afternoon March 5 between John Schimmens and you. He says to you jokingly, "Is this the Jordan residence?" And you say, "Yeah." And he says, "Okay." And you say, "Oh." And John Schimmens says to you, "Still reading that?" meaning is Sager still reading the transcript, and you say, "Yeah". He says, "Oh." And you say, "He's in the bedroom." "Yeah", meaning Brian Sager was in the bedroom reading the transcript of the preliminary inquiry; is that right?

A. I can't remember if he was in the bedroom. He might have been in the bedroom.

Q. You remember this conversation. What?

A. Sure, yup.

What was "proven" by the Crown in cross-examination was not the content of the earlier statements made by the witness Jordan. Rather, it was the simple fact that contradictory statements had been made by that witness. Jordan's subse-

Bien, il dit que cela va lui prendre une couple de jours pour lire cela. Cela ne devrait pas prendre aussi longtemps.» Vous dites, «Au plus.» John dit, «Une couple d'heures.» Vous dites, «Oui.» John dit, «Lecture suivie. Voulez-vous des copies?» Vous dites «Hein?» Il dit, «Copie?». Vous dites, «Ouais.» Est-ce que ceci vous rafraîchit la mémoire?

A. Oui.

Q. C'est arrivé, n'est-ce pas?

A. Oui.

Q. Et, Mlle Jordan, vous nous avez menti ici sous serment ce matin lorsque vous nous avez dit qu'à votre connaissance Brian Sager n'avait pas lu la transcription?

A. À ce moment-là, je ne pouvais pas me souvenir, mais il l'a lue.

Q. Vous ne vous souveniez pas? Vous avez payé l'homme qui l'a laissée chez vous. Vous l'avez payé 10 \$.

A. Mmm hmm.

Q. Vous nous avez menti ce matin lorsque vous avez dit que John n'avait pas arrangé cela, n'est-ce pas?

A. Ouais.

Q. Cette dernière conversation que je viens de vous lire qui a pris place à 14 h 16 dans l'après-midi du 5 mars. Alors, le premier appel s'est fait à 13 h 25 pour vous dire qu'il viendrait, à 14 h 16 pour vous demander s'il était arrivé et où il était rendu, à 15 h 09 le troisième appel cet après-midi du 5 mars entre John Schimmens et vous. Il vous a dit à la blague, «Est-ce la résidence des Jordan?» Et vous dites, «ouais». Et il dit, «Okay». Et vous dites, «Oh». Et John Schimmens vous dit, «Encore après lire cela?» signifiant est-ce que Sager lit encore la transcription, et vous dites, «Ouais». Il dit, «Oh.» Et vous dites, «Il est dans la chambre à coucher». «Ouais», signifiant que Brian Sager était dans la chambre à coucher à lire la transcription de l'enquête préliminaire, n'est-il pas vrai?

A. Je ne peux pas me rappeler si c'est dans la chambre à coucher. Il se peut qu'il y était.

Q. Vous vous souvenez de cette conversation. Quoi?

A. Sûrement, ouais.

Ce qui a été «prouvé» par la poursuite en contre-interrogatoire n'est pas le contenu des déclarations antérieures faites par le témoin Jordan mais plutôt le simple fait que des déclarations contradictoires avaient été faites par ce témoin. Les aveux subsé-

quent admissions that she lied to the jury, and her explanations of the circumstances of her deceit formed a part of her testimony at trial. Neither the fact that the Crown proved that she had contradicted herself, nor Jordan's own testimony relating to the phone conversations necessarily imply that the intercepted communications became evidence in the trial pursuant to the terms of s. 178.16 of the *Criminal Code*.

In *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415, the Alberta Supreme Court, Appellate Division, was faced with a situation where one of the accused was cross-examined as to an intercepted private communication which had previously been ruled inadmissible. In dismissing the appellant's appeal on this point Sinclair J.A. for the Court observed at pp. 424-25:

Finally, before leaving the point, I cannot see how Part IV.1 of the *Code* can be interpreted as prohibiting the recipient of a private communication from testifying as to the contents of that communication.

I agree. There was nothing in the *Criminal Code* to stop Glenda Jordan from testifying as to her previous conversations with the accused Schimmens or with Wolton, whether they were intercepted or not. Had she been questioned, for example, about a prior conversation with a neighbour, her own testimony concerning that conversation would form an incontestable part of the record. The hearsay nature of the conversation and the fact that it may have been private are immaterial once the witness decides to give testimony in relation to the conversation. Under such circumstances, the means by which the Crown has been made aware of the existence of a prior communication are immaterial. It is only when the witness denies the existence of the previous conversation that the Crown must take steps to prove it.

When, as in the present case, the intended and actual recipient of the intercepted communication chooses to testify as to the content of the communication, it would be paradoxical indeed if such person were prohibited from talking about her own previous conversations on the ground that her privacy was being protected.

quents de Jordan qu'elle avait menti au jury et ses explications des circonstances de sa tromperie ont fait partie de son témoignage au procès. Ni le fait que la poursuite ait prouvé qu'elle se soit contredite ni le propre témoignage de Jordan au sujet de ces conversations téléphoniques emportent nécessairement que les conversations interceptées soient devenues de la preuve au procès aux termes de l'art. 178.16 du *Code criminel*.

Dans l'arrêt *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415, la Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel, a eu à envisager une situation où un des accusés était contre-interrogé au sujet d'une conversation privée interceptée qui avait précédemment été déclarée inadmissible. Rejetant l'appel sur ce point, le juge Sinclair, parlant au nom de la Cour, a observé aux pp. 424 et 425:

[TRANSDUCTION] Finalement, avant de laisser cette question, je ne peux pas voir comment la partie IV.1 du *Code* peut être interprétée comme empêchant celui qui reçoit une communication privée de témoigner relativement au contenu de cette communication.

Je suis d'accord. Il n'y a rien au *Code criminel* qui puisse empêcher Glenda Jordan de témoigner quant à ses conversations antérieures avec l'accusé Schimmens ou avec Wolton, interceptées ou non. Aurait-elle été interrogée, par exemple, au sujet d'une conversation antérieure avec un voisin, que son propre témoignage au sujet de cette conversation ferait incontestablement partie du dossier. Le fait que la conversation relève du ouï-dire et qu'elle ait pu être privée n'est pas pertinent une fois que le témoin décide de témoigner au sujet de cette conversation dans de telles circonstances. Les moyens par lesquels la poursuite a été mise au courant de l'existence d'une conversation antérieure ne sont pas pertinents. C'est uniquement lorsque le témoin dénie l'existence de la conversation antérieure que la poursuite doit prendre les moyens de la prouver.

Lorsque, comme dans le cas présent, le destinataire visé et véritable de la communication interceptée choisit de témoigner, il serait tout à fait paradoxal que cette personne soit empêchée de faire état de ses conversations antérieures au motif qu'on protège sa vie privée.

Since writing these reasons, I have had the advantage of taking cognizance of the reasons of my colleague, Justice McLachlin. Upon further reflection, I tend to agree with her that the best approach in the interest of fairness to the accused, an argument not raised by counsel before us, would be for judges to hold a prior *voir dire* on the admissibility of the intercepted conversation on which the prosecution relies and wishes to question a witness, whether or not it is then formally tendered in evidence.

However, since in the present case it is now known that the intercepted conversation in question was made with prior judicial authorization, I see no point in ordering a new trial. In my view, such a result would not be in the best interest of the administration of justice.

I would accordingly dismiss the appeals.

*Appeals allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Alan Gustaf Nygaard: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Solicitors for the appellant John Alexander Schimmens: Pringle, Brimacombe & Sanderman, Edmonton.*

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

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'avantage de prendre connaissance de l'opinion de ma collègue le juge McLachlin. Après réflexion, j'ai tendance à être d'accord avec elle que la meilleure approche en toute équité pour l'accusé, un argument qui n'a pas été plaidé devant nous, serait que le juge tienne au préalable un voir-dire sur l'admissibilité de la conversation interceptée sur laquelle la poursuite s'appuie et désire interroger un témoin, qu'elle soit ou non formellement introduite en preuve.

Toutefois, comme, en l'espèce, il est maintenant connu que la conversation interceptée en question a été légalement autorisée, je ne vois pas de raison d'ordonner un nouveau procès. J'estime qu'un tel résultat n'est pas dans l'intérêt de l'administration de la justice.

Je rejeterais donc les appels.

*Pourvois accueillis, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appellant Alan Gustaf Nygaard: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Procureurs de l'appellant John Alexander Schimmens: Pringle, Brimacombe & Sanderman, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.*

**The Canada Employment and Immigration Commission, the Deputy Attorney General of Canada and the Attorney General of Canada**  
*Applicants*

v.

**Marcelle Tétreault-Gadoury** *Respondent*

and

**Léon Vellone, Rodrigue Deraiche and André Manocchio** *Mis en cause*

INDEXED AS: TÉTREAUULT-GADOURY v. CANADA  
(EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION)

File No.: 21222.

Present: Lamer J.

1989: October 24; 1989: November 17.

MOTION TO STATE CONSTITUTIONAL QUESTIONS

*Practice — Constitutional questions — Statement — Refusal by Court to state two constitutional questions — Questions not in accordance with Rule 32 of the Rules of the Supreme Court of Canada.*

Under Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, a constitutional question under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is no different from any other constitutional question. A question shall be stated only when the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute or of regulations is raised, or the inoperability thereof is urged.

**Cases Cited**

Referred to: *Dubois v. The Queen*, S.C.C., No. 18608, June 28, 1984, unreported; *Mills v. The Queen*, S.C.C., No. 17818, November 24, 1983, unreported; *Staranchuk v. The Queen*, S.C.C., No. 17931, December 16, 1983, unreported; *Guillemette v. The Queen*, S.C.C., No. 18145, March 6, 1984, unreported; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, S.C.C., No. 18154, January 10, 1984, unreported.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, rr. 4, 32 [am. SOR/84-821, s. 1].

MOTION to state constitutional questions and to extend time. Motion granted in part.

**La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, le sous-procureur général du Canada et le procureur général du Canada** *Requérants*

<sup>a</sup> c.

**Marcelle Tétreault-Gadoury** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Léon Vellone, Rodrigue Deraiche et André Manocchio** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: TÉTREAUULT-GADOURY c. CANADA  
(COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

<sup>c</sup> N° du greffe: 21222.

Présent: Le juge Lamer.

1989: 24 octobre; 1989: 17 novembre.

<sup>d</sup> REQUÊTE POUR ÉNONCER DES QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES

*Pratique — Questions constitutionnelles — Formulation — Refus par la Cour de formuler deux questions constitutionnelles — Questions non conformes à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême du Canada.*

Aux fins de l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, une question constitutionnelle en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne diffère en aucune manière des autres questions constitutionnelles. Une question constitutionnelle ne doit être formulée que lorsqu'est contestée la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement ou lorsqu'est plaidé son caractère inopérant.

<sup>g</sup> **Jurisprudence**

Décisions mentionnées: *Dubois c. La Reine*, C.S.C., n° 18608, 28 juin 1984, inédite; *Mills c. La Reine*, C.S.C., n° 17818, 24 novembre 1983, inédite; *Staranchuk c. La Reine*, C.S.C., n° 17931, 16 décembre 1983, inédite; *Guillemette c. La Reine*, C.S.C., n° 18145, 6 mars 1984, inédite; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, C.S.C., n° 18154, 10 janvier 1984, inédite.

<sup>i</sup> **Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 4, 32 [mod. DORS/84-821, art. 1].

<sup>j</sup> REQUÊTE pour énoncer des questions constitutionnelles et pour accorder un délai. Requête accueillie en partie.



*Claude Joyal and Carole Bureau, for the applicants.*

*Robert Décary and Jean-Guy Ouellet, for the respondent.*

The following reasons for the order were delivered by

LAMER J.—I have been asked to state the following constitutional questions pursuant to Rule 32(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, and to extend time to so do.

1. Does s. 19 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (formerly s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended 1976-77, c. 54), which excludes persons aged 65 and over from unemployment insurance benefits violate the equality rights of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 19 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (formerly s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended 1976-77, c. 54), justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus consistent with the *Constitution Act, 1982*?

3. Is a board of referees established pursuant to s. 76 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (formerly s. 91 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48), constitutionally competent to find or declare that a statutory provision which it must apply is of no force or effect for the reason that it considers the provision to be in violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. Regardless of the answer to question 3, can the Federal Court of Appeal, in the case of an application to review and set aside a decision of a board of referees pursuant to s. 28(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, issue a direction to the board to assume that a statutory provision which it must apply is inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is, in consequence, inoperative?

Rule 32(1) reads as follows:

32. (1) When a party to an appeal

*Claude Joyal et Carole Bureau, pour les requérants.*

*Robert Décary et Jean-Guy Ouellet, pour l'intimée.*

Les motifs suivants de l'ordonnance ont été rendus par

LE JUGE LAMER—On m'a demandé de formuler les questions constitutionnelles suivantes, en vertu du par. 32(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, et d'accorder un délai pour ce faire.

1. L'article 19 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1 (autrefois l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48, tel que modifié par 1976-77, chap. 54), qui exclut les personnes âgées de 65 ans ou plus du bénéfice des prestations d'assurance-chômage viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'art. 19 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1 (autrefois l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48, tel que modifié par 1976-77, chap. 54), est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Un conseil arbitral créé en vertu de l'art. 76 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1 (autrefois l'art. 91 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48), est-il constitutionnellement habilité à constater ou déclarer inopérante une disposition législative qu'il est tenu d'appliquer au motif qu'il la considère contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Indépendamment de la réponse à la question 3, la Cour d'appel fédérale, dans le cadre d'une demande d'examen et d'annulation présentée en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, peut-elle émettre une directive à l'intention d'un conseil arbitral de tenir pour acquis qu'une disposition législative qu'il est tenu d'appliquer est incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est de ce fait inopérante?

Voici le libellé du par. 32(1):

32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi autorisé par la Cour, par la cour de dernier ressort d'une province, par la Cour d'appel fédérale ou d'un pourvoi de plein droit, une partie

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder, or

(b) intends to urge the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder,

(c) (Revoked, SOR/84-821, s. 1)

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question, within thirty days from the granting of leave to appeal or within thirty days from the filing of the notice of appeal in an appeal with leave of the court of final resort in a province, the Federal Court of Appeal, or in an appeal as of right.

Rule 32(1) was amended on October 23, 1984. The amendment was for the purpose of modifying para. (b) and deleting para. (c). Paragraph (c) read as follows:

(c) intends to urge that his rights as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed or denied,

Notwithstanding the generality of that subsection as regards the nature of the application, which included not only s. 52 challenges but also s. 24 applications for remedy not seeking a declaration of inoperability of a law, this Court, as a matter of policy, and exercising discretion under Rule 4 of the Rules of Court, refused to state such questions when,

(1) the question proposed did not comprehend the degree of generality which would justify the application of Rule 32,

(2) the issue raised was essentially one of evidence,

(3) the question arose from the facts of the case,

(4) there was no attack on the validity of a law, but when the Court was being asked to construe a law in the light of a section of the *Charter*, or

(5) that the alleged infringement or denial of guaranteed rights arose from particular facts as opposed to a law or regulation.

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province, ou de l'un de leurs règlements d'application, ou

b) entend plaider le caractère inopérant d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province ou de l'un de leurs règlements d'application,

c) (Abrogé, DORS/84-821, art. 1)

elle doit, après avoir donné avis aux autres parties et dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de l'inscription de l'avis de pourvoi, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

Le paragraphe 32(1) a été modifié le 23 octobre 1984. Il en a résulté la modification de l'al. b) et l'abrogation de l'al. c) qui se lisait comme suit:

c) entend plaider qu'elle est victime de violation ou de négation des droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*,

Malgré les termes généraux de ce paragraphe quant à la nature des demandes qui incluaient tant les contestations en vertu de l'art. 52 que les demandes de réparation en vertu de l'art. 24, sans déclaration du caractère inopérant d'une loi, cette Cour, pour des raisons de principe et dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 4 des Règles de la Cour, a refusé de formuler de telles questions lorsque

(1) la question proposée n'était pas d'ordre suffisamment général pour justifier l'application de l'art. 32,

(2) la question soulevée avait essentiellement trait à la preuve,

(3) la question découlait des faits de la cause,

(4) on ne contestait pas la validité d'une loi mais qu'on demandait plutôt à la Cour d'interpréter une loi à la lumière d'un article de la *Charte*, ou

(5) la violation ou la négation alléguée des droits ou libertés garantis découlait des faits particuliers de la cause et non pas d'une loi ou d'un règlement.

(See *Dubois v. The Queen*, S.C.C., No. 18608, June 28, 1984 (per Dickson C.J.); *Mills v. The Queen*, S.C.C., No. 17818, November 24, 1983 (per Laskin C.J.); *Staranchuk v. The Queen*, S.C.C., No. 17931, December 16, 1983 (per Laskin C.J.); *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, S.C.C., No. 18154, January 10, 1984 (per Estey J.); *Guillemette v. The Queen*, S.C.C., No. 18145, March 6, 1984 (per Beetz J.))

The amendment to our Rules in October 1984, a few months after the Chief Justice's decision in *Dubois*, supra, reflects the policy of the Court under the previous Rule 32(1). It made it amply clear that under Rule 32(1) a constitutional question under the *Charter* is no different from any other constitutional question, and thus a question shall be stated only when the constitutional validity, or the constitutional applicability of a statute or of regulations is raised, or that the inoperability thereof is urged.

When reading the questions it is obvious to me that questions 1 and 2 meet the test, but that questions 3 and 4 do not.

For these reasons, I extend time, and state questions 1 and 2 only.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the applicants: John Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.*

(Voir *Dubois c. La Reine*, C.S.C., n° 18608, le 28 juin 1984 (le juge en chef Dickson); *Mills c. La Reine*, C.S.C., n° 17818, le 24 novembre 1983 (le juge en chef Laskin); *Staranchuk c. La Reine*, C.S.C., n° 17931, le 16 décembre 1983 (le juge en chef Laskin); *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, C.S.C., n° 18154, le 10 janvier 1984 (le juge Estey); *Guillemette c. La Reine*, C.S.C., n° 18145, le 6 mars 1984 (le juge Beetz).)

La modification de nos Règles en octobre 1984, quelques mois après la décision du Juge en chef dans *Dubois*, précitée, reflète la position de principe que la Cour avait adoptée à l'égard de l'ancien par. 32(1). Elle indique clairement qu'aux fins du par. 32(1) une question constitutionnelle en vertu de la *Charte* ne diffère en aucune manière des autres questions constitutionnelles et qu'en conséquence, une question constitutionnelle ne doit être formulée que lorsqu'est contestée la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement ou lorsqu'est plaidé son caractère inopérant.

Il m'apparaît évident, à la lecture des questions, que les questions 1 et 2 remplissent ces exigences, mais pas les questions 3 et 4.

Pour ces raisons, j'accorde un délai et je ne formule que les questions 1 et 2.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur des requérants: John Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.*

**Leslie Steven Szlovak** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SZLOVAK

File No.: 21464.

1989: November 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Robbery — Trial judge excluding from evidence the money seized from the accused and the statement made by him to the police — Whether trial judge erred in excluding the evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1989), 96 A.R. 73, setting aside the accused's acquittal on a charge of robbery and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Terence C. Semenuk*, for the appellant.

*Lindsay MacDonald*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal as of right. We are not persuaded that there was error on the part of the Alberta Court of Appeal. The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Singleton Urquhart MacDonald, Calgary.*

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

**Leslie Steven Szlovak** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. SZLOVAK

N° du greffe: 21464.

1989: 28 novembre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin.

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

<sup>c</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Vol qualifié — Juge du procès ayant écarté de la preuve l'argent saisi de l'accusé et la déclaration qu'il a faite à la police — Le juge du procès a-t-il eu tort d'écarter ces éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1989), 96 A.R. 73, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation de vol qualifié et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *Terence C. Semenuk*, pour l'appellant.

*Lindsay MacDonald*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous ne sommes pas convaincus qu'il y a eu erreur de la part de la Cour d'appel de l'Alberta. Le pourvoi est donc rejeté.

<sup>h</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Singleton Urquhart MacDonald, Calgary.*

<sup>i</sup> *Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Glen Arthur Stensrud and Guy W. Smith**  
*Respondents*

INDEXED AS: R. v. STENSRUD

File No.: 21131.

1989: November 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Eighteen-month delay between arrest and commencement of trial — Whether accused's right to be tried within a reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).*

**Statutes and Regulations Cited***Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 67 Sask. R. 269, 42 C.C.C. (3d) 569, 38 C.R.R. 50, allowing the respondents' appeal from their conviction on charges of trafficking in narcotics, possession of narcotics for the purpose of trafficking and possession of a prohibited weapon. Appeal dismissed.

*S. R. Fainstein, Q.C., and Barrie Miller, for the appellant.*

*Mark Brayford, for the respondent Stensrud.*

*William H. Roe, for the respondent Smith.*

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to hear from you, Mr. Brayford and Mr. Roe. Justice Sopinka will deliver the judgment of the Court.

SOPINKA J.—This is an appeal from the Saskatchewan Court of Appeal which allowed an appeal from the trial judge who refused an

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*

c.

**Glen Arthur Stensrud et Guy W. Smith***a Intimés*

RÉPERTORIÉ: R. c. STENSRUD

N° du greffe: 21131.

*b* 1989: 30 novembre.

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

*c* EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de dix-huit mois entre l'arrestation et le début du procès — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).*

**Lois et règlements cités***e* *Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 67 Sask. R. 269, 42 C.C.C. (3d) 569, 38 C.R.R. 50, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés contre leur déclaration de culpabilité prononcée relativement à des accusations de trafic de stupéfiants, de possession de stupéfiants pour en faire le trafic et de possession d'une arme prohibée. Pourvoi rejeté.

*S. R. Fainstein, c.r., et Barrie Miller, pour l'appelante.*

*Mark Brayford, pour l'intimé Stensrud.*

*h* *William H. Roe, pour l'intimé Smith.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Brayford et M<sup>e</sup> Roe. Le juge Sopinka va rendre le jugement de la Cour.

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi est formé contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui a accueilli l'appel d'une décision du juge

application for a stay pursuant to s. 11(b) by the respondents.

The provincial courts of appeal are generally in a better position than this Court to assess the reasonableness of their province's institutional limitations and resources. Nevertheless, they must decide applications under s. 11(b) on the basis of correct principles. The appellant contends that some of those principles have not been settled by this Court. We are of the opinion that this case does not appropriately raise for decision the issues which have not been settled. Based on the particular circumstances of this case, we are not in disagreement with the result reached by the Court of Appeal for Saskatchewan. Accordingly, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Stensrud: Brayford-Shapiro, Saskatoon.*

*Solicitors for the respondent Smith: Roe & Olson, Saskatoon.*

de première instance qui avait refusé une demande d'arrêt des procédures faite par les intimés conformément à l'al. 11b).

<sup>a</sup> Les cours d'appel provinciales sont généralement mieux placées que notre Cour pour évaluer le caractère raisonnable des limites et des ressources institutionnelles de leur province. Néanmoins, elles doivent statuer sur les requêtes fondées sur l'al. <sup>b</sup> 11b) en fonction de principes justes. L'appelante soutient que certains de ces principes n'ont pas été établis par notre Cour. Nous sommes d'avis que la présente affaire ne se prête pas à une décision sur les questions qui n'ont pas été réglées. Compte <sup>c</sup> tenu des circonstances particulières de l'espèce, nous ne sommes pas en désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel de la Saskatchewan. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

<sup>d</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.*

<sup>e</sup> *Procureurs de l'intimé Stensrud: Brayford-Shapiro, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intimé Smith: Roe & Olson, Saskatoon.*

**Austin Miles Hall** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HALL

File No.: 20997.

1989: November 30.

Present: Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Directed verdict — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.***Cases Cited****Applied:** *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal<sup>1</sup>, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.*Chris Martin*, for the appellant.*Gregg Lawlor*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—This appeal, which comes to us as of right, must fail under the test set out in 1987 by this Court in *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, and previously by a majority of this Court in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802. The appeal is accordingly dismissed.*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.**Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.***Austin Miles Hall** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. HALL

N° du greffe: 20997.

1989: 30 novembre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>c</sup> *Droit criminel — Verdict imposé — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquittal?***Jurisprudence**<sup>d</sup> **Arrêts appliqués:** *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba<sup>1</sup>, qui a accueilli l'appel du ministère public contre le verdict d'acquittal de l'accusé prononcé à l'égard d'une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.*Chris Martin*, pour l'appelant.<sup>f</sup> *Gregg Lawlor*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE LAMER—Ce pourvoi, formé de plein droit, doit échouer selon le critère énoncé en 1987 par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, et antérieurement par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802. Le pourvoi est donc rejeté.*Jugement en conséquence.*<sup>i</sup> *Procureurs de l'appelant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.*<sup>h</sup> *Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*<sup>1</sup> Man. C.A., No. 509/87, May 24, 1988.<sup>1</sup> C.A. Man., n° 509/87, 24 mai 1988.

**Vivek Sarvaria** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SARVARIA

File No.: 20836.

1989: December 1.

Present: Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Charge to jury — Burden of proof — Possession of narcotics for the purpose of trafficking and trafficking in narcotics — Whether trial judge misdirected jury as to burden of proof.*

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1988), 83 N.S.R. (2d) 225, 210 A.P.R. 225, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of possession of narcotics for the purpose of trafficking and trafficking in narcotics. Appeal dismissed.

*Graig Garson*, for the appellant.

*S. R. Fainstein, Q.C.*, and *David Meadows*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—We need not hear from you Mr. Fainstein. Justice Cory will read the judgment for the Court.

CORY J.—This is an appeal as of right. We find no error in the reasons and conclusions of the majority of the Court of Appeal of Nova Scotia.

The choice of wording by the trial judge in some of his references to the requirement that the Crown prove its case beyond a reasonable doubt and to the issue of the credibility of the witnesses for the defence was less than ideal. Nonetheless, when the charge is looked at as a whole, it becomes clear that the jury was adequately and

**Vivek Sarvaria** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. SARVARIA

N° du greffe: 20836.

1989: 1<sup>er</sup> décembre.

b

Présents: Les juges Lamer, Wilson, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

c

*Droit criminel — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Possession de stupéfiants pour en faire le trafic et trafic de stupéfiants — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury quant au fardeau de la preuve?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1988), 83 N.S.R. (2d) 225, 210 A.P.R. 225, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée relativement aux accusations de possession de stupéfiants pour en faire le trafic et de trafic de stupéfiants. Pourvoi rejeté.

f

*Graig Garson*, pour l'appelant.

*S. R. Fainstein, c.r.*, et *David Meadows*, pour l'intimée.

g

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>c</sup> Fainstein. Le juge Cory va lire le jugement de la Cour.

h

LE JUGE CORY—Ce pourvoi est formé de plein droit. Nous ne trouvons aucune erreur dans les motifs et les conclusions de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à la majorité.

i

Le choix des mots qu'a fait le juge du procès dans certaines de ses mentions de l'exigence que le ministère public fasse sa preuve hors de tout doute raisonnable et de la question de la crédibilité des témoins à décharge est loin d'être idéal. Néanmoins, si on considère l'ensemble des directives, il devient clair que le jury a été bien et suffisamment

j



properly instructed on numerous occasions on both these issues and could not have been misled.

In the result, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Scaravelli & Garson, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

instruit du droit à maintes reprises relativement à ces deux points et qu'il ne peut avoir été induit en erreur.

*a* En définitive, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Scaravelli & Garson, Halifax.*

*b* *Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*

**Michael Harold Smith** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 21058.

1989: May 24, 25; 1989: December 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Superior court — Fifteen-month delay between the laying of the charge and the date set for the commencement of the preliminary inquiry — Accused alleging a violation of his Charter right to be tried within a reasonable time — Application for an order to stay the proceedings made before a superior court judge prior to the preliminary inquiry — Whether superior court should have declined to exercise jurisdiction to decide the application — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Fifteen-month delay between the laying of the charge and the date set for the commencement of the preliminary inquiry — Whether accused's right to be tried within a reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).*

The accused was charged with theft on January 22, 1987 and the preliminary inquiry was subsequently scheduled for August. The Crown was informed in June, however, that no special sittings would be conducted by provincial judges during the months of July or August and that the investigating officer would not be available to assist with the conduct of the inquiry except in December or after April 1988. Both the Crown and defence counsel agreed to conduct the preliminary inquiry in December. But, once again, they were informed that no judge was available at this time. They then agreed to reschedule the preliminary inquiry to May 1988. Defence counsel wrote to the Crown on July 6, 1987 to confirm these arrangements and to express his concern about the "excessive delay". On December 21, 1987, he brought an originating notice of motion before the superior court of the province seeking an order

**Michael Harold Smith** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

N° du greffe: 21058.

1989: 24, 25 mai; 1989: 7 décembre.

b

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

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Cour supérieure — Délai de quinze mois entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour l'ouverture de l'enquête préliminaire — Allégation de la part de l'accusé qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable — Requête visant à obtenir une suspension d'instance présentée devant un juge d'une cour supérieure avant l'enquête préliminaire — La cour supérieure aurait-elle dû refuser d'exercer sa compétence pour statuer sur la requête? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de quinze mois entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour l'ouverture de l'enquête préliminaire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).*

g

L'accusé a été inculpé de vol le 22 janvier 1987 et la tenue de son enquête préliminaire a, par la suite, été fixée au mois d'août. Toutefois, le ministère public a été informé en juin que les juges provinciaux ne tiendraient aucune séance spéciale pendant le mois de juillet ou le mois d'août et que l'agent enquêteur ne pourrait assister à l'enquête qu'en décembre ou après avril 1988. Le ministère public et l'avocat de la défense ont convenu de tenir l'enquête préliminaire en décembre. Mais encore une fois, ils ont été informés qu'aucun juge ne serait disponible à ce moment-là. Ils ont alors convenu de fixer au mois de mai 1988 la nouvelle date de l'enquête préliminaire. Le 6 juillet 1987, l'avocat de la défense a écrit au ministère public pour confirmer ces arrangements et pour exprimer son inquiétude au sujet du [TRADUCTION] «délai excessif». Le 21 décembre 1987, il a présenté un avis de requête devant la cour supérieure

staying the proceedings on the ground that the delay in commencing the preliminary inquiry infringed the accused's right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application was granted but the judgment was set aside by the Court of Appeal. This appeal is to determine (1) whether the superior court judge correctly exercised his discretion not to decline jurisdiction to entertain the accused's application; and (2) whether the accused's s. 11(b) right was violated.

*Held:* The appeal should be allowed.

(1) *Jurisdiction*

Where practicable, trial courts should deal with allegations of s. 11(b) violations. This preference for trial court jurisdiction is premised largely on the fact that trial courts are not restricted to affidavit evidence and can rely on *viva voce* evidence so as to more fully explore and consider the facts underlying an allegation of unreasonable delay. In the circumstances of this case, however, the superior court judge properly exercised his discretion in refusing to decline jurisdiction to hear and decide the accused's application. The preliminary inquiry was only scheduled to begin in May 1988 and, in any event, the presiding judge would not have had jurisdiction to consider an alleged s. 11(b) infringement. If the preliminary inquiry had resulted in a committal for trial, another date would have had to have been set for trial, further delaying the opportunity for the accused to assert his s. 11(b) right. Throughout this period any impairment to the accused's interests would continue to increase.

While the accused's s. 11(b) application was anticipatory in respect of the period of time between the date of his application and the scheduled commencement of the preliminary inquiry, the superior court judge properly considered the application on the basis that the time had already elapsed. The date for the preliminary inquiry was fixed and could not, at the behest of the accused, be moved up.

(2) *Trial Within Reasonable Time*

To determine whether an accused's right under s. 11(b) of the *Charter* has been infringed, a court must balance the following factors in coming to a conclusion: (1) the length of the delay; (2) the reason for the delay, including limits on institutional resources and the inherent time requirements of the case; (3) waiver of time periods; and (4) prejudice to the accused. As with other *Charter* guarantees, the individual claiming an infringe-

de la province en vue d'obtenir une suspension d'instance pour le motif que le délai pour procéder à l'enquête préliminaire constituait une atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissait à l'accusé. La requête a été accueillie mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si le juge de la cour supérieure a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire de ne pas refuser d'exercer sa compétence pour entendre la requête de l'accusé, et (2) s'il y a eu violation du droit que l'al. 11b) garantit à l'accusé.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

(1) *Compétence*

Dans la mesure du possible, les tribunaux de première instance devraient entendre les allégations de violation de l'al. 11b). Cette préférence pour les tribunaux de première instance est fondée en grande partie sur le fait que ceux-ci ne sont pas limités à la preuve par affidavit et peuvent se fonder sur des témoignages oraux de manière à explorer et à examiner d'une manière plus approfondie les faits sous-tendant une allégation de délai déraisonnable. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, le juge de la cour supérieure a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en acceptant d'instruire la requête de l'accusé. L'enquête préliminaire ne devait débiter qu'en mai 1988 et, de toute façon, le juge qui l'aurait présidée n'aurait pas eu compétence pour examiner une allégation de violation de l'al. 11b). Si l'enquête préliminaire avait entraîné un renvoi à procès, une autre date aurait dû être fixée pour le procès, ce qui aurait eu pour effet de repousser davantage l'occasion pour l'accusé de faire valoir le droit que lui garantit l'al. 11b). Pendant cette période, il y aurait eu une aggravation de l'atteinte aux intérêts de l'accusé.

Bien que la requête de l'accusé fondée sur l'al. 11b) ait été anticipée si on considère le délai écoulé entre la date de sa requête et celle prévue pour l'ouverture de l'enquête préliminaire, le juge de la cour supérieure a eu raison d'examiner cette requête en considérant que le délai entier était déjà écoulé. La date de l'enquête préliminaire était fixe et ne pouvait pas être rapprochée à la demande de l'accusé.

(2) *Procès dans un délai raisonnable*

Pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à un accusé, un tribunal doit sopeser les facteurs suivants pour arriver à une conclusion: (1) la durée du délai, (2) la raison du délai, notamment les limites des ressources institutionnelles et les délais inhérents à la nature de l'affaire, (3) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul, et (4) le préjudice causé à l'accusé. Comme c'est le cas

ment of his rights must persuade the court that the circumstances fall within the scope of protection of the specific *Charter* provision. Under section 11(b) of the *Charter*, the scope of protection is demarcated by the reasonableness of the total lapse of time.

In this case, the Court must conclude that the accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed. The fifteen-month delay between the laying of the charge and the scheduled commencement of the preliminary inquiry was substantially longer than can be justified on any acceptable basis. The principal reason for the delay was not an institutional limitation but the desire by the Crown to schedule the hearing at a time when the investigating officer could assist the Crown for the duration of the hearing. While such a desire is understandable, it must not be permitted to override an individual's s. 11(b) right. When no judge was available in December, it was incumbent upon the Crown to select a hearing date more commensurate with the accused's s. 11(b) right. The convenience of the investigating officer should have been secondary to the expeditious conduct of the preliminary inquiry.

The agreement between counsel to the May 1988 date for the preliminary inquiry was not a waiver for the delay prior to December 21, 1987. Inaction or acquiescence on the part of an accused, short of waiver, cannot result in a forfeiture of an accused's s. 11(b) right. The accused, while his conduct must be taken into account in assessing the prosecution's explanation for delay, is under no obligation to press the case on and so relieve the Crown of its obligations under s. 11(b). Further, the actions of the defence counsel, apart from agreeing to a date, rebut any possible inference of waiver. He demonstrated his desire to move the proceedings quickly and clearly expressed his objection to the excessive delay in his letter of July 6, 1987. The defence counsel's objection was met by inactivity by the Crown. He also demonstrated that he neither caused nor acquiesced in the postponement of the hearing to May 1988. The defence counsel has thus displaced an inference of waiver, which would generally arise when an individual agrees to a postponement.

Finally, to the extent that a finding of prejudice is necessary in this case, the superior court judge has

pour d'autres droits énoncés dans la *Charte*, quiconque prétend avoir été victime d'une violation de ses droits a le fardeau de persuader la cour que les circonstances relèvent du champ de protection envisagé par la disposition pertinente de la *Charte*. Suivant l'al. 11b) de la *Charte*, ce champ de protection est défini par le caractère raisonnable du délai global.

En l'espèce, la Cour doit conclure qu'il y a eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Le délai de quinze mois écoulé entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour l'ouverture de l'enquête préliminaire était beaucoup plus long que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable. Le délai était surtout dû non pas à une limitation institutionnelle mais plutôt au désir du ministère public de fixer la date d'audience à un moment où l'agent enquêteur pourrait l'aider pendant l'audience. Bien qu'un tel désir soit compréhensible, il ne faut pas permettre qu'il l'emporte sur les droits que l'al. 11b) garantit à un particulier. Étant donné qu'aucun juge n'était disponible en décembre, il incombait au ministère public de choisir une date d'audience correspondant mieux au droit que l'al. 11b) garantit à l'accusé. Le souci de rendre service à l'agent enquêteur aurait dû être secondaire à la tenue expéditive de l'enquête préliminaire.

L'entente intervenue entre les avocats en ce qui a trait à la date de mai 1988 pour la tenue de l'enquête préliminaire ne constituait pas une renonciation au délai antérieur au 21 décembre 1987. L'inaction ou l'acquiescement tacite de la part de l'accusé, ne comportant pas une renonciation, ne peut entraîner la déchéance du droit garanti à l'accusé par l'al. 11b). Bien qu'il faille tenir compte de sa conduite pour évaluer l'explication donnée par la poursuite pour justifier le délai, l'accusé n'est aucunement tenu d'insister pour procéder et ainsi dégager le ministère public de ses obligations selon l'al. 11b). De plus, les actions de l'avocat de la défense, mis à part le fait d'avoir accepté une date, écartent toute possibilité de déduire qu'il y a eu renonciation. Il a montré qu'il désirait que les procédures se déroulent avec célérité et a clairement exprimé son opposition au délai excessif dans sa lettre du 6 juillet 1987. Le ministère public n'a rien fait pour donner suite à l'opposition exprimée par l'avocat de la défense. Ce dernier a également démontré qu'il n'avait pas causé l'ajournement de l'audience au mois de mai 1988 et qu'il n'y avait pas acquiescé tacitement non plus. L'avocat de la défense a ainsi écarté toute présomption de renonciation qui découlerait généralement de l'acceptation d'un ajournement.

Finalement, dans la mesure où il est nécessaire de conclure qu'il y a eu préjudice en l'espèce, le juge de la

found that there was actual prejudice. Although he took into consideration some factors that were irrelevant, there was sufficient relevant evidence to support his finding.

#### Cases Cited

**Considered:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; **referred to:** *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(b), 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 294(a) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 23; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 25].

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 54 Man. R. (2d) 24, 42 C.C.C. (3d) 193, allowing an appeal from a judgment of Darichuk J. (1988), 53 Man. R. (2d) 92, granting an application for a stay of proceedings. Appeal allowed.

*John Menzies and Alan J. Semchuk*, for the appellant.

*E. P. Phillip Schachter*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 54 Man. R. (2d) 24 allowing an appeal from the decision of Darichuk J. of the Manitoba Court of Queen's Bench (1988), 53 Man. R. (2d) 92. Darichuk J. ordered a stay of proceedings by reason of unreasonable delay in commencing a preliminary inquiry relating to a charge of theft of a sum exceeding \$1,000 contrary to s. 294(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The sole issue in this appeal is whether the delay in commencing the preliminary inquiry infringed the appellant's right to be tried within a reasonable time contrary to s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

cour supérieure a conclu qu'il y avait eu préjudice réel. Même s'il a pris en considération certains facteurs non pertinents, il y avait suffisamment d'éléments de preuve pertinents pour justifier sa conclusion.

#### <sup>a</sup> Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; **arrêts mentionnés:** *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11b), 24.  
<sup>c</sup> *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 294a) [abr. & rempl. 1972, chap. 13, art. 23; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 25].

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 54 Man. R. (2d) 24, 42 C.C.C. (3d) 193, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Darichuk (1988), 53 Man. R. (2d) 92, qui avait accueilli une demande de suspension d'instance. Pourvoi accueilli.

*John Menzies et Alan J. Semchuk*, pour l'appelant.

<sup>f</sup> *E. P. Phillip Schachter*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>g</sup> LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi est formé contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 54 Man. R. (2d) 24, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Darichuk de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (1988), 53 Man. R. (2d) 92. Le juge Darichuk a ordonné une suspension d'instance parce qu'il y avait eu délai déraisonnable pour procéder à l'enquête préliminaire relative à une accusation de vol d'une somme de plus de 1 000 \$, contrairement à l'al. 294a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. La seule question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si le délai pour procéder à l'enquête préliminaire constitue une atteinte au droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable contrairement à l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

The Facts

The appellant was employed as a driver/salesman delivering dairy products to customers of Modern Dairies Ltd. in Dauphin, Manitoba from April 1982 until December 13, 1984. As a result of a complaint by the Dauphin Consumer Co-Op Limited, one of the Modern Dairies' customers, a police investigation was commenced which resulted in the termination of the appellant's employment and an information being sworn on January 7, 1985, alleging that the appellant had committed the offence of theft over \$200 from the Dauphin Consumers Co-Op Limited contrary to s. 294 of the *Criminal Code*.

Four months later, on May 15, 1985, a trial was conducted and on June 25, 1985, the appellant was acquitted of the charge against him. The appellant then proceeded with a grievance against his employer in connection with his dismissal. An arbitration was held in March 1986, at which time the grievance was settled by the parties. Prior to the arbitration hearing Modern Dairies engaged auditors to examine the accounts of the appellant for the year 1984. This audit was completed in February 1986. On the basis of this report the Commercial Crime Section of the R.C.M.P. was contacted.

After an investigation lasting approximately eleven months, a new information, which forms the basis of this appeal, was laid on January 22, 1987. The appellant was charged with theft from his employer of a sum in excess of \$1000 contrary to s. 294(a) of the *Criminal Code*. The Crown alleges that the appellant improperly diverted funds from Modern Dairies' cash customers.

Upon swearing the information, Constable Schnell of the R.C.M.P. obtained a summons returnable in Dauphin on February 17, 1987. The matter was first remanded to March 3, 1987, and was subsequently remanded to March 17, 1987, after a demand for particulars. The case was further remanded to April 14, 1987. During April, J. A. Menzies and E. P. Schachter, counsel for the appellant and respondent respectively, attempted to confirm a date for the preliminary inquiry. They

Les faits

L'appelant a travaillé comme conducteur-ven-  
deur chargé de la livraison de produits laitiers à  
des clients de Modern Dairies Ltd. à Dauphin  
(Manitoba), à partir du mois d'avril 1982 jusqu'au  
13 décembre 1984. Par suite d'une plainte de  
Dauphin Consumer Co-Op Limited, l'un des  
clients de Modern Dairies, une enquête policière a  
été ouverte et a abouti au congédiement de l'appe-  
lant et au dépôt d'une dénonciation sous serment le  
7 janvier 1985, dans laquelle on alléguait que  
l'appelant avait volé à Dauphin Consumers Co-Op  
Limited une somme de plus de 200 \$, contrairement  
à l'art. 294 du *Code criminel*.

Quatre mois plus tard, le 15 mai 1985, un procès  
a eu lieu et le 25 juin 1985, l'appelant a été  
acquitté de l'accusation portée contre lui. L'appe-  
lant a alors présenté un grief contre son employeur  
relativement à son congédiement. En mars 1986, il  
y a eu une procédure d'arbitrage et le grief a été  
régulé par les parties. Avant l'audition de l'arbi-  
trage, Modern Dairies avait retenu les services de  
vérificateurs pour examiner les comptes de l'appe-  
lant pour l'année 1984. Cette vérification a été  
terminée en février 1986. Compte tenu de ce rap-  
port, on a communiqué avec la section des délits  
commerciaux de la G.R.C.

Après une enquête qui a duré environ onze mois,  
une nouvelle dénonciation, qui constitue le fonde-  
ment du présent pourvoi, a été déposée le 22  
janvier 1987. L'appelant a été accusé d'avoir volé à  
son employeur une somme de plus de 1 000 \$  
contrairement à l'al. 294a) du *Code criminel*. Le  
ministère public allègue que l'appelant a détourné  
des fonds des clients au comptant de Modern  
Dairies.

Sur dépôt de la dénonciation, l'agent Schnell de  
la G.R.C. a obtenu l'émission d'une assignation à  
comparaître à Dauphin le 17 février 1987. L'af-  
faire a été reportée une première fois au 3 mars  
1987, puis au 17 mars 1987 suite à une demande  
de détails. L'affaire a de nouveau été reportée au  
14 avril 1987. Au cours du mois d'avril, M<sup>e</sup> J. A.  
Menzies et M<sup>e</sup> E. P. Schachter, les avocats de  
l'appelant et de l'intimée respectivement, ont tenté  
de confirmer une date pour la tenue de l'enquête

confirmed the dates of August 10-14, 1987, with Peter Chomiak, the Deputy Registrar of the Dauphin Provincial Judges Court (Criminal Division). On April 28, 1987, this hearing date was set in court.

On June 25, 1987, the Crown Attorney, Mr. Schachter, was informed by the secretary to Chief Provincial Judge Gyles that no special sittings would be conducted by Provincial Judges during the months of July or August. The Crown Attorney was advised that Constable Schnell, the investigating officer, would not be available to assist with the conduct of the inquiry except during the week of December 16-23, 1987, or after April 1988. Constable Schnell was to be assigned to full-time university studies for a year, greatly restricting his availability to assist the Crown over a week-long preliminary inquiry. On June 26, Mr. Schachter and Mr. Menzies agreed to conduct the preliminary inquiry on December 16-23, 1987. This date was again confirmed with the Deputy Registrar in Dauphin. Once again, however, the secretary to the Chief Provincial Judge stated that no judge was available at this time. The problem in both cases was that the hearing was scheduled during a holiday period.

On June 29, 1987, a new date of May 9-13, 1988, was agreed upon by Mr. Schachter and Mr. Menzies. On July 6, Mr. Menzies wrote to Crown Attorney Schachter confirming these arrangements but expressing some reservations about the "excessive delay". This date was confirmed in Provincial Court on July 7, 1987. At that time an agent on behalf of the appellant also stated that a letter had been written by Mr. Menzies to Mr. Schachter regarding the delay and that the matter would likely be taken up at a later date.

#### Previous Proceedings

On December 21, 1987, the appellant brought an originating notice of motion in the Court of Queen's Bench for Manitoba seeking an order staying the proceedings on the grounds of a

préliminaire. Ils ont confirmé la date du 10 au 14 août 1987 auprès de Peter Chomiak, greffier adjoint de la Cour des juges provinciaux (Division criminelle) de Dauphin. Le 28 avril 1987, cette date d'audience a été fixée par le tribunal.

Le 25 juin 1987, le substitut du procureur général, M<sup>e</sup> Schachter, a été informé par la secrétaire du juge en chef Gyles de la Cour provinciale que les juges provinciaux ne tiendraient aucune séance spéciale pendant le mois de juillet ou le mois d'août. Le substitut du procureur général a été avisé que l'agent Schnell, chargé de l'enquête, ne pourrait assister à l'enquête que pendant la semaine du 16 au 23 décembre 1987 ou après avril 1988. L'agent Schnell devait entreprendre des études universitaires à temps complet pendant un an, ce qui limitait beaucoup sa disponibilité auprès du ministère public pendant une enquête préliminaire d'une semaine. Le 26 juin, M<sup>e</sup> Schachter et M<sup>e</sup> Menzies ont convenu de tenir l'enquête préliminaire du 16 au 23 décembre 1987. Cette date a de nouveau été confirmée auprès du greffier adjoint à Dauphin. Cependant, encore une fois, la secrétaire du juge en chef de la Cour provinciale a déclaré qu'aucun juge ne serait disponible à ce moment-là. Le problème dans les deux cas était que l'audience devait avoir lieu en période de vacances.

Le 29 juin 1987, M<sup>e</sup> Schachter et M<sup>e</sup> Menzies ont convenu de la nouvelle date du 9 au 13 mai 1988. Le 6 juillet, M<sup>e</sup> Menzies a écrit au substitut du procureur général, M<sup>e</sup> Schachter, pour lui confirmer ces arrangements tout en exprimant certaines réserves au sujet du [TRADUCTION] «délai excessif». Cette date a été confirmée par la Cour provinciale le 7 juillet 1987. À ce moment-là, un mandataire de l'appellant a également déclaré qu'une lettre avait été adressée par M<sup>e</sup> Menzies à M<sup>e</sup> Schachter au sujet du délai et que la question serait vraisemblablement soulevée à une date ultérieure.

#### Les procédures antérieures

Le 21 décembre 1987, l'appellant a présenté un avis de requête en Cour du Banc de la Reine du Manitoba en vue d'obtenir une suspension d'instance fondée sur une violation de l'al. 11b) de la

s. 11(b) *Charter* violation. On January 19, 1988, Darichuk J. conducted a hearing of the appellant's application and an order staying the proceedings was issued on March 15, 1988.

Darichuk J. cited at some length from the decisions of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, which both addressed the question whether it is appropriate to deal with an alleged *Charter* violation by way of application prior to trial. Applying the principles in these cases, and based on the circumstances of this appeal and the fact that the judge presiding at the preliminary inquiry would not have jurisdiction to deal with a s. 11(b) argument, Darichuk J. concluded that his residual jurisdiction to consider the matter should be exercised.

Darichuk J. cited a number of passages from this Court's decisions in *Mills* and *Rahey* with regard to the appropriate test for determining whether a violation of s. 11(b) has been established. Based on affidavit evidence, Darichuk J. concluded that the pending criminal charge adversely affected the appellant's security interests. The appellant's loss of employment, the stress and embarrassment to himself and his family, the disruption in his new employment and the time and expense associated with the proceedings were all listed as relevant factors by Darichuk J. In addition, Darichuk J. observed that the passage of time had prejudiced the appellant's ability to mount a full and fair defence.

When Darichuk J. balanced this impairment to the appellant's interests against any waiver of time periods, time requirements inherent in the nature of the case and institutional resources, he concluded that the actual impairment in this case could not be justified. With the exception of the initial brief delay to obtain particulars, the appellant did not request, cause, contribute to, or acquiesce in any delay. In fact, Darichuk J. held that the letter of the appellant's counsel, Mr. Menzies, of July 6, 1987, expressing concern over the proposed May hearing date erased any inference of waiver.

*Charte*. Le 19 janvier 1988, le juge Darichuk a procédé à l'audition de la requête de l'appelant et a ordonné la suspension de l'instance le 15 mars 1988.

<sup>a</sup> Le juge Darichuk a cité assez longuement les arrêts de notre Cour *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, qui portent tous deux sur la question de savoir s'il est convenable de traiter une violation alléguée de la *Charte* par voie de requête préalable au procès. Appliquant les principes énoncés dans ces arrêts et se fondant sur les circonstances de l'espèce et sur le fait que le juge président l'enquête préliminaire n'aurait pas compétence pour entendre un argument fondé sur l'al. 11b), le juge Darichuk a conclu qu'il devait exercer son pouvoir inhérent d'examiner la question.

<sup>b</sup> <sup>c</sup> <sup>d</sup> Le juge Darichuk a cité un certain nombre d'extraits des arrêts *Mills* et *Rahey* de notre Cour en ce qui a trait au critère applicable pour déterminer s'il y a violation de l'al. 11b). Se fondant sur une preuve par affidavit, le juge Darichuk a conclu que l'accusation criminelle portée contre l'appelant avait eu un effet néfaste sur sa sécurité. La perte d'emploi de l'appelant, le stress qu'il a subi et l'embarras qui lui a été causé ainsi qu'à sa famille, la perturbation dans son nouvel emploi et le temps et les dépenses liés aux procédures ont tous été énumérés comme des facteurs pertinents par le juge Darichuk. De plus, le juge Darichuk a fait remarquer que le délai avait nui à la capacité de <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> l'appelant de préparer une défense pleine et entière.

De son évaluation tenant compte d'une part de cette atteinte aux droits de l'appelant et, d'autre part, de toute renonciation à invoquer certains retards, des délais inhérents à la nature de l'affaire et des disponibilités institutionnelles, le juge Darichuk a conclu que dans cette affaire l'atteinte réelle aux droits de l'appelant ne pouvait être <sup>i</sup> <sup>j</sup> justifiée. À l'exception du bref retard initial pour obtenir des détails, l'appelant n'a pas demandé ni causé de délai, pas plus qu'il n'y a contribué ni acquiescé. En fait, le juge Darichuk a conclu que la lettre du 6 juillet 1987 dans laquelle l'avocat de l'appelant, M<sup>e</sup> Menzies, exprime des inquiétudes au sujet de la fixation de la date d'audience en mai a écarté toute présomption de renonciation.



Darichuk J. held that much of the delay was systemic and not attributable to either counsel, and that part of the delay was a result of insufficient institutional resources. However, the Crown was held to have protracted this delay by seeking to schedule the preliminary inquiry to accommodate the investigating officer whose availability was extremely limited. Since this officer would have been available for part of the hearing to give his own evidence, and another officer could have attended the entire hearing to assist the Crown, Darichuk J. concluded that the attempt to accommodate this officer could not justify the length of the delay that resulted.

Huband J.A., speaking for a unanimous Court of Appeal, allowed the appeal and ordered that the matter be remitted to Provincial Court. Huband J.A. recognized that much of the delay was due to the Crown's desire to schedule the hearing at a time when Constable Schnell would be able to assist with the inquiry. The Court of Appeal concluded that it was within the proper bounds of their judicial discretion to conclude that the circumstances of this case did not comprise an unreasonable delay in conducting the appellant's preliminary inquiry. Huband J.A. held (at p. 25):

I will not try to list every element that might be taken into account. But I would emphasize that the accused is not under confinement pending his trial. He is employed. He says he will be embarrassed when required to seek time off from his employer to attend the preliminary inquiry, but he would face that embarrassment even if the hearing had been scheduled for an early date. There is no suggestion that the delay had prejudiced him, except for the obvious fact that a criminal charge will be hanging over him for a substantial period of time.

Huband J.A. acknowledged that the convenience of the investigating officer should have been secondary to the timely conduct of the preliminary inquiry, but that there was no intentional delay on behalf of the Crown. As well, it was incumbent upon the appellant to protest more strenuously against the delay and even ask that better arrangements be made. The Court of Appeal concluded that although an appellate court should not ordi-

Le juge Darichuk a conclu que le délai était imputable en grande partie au système et non aux avocats et qu'une partie du délai découlait de l'insuffisance des ressources institutionnelles. Toutefois, il a jugé que le ministère public avait aggravé ce délai en cherchant à fixer une date d'enquête préliminaire convenant à l'agent enquêteur dont la disponibilité était extrêmement limitée. Comme cet agent n'aurait été disponible que pendant une partie de l'audition pour donner son propre témoignage et qu'un autre agent aurait pu assister à toute l'audition pour aider le ministère public, le juge Darichuk a conclu que la tentative de rendre service à cet agent ne pouvait justifier le délai qui a résulté.

Le juge Huband, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, a accueilli l'appel et a ordonné le renvoi de l'affaire devant la Cour provinciale. Le juge Huband a reconnu que le ministère public était responsable d'une grande partie du délai parce qu'il voulait tenir l'audience à un moment où l'agent Schnell serait en mesure de collaborer à l'enquête. La Cour d'appel a conclu qu'il relevait de sa discrétion judiciaire de conclure que les circonstances de l'espèce ne comportaient pas de délai déraisonnable dans la tenue de l'enquête préliminaire de l'appelant. Le juge Huband a conclu (à la p. 25):

[TRADUCTION] Je n'essaierai pas d'énumérer tous les éléments dont on pourrait tenir compte. Toutefois j'insisterais sur le fait que l'accusé n'est pas incarcéré en attendant son procès. Il occupe un emploi. Il dit qu'il sera gêné lorsqu'il sera obligé de demander un congé à son employeur pour assister à l'enquête préliminaire, mais il aurait eu à subir cette gêne même si l'audience avait été fixée à une date antérieure. On ne laisse nullement entendre que le délai lui a causé un préjudice, sauf le fait évident qu'il aura à appréhender une accusation criminelle pendant une période importante.

Le juge Huband a reconnu que le souci de rendre service à l'agent enquêteur aurait dû être secondaire à la tenue au moment opportun de l'enquête préliminaire, mais que le ministère public n'avait pas eu l'intention de causer un retard. De même, il incombait à l'appelant de protester plus énergiquement contre le délai et même de demander de meilleurs arrangements. La Cour d'appel a conclu que, bien qu'une cour d'ap-

narily interfere with a discretionary decision of a trial court, in this case the finding of the motions judge did not depend upon findings of credibility and it was appropriate to set the order of the motions judge aside.

### The Issues

There are two issues to be resolved:

- (a) Jurisdiction: did the learned motions judge correctly exercise his discretion not to decline jurisdiction to entertain the application to dismiss; and,
- (b) Unreasonable Delay: was the learned motions judge right in holding that the appellant's s. 11(b) right to be tried within a reasonable time had been violated?

#### (a) *Jurisdiction*

There are two jurisdictional issues raised on the facts of this case, both having to do with the exercise of the motions judge's discretion to determine the appellant's s. 11(b) application. First, the appellant initiated these proceedings by way of an application of originating notice of motion several months before the scheduled commencement of the preliminary inquiry. The appellant's s. 11(b) application is, therefore, anticipatory in respect of the period of time between the date of his application and the scheduled commencement of the preliminary inquiry. However, in the circumstances of this case, since the date for the preliminary inquiry was fixed and could not (at the behest of the accused) be moved up, the motions judge properly considered the appellant's s. 11(b) application on the basis that the time had already elapsed.

The second jurisdictional issue concerns the motions judge's decision not to decline jurisdiction on the basis that the judge presiding at the scheduled preliminary hearing would not have been jurisdictionally competent to determine the s. 11(b) issue. In both *Mills* and *Rahey* this Court addressed the question of which levels of court could constitute courts of competent jurisdiction under s. 24 of the *Charter* with full remedial

pel ne doit pas normalement modifier la décision discrétionnaire du juge de première instance, en l'espèce la conclusion du juge des requêtes n'était pas fondée sur une appréciation de crédibilité et il convenait d'annuler l'ordonnance qu'il avait rendue.

### Les questions en litige

Deux questions doivent être tranchées:

- a) Compétence: le juge des requêtes a-t-il exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire de ne pas refuser d'exercer sa compétence pour entendre la demande de rejet; et
- b) Délai déraisonnable: le juge des requêtes a-t-il eu raison de conclure qu'il y avait eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que l'al. 11b) garantit à l'appelant?

#### a) *Compétence*

Deux questions de compétence sont soulevées d'après les faits de l'espèce, toutes les deux portant sur l'exercice par le juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire de statuer sur la requête de l'appelant fondée sur l'al. 11b). D'abord, l'appelant a engagé ces procédures au moyen d'un avis de requête plusieurs mois avant la date prévue pour l'ouverture de l'enquête préliminaire. La requête de l'appelant fondée sur l'al. 11b) est donc anticipée si on considère le délai écoulé entre la date de sa requête et celle prévue pour l'ouverture de l'enquête préliminaire. Cependant, compte tenu des circonstances de l'espèce, étant donné que la date de l'enquête préliminaire était fixe et ne pouvait (à la demande de l'accusé) être rapprochée, le juge des requêtes a eu raison d'examiner la requête de l'appelant fondée sur l'al. 11b) en considérant que le délai entier était déjà écoulé.

La deuxième question de compétence a trait à la décision du juge des requêtes de ne pas refuser d'exercer sa compétence pour le motif que le juge qui présiderait l'enquête préliminaire prévue n'aurait pas compétence pour trancher la question de l'al. 11b). Dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, notre Cour a examiné la question de savoir quelle juridiction pourrait constituer un tribunal compétent au sens de l'art. 24 de la *Charte*, qui aurait pleins

capacity in respect of *Charter* violations. There was total agreement in *Mills* that a preliminary inquiry judge was not a court of competent jurisdiction for a claim for relief under s. 24(1) of the *Charter*. In *Mills*, Lamer J. at pp. 891-96 (dissenting on other grounds) held that as a general rule the trial court is to be the preferred source of original and supervisory jurisdiction in dealing with allegations of *Charter* violations. La Forest J. adopted a similar approach in *Mills* at pp. 976-77. This preference for trial court jurisdiction is premised largely on the fact that trial courts are better equipped for considering *viva voce* evidence and are not restricted to affidavit evidence. However, Lamer J. (with whom Dickson C.J. concurred) noted that a superior court could in appropriate circumstances exercise its jurisdiction so long as the applicant was able to meet the burden of demonstrating that the trial court would not be a more appropriate forum.

In *Rahey*, Lamer J. again noted that superior courts should generally decline jurisdiction to address allegations of *Charter* violations, though they possess a general supervisory jurisdiction to decide such applications. Lamer J. (Dickson C.J. concurring) held at pp. 603-4:

In *Mills*, it was also decided that the superior courts should have "constant, complete and concurrent jurisdiction" for s. 24(1) applications. But it was therein emphasized that the superior courts should decline to exercise this discretionary jurisdiction unless, in the opinion of the superior court and given the nature of the violation or any other circumstance, it is more suited than the trial court to assess and grant the remedy that is just and appropriate. The clearest, though not necessarily the only, instances where there is a need for the exercise of such jurisdiction are those where there is as yet no trial court within reach and the timeliness of the remedy or the need to prevent a continuing violation of rights is shown, and those where it is the process below

pouvoirs pour accorder réparation à l'égard des violations de la *Charte*. Dans l'arrêt *Mills*, la Cour a convenu à l'unanimité que le juge qui préside une enquête préliminaire ne constitue pas un tribunal compétent pour entendre une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Mills*, le juge Lamer aux pp. 891 à 896 (dissident sur d'autres moyens) a conclu qu'en règle générale on devait préférer la juridiction de jugement comme source de compétence initiale et de surveillance pour traiter des allégations de violation de la *Charte*. Le juge La Forest a adopté une position semblable dans l'arrêt *Mills*, aux pp. 976 et 977. Cette préférence pour les tribunaux de première instance est fondée en grande partie sur le fait que ceux-ci sont les plus aptes à entendre les témoignages oraux et ne sont pas limités à la preuve par affidavit. Toutefois, le juge Lamer (à l'avis duquel a souscrit le juge en chef Dickson) a fait remarquer qu'une cour supérieure pourrait dans des circonstances appropriées exercer sa compétence dans la mesure où le requérant peut se décharger du fardeau de démontrer que la juridiction de jugement ne constitue pas une tribune plus convenable.

Dans l'arrêt *Rahey*, le juge Lamer a de nouveau fait remarquer que les cours supérieures devraient généralement refuser d'exercer leur compétence pour examiner les allégations de violation de la *Charte*, bien qu'elles possèdent une compétence de surveillance générale pour statuer sur ces demandes. Le juge Lamer (à l'avis duquel a souscrit le juge en chef Dickson) a conclu aux pp. 603 et 604:

Dans l'arrêt *Mills*, on a aussi décidé que la cour supérieure devrait avoir une «compétence concurrente, permanente et complète» à l'égard des demandes fondées sur le par. 24(1). Mais on a souligné dans cet arrêt que la cour supérieure devrait refuser d'exercer cette compétence discrétionnaire, à moins que, compte tenu de la nature de la violation ou de toute autre circonstance, elle ne s'estime plus apte que la juridiction de jugement pour déterminer et accorder la réparation juste et convenable. Les exemples les plus clairs, mais non nécessairement les seuls, de cas où il faut exercer cette compétence se présentent lorsque l'affaire n'est pas encore parvenue devant la juridiction de jugement et qu'on a démontré l'opportunité de la réparation ou la nécessité d'empêcher que se poursuive une violation de droits, ou encore lorsqu'on allègue que ce sont les procédures elles-mêmes

itself which is alleged to be in violation of the *Charter's* guarantees.

La Forest J. went further and held that only the trial judge has jurisdiction unless there is no trial judge or the trial judge is disqualified for some reason such as involvement in the delay.

Both Wilson J. and Estey J. in *Rahey* appear to agree with the approach adopted by Lamer J. on this point.

I agree that, where practicable, trial courts should deal with allegations of s. 11(b) violations. It is clearly preferable that a court be able to rely upon *viva voce* evidence so as to more fully explore and consider the facts underlying an allegation of unreasonable delay. A court examining the extent of the prejudice suffered as a result of delay, or the reasons for any delay, can only benefit from the more detailed factual background that emerges as a result of a full trial on the issue. In this appeal, the motions judge was cognizant of this general preference for deferring to trial courts. Darichuk J. concluded, however, that this case was one in which the residual jurisdiction of the court ought to be exercised.

Although the motions judge did not detail the factors that led him to this conclusion, I am of the opinion that he exercised a sound discretion in refusing to decline to hear and decide the application. The preliminary inquiry was not scheduled to begin for roughly four months and the presiding judge would not have had jurisdiction to consider an alleged s. 11(b) infringement in any event. If the scheduled preliminary inquiry had resulted in a committal for trial, then another date would have had to have been set for trial, further delaying the opportunity for the appellant to assert his right to be tried within a reasonable time. Throughout this period any impairment to the appellant's interests would have continued to increase. Therefore, I am of the view that the motions judge was right in addressing the issue of unreasonable delay.

devant le tribunal d'instance inférieure qui portent atteinte aux garanties de la *Charte*.

Le juge La Forest est allé plus loin et a conclu que seul le juge de procès a compétence à moins qu'il n'y en ait aucun ou qu'il soit déclaré incompétent pour une raison quelconque comme le fait d'avoir contribué au délai.

Les juges Wilson et Estey, dans l'arrêt *Rahey*, paraissent tous deux souscrire à la position adoptée par le juge Lamer sur ce point.

Je suis d'avis que, dans la mesure du possible, les tribunaux de première instance devraient entendre les allégations de violation de l'al. 11b). De toute évidence, il est préférable qu'un tribunal puisse se fonder sur des témoignages oraux de manière à explorer et à examiner d'une manière plus approfondie les faits sous-tendant une allégation de délai déraisonnable. Un tribunal qui examine l'étendue du préjudice subi par suite d'un délai ou les motifs d'un délai, ne peut que profiter de l'exposé plus détaillé des faits qui résulte d'un procès complet portant sur la question. Dans le présent pourvoi, le juge des requêtes connaissait cette préférence générale pour le renvoi au juge du procès. Toutefois, le juge Darichuk a conclu que la présente affaire en était une où il devait exercer sa compétence inhérente.

Bien que le juge des requêtes n'ait pas précisé les facteurs qui l'ont amené à cette conclusion, je suis d'avis qu'il a exercé à bon escient son pouvoir discrétionnaire en acceptant d'instruire la requête. Il devait s'écouler environ quatre mois avant la date prévue pour l'ouverture de l'enquête préliminaire et, de toute façon, le juge qui aurait présidé n'aurait pas eu compétence pour examiner une allégation de violation de l'al. 11b). Si l'enquête préliminaire prévue avait entraîné un renvoi à procès, alors une autre date aurait dû être fixée pour le procès, ce qui aurait eu pour effet de repousser davantage l'occasion pour l'appellant de faire valoir son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Pendant cette période, il y aurait eu une aggravation de l'atteinte aux intérêts de l'appellant. Par conséquent, je suis d'avis que le juge des requêtes a eu raison d'aborder la question du délai déraisonnable.

(b) *Unreasonable Delay*

This Court has striven in three cases to lay down a test to determine whether s. 11(b) has been violated. The cases are *Mills, supra, Rahey, supra*,<sup>a</sup> and *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. In addition, the question of the relevance of pre-charge delay was addressed in *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594. While there are points of disagreement, there is substantial agreement as to the basic elements of the test.

The words of the section are simple:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

It is axiomatic that some delay is inevitable. The question is, at what point does the delay become unreasonable? If this were simply a function of time, the matter could be easily resolved. Indeed a sliding scale of times could be developed with respect to specified offences which could be adjusted because of the special circumstances of the case. But it is not simply a function of time, but of time and several other factors. What those basic factors are is not the subject of disagreement. There appears to be general agreement that the Court must weigh or balance the following factors in coming to a conclusion:

- (1) the length of the delay;
- (2) the reason for the delay, including limits on institutional resources and the inherent time requirements of the case;
- (3) waiver of time periods; and,
- (4) prejudice to the accused.

There is disagreement as to the mechanics in balancing these factors and the constituent components of (4), prejudice. There are different views as to whether the prejudice relevant for the purposes of s. 11(b) exists only in impairment of the accused's liberty and security interests, or may be found also in prejudice to the accused's fair trial interests. Furthermore, with respect to the security

b) *Délai déraisonnable*

Notre Cour s'est efforcée dans trois arrêts d'établir un critère pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 11b). Ce sont les arrêts *Mills*, précité,<sup>a</sup> *Rahey*, précité, et *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659. En outre, la question de la pertinence du délai préalable au dépôt des accusations a été abordée dans l'arrêt *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594. Bien qu'il y ait des points de désaccord, la Cour s'est généralement entendue sur les éléments fondamentaux du critère.

Le texte de l'article est simple:

11. Tout inculpé a le droit:

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Il est évident qu'un certain délai est inévitable.<sup>d</sup> La question est de savoir à quel point le délai devient déraisonnable. S'il s'agissait simplement d'une question de temps, la question pourrait être facilement tranchée. En fait, on pourrait mettre au point une mesure de temps relative à certaines infractions qui pourrait être ajustée en fonction des circonstances spéciales de l'affaire. Toutefois, il s'agit non pas d'une simple question de temps,<sup>e</sup> mais d'une question de temps et de plusieurs autres facteurs. Il n'y a pas de désaccord au sujet de la nature de ces facteurs fondamentaux. La Cour paraît convenir d'une manière générale qu'elle doit évaluer ou soupeser les facteurs suivants pour arriver à une conclusion:

- 1) la durée du délai,
- 2) la raison du délai, notamment les limites des ressources institutionnelles et les délais inhérents à la nature de l'affaire,
- 3) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul, et
- 4) le préjudice causé à l'accusé.

Il existe un désaccord relativement au mécanisme d'équilibration de ces facteurs et quant aux composantes du quatrième facteur, le préjudice. Différentes opinions sont exprimées quant à savoir si le préjudice pertinent aux fins de l'al. 11b) ne découle que de l'atteinte aux intérêts de l'accusé en matière de liberté et de sécurité ou s'il peut également s'agir du préjudice causé aux intérêts de

interests, Lamer J., in *Rahey*, with the Chief Justice concurring, was of the view that there is an irrebuttable presumption that the accused suffers prejudice from delay (at p. 609) while Wilson J. preferred the view that prejudice was to be inferred by the court (at p. 623).

As for the mechanics, there is disagreement as to the procedure in balancing these factors. In *Conway, supra*, I adopted the approach proposed by Le Dain J. in *Rahey* (at p. 616) and suggested that the accused was obliged to make out a *prima facie* case of unreasonable delay before the prosecution was called upon for an explanation. That did not find favour with the majority in that case.

I agree with the following statement by L'Heureux-Dubé J. in *Conway*, at pp. 1674-75 and 1676:

However, as with other *Charter* guarantees, the individual claiming an infringement of his or her rights must persuade the court that the circumstances fall within the scope of protection of the specific *Charter* provision. Under s. 11(b) of the *Charter*, the scope of protection is demarcated by the reasonableness of the total lapse of time. It may be that a *de facto* shift of the burden of proof occurs in the minds of individual judges in the overall assessment of reasonableness.

Given the importance of the facts in individual cases where an unreasonable interval of time is alleged, I am of the view that a more flexible or functional approach is appropriate.

I accept that the accused has the ultimate or legal burden of proof throughout. A case will only be decided by reference to the burden of proof if the court cannot come to a determinate conclusion on the facts presented to it. Although the accused may have the ultimate or legal burden, a secondary or evidentiary burden of putting forth evidence or argument may shift depending on the circumstances of each case. For example, a long period of delay occasioned by a request of the Crown for an adjournment would ordinarily call for an explanation from the Crown as to the necessity for the

l'accusé en matière de procès équitable. De plus, en ce qui a trait aux intérêts en matière de sécurité, le juge Lamer, aux motifs duquel souscrit le Juge en chef dans l'arrêt *Rahey*, exprime l'avis qu'il existe une présomption irréfutable que le délai cause un préjudice à l'accusé (à la p. 609) tandis que le juge Wilson préfère le point de vue selon lequel la cour doit déduire l'existence du préjudice (à la p. 623).

En ce qui a trait au mécanisme, on ne s'entend pas sur la procédure applicable pour soupeser ces facteurs. Dans l'arrêt *Conway*, précité, j'ai adopté le point de vue proposé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Rahey* (à la p. 616) et j'ai dit que l'accusé était tenu de démontrer l'existence à première vue d'un délai déraisonnable avant qu'on puisse demander une explication à la poursuite. Cette position n'a pas reçu l'appui de la majorité.

Je fais miens les propos suivants du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Conway*, aux pp. 1675 et 1676:

Toutefois, comme c'est le cas pour d'autres droits énoncés dans la *Charte*, quiconque prétend avoir été victime d'une violation de ses droits a le fardeau de persuader la cour que les circonstances relèvent du champ de protection envisagé par la disposition pertinente de la *Charte*. Suivant l'al. 11b) de la *Charte*, ce champ de protection est défini par le caractère raisonnable du délai global. Il se peut que, dans l'esprit des juges qui procèdent à l'appréciation générale du caractère raisonnable, il y ait en fait un déplacement de la charge de la preuve.

Étant donné l'importance des faits dans chaque cas où l'on invoque le caractère excessif des délais, j'estime qu'il y a lieu d'adopter une approche plus souple ou plus fonctionnelle.

Je conviens que le fardeau ultime de la preuve incombe à l'accusé. Une affaire ne sera tranchée en fonction du fardeau de la preuve que si la cour ne peut parvenir à une décision à partir des faits qui lui sont présentés. Bien que le fardeau ultime de la preuve puisse incomber à l'accusé, il peut y avoir déplacement du fardeau secondaire de présentation d'éléments de preuve ou d'arguments selon les circonstances de chaque cas. Par exemple, un long délai qui résulte d'une demande d'ajournement du ministère public exigerait normalement une explication de sa part quant à la nécessité de

adjournment. In the absence of such an explanation, the court would be entitled to infer that the delay is unjustified. It would be appropriate to speak of the Crown having a secondary or evidentiary burden under these circumstances. In all cases, the court should be mindful that it is seldom necessary or desirable to decide this question on the basis of burden of proof and that it is preferable to evaluate the reasonableness of the overall lapse of time having regard to the factors referred to above. I believe that this is the type of flexibility referred to by my colleague in her reasons quoted above.

In my opinion, this appeal can be resolved on the basis of principles that have been accepted in the three cases referred to. The motions judge was able to come to a determinate conclusion without resort to the burden of proof and it is not necessary to attempt to address that subject in this case.

Although the order in which the various factors are dealt with may not be of vital importance, I will deal with them in the order that they are stated above.

#### (1) The Length of the Delay

The respondent conceded that a six-month delay between the laying of the charge and the date of a preliminary hearing was "about normal" for this type of charge. The period between the date the charge was laid (January 22, 1987) and the dates scheduled for the preliminary hearing (August 10-14, 1987) was about a month longer than the norm. The respondent did not seek to justify the subsequent delay of approximately nine months on the basis of time required for preparation.

#### (2) The Reason for the Delay

I have already stated that the respondent did not seek to justify the delay by reference to the inherent time requirements of the case. Rather the following two explanations, which might be generally classified as falling under the heading "institutional delays", were proffered. The first two dates proposed were during holiday periods in which no judge was available. For reasons that were not

l'ajournement. En l'absence d'une telle explication, la cour pourrait déduire que le délai est injustifié. Il conviendrait de dire qu'un fardeau secondaire de présentation incombe au ministère public dans ces circonstances. Dans tous les cas, la cour devrait se rappeler qu'il est rarement nécessaire ou souhaitable de trancher la question en fonction du fardeau de la preuve et qu'il est préférable d'apprécier le caractère raisonnable du délai global écoulé en tenant compte des facteurs susmentionnés. Je crois que c'est ce genre de souplesse que mentionne ma collègue dans ses motifs que je viens de citer.

À mon avis, le présent pourvoi peut être réglé en se fondant sur les principes qui ont été acceptés dans les trois arrêts mentionnés. Le juge des requêtes était en mesure d'arriver à une conclusion précise sans avoir recours au fardeau de la preuve et il n'est pas nécessaire de tenter d'examiner cette question en l'espèce.

Bien que l'ordre dans lequel les divers facteurs sont traités ne revête pas nécessairement une grande importance, je vais les examiner dans l'ordre où ils sont mentionnés plus haut.

#### (1) La durée du délai

L'intimée a admis qu'un délai de six mois entre le dépôt de l'accusation et la tenue de l'enquête préliminaire était «à peu près normal» pour ce genre d'accusation. La période qui s'est écoulée entre la date du dépôt de l'accusation (22 janvier 1987) et les dates prévues pour la tenue de l'enquête préliminaire (10 au 14 août 1987) était plus longue d'environ un mois que la normale. L'intimée n'a pas cherché à justifier le délai ultérieur d'environ neuf mois en invoquant le temps nécessaire pour se préparer.

#### (2) La raison du délai

J'ai déjà dit que l'intimée n'avait pas cherché à justifier le retard en invoquant les délais inhérents à la nature de l'affaire. On a plutôt présenté les deux explications suivantes qu'on pourrait généralement qualifier comme relevant de «délais institutionnels». Les deux premières dates qui ont été proposées se situaient pendant des périodes de congé au cours desquelles aucun juge n'était dispo-

made known to this Court, a Provincial Court judge from Winnipeg was to conduct the hearing rather than a local Provincial Court judge. Clearly, some allowance will be made for the fact that demands on the system of judicial administration will occasionally delay proceedings. In the absence, however, of an explanation as to the necessity of having the case tried by a judge from Winnipeg rather than a local judge, the delay cannot be justified on this basis.

In any event, the principal reason for the delay was not this institutional limitation, but the desire by the Crown to schedule the hearing at a time when the investigating officer, Constable Schnell, could assist the Crown for the duration of the hearing. A letter from the R.C.M.P. Commercial Crime Branch on July 6, 1987, suggests that the May date was set to accommodate Constable Schnell. That letter from Inspector Moorlag to the Manitoba Attorney-General's Department reads as follows:

As you may recall, Mr. SCHACHTER is prosecuting the above noted matter which was subject of an investigation conducted by Cst. SCHNELL.

This matter was originally scheduled for preliminary hearing for the week of August 10th-14th at Dauphin. It is my understanding that it was necessary to cancel this sitting and a new date is to be set. In view of this change, I wish to advise you that Cst. SCHNELL is being temporarily reassigned to full time University studies for the academic year, 1987/88. Mr. SCHACHTER has been advised of this and has indicated he would take this into consideration by attempting to have the matter remanded to some time after April 30th, 1988. Should this not be possible, I wish to advise that Cst. SCHNELL will not be available to assist in the prosecution of this case due to the inherent demands of full time University studies.

He, of course, will be available to provide his evidence. During Cst. SCHNELL's absence, this file will be reassigned to another member for monitoring purposes. Although this member would not be intimately familiar with the case, he would be available to act in an assisting capacity.

The Crown understandably desired the attendance and assistance of the investigating officer.

nible. Pour des motifs qui n'ont pas été exposés à notre Cour, un juge de la Cour provinciale de Winnipeg devait être saisi de l'affaire plutôt qu'un juge local de la Cour provinciale. Certes, il faut tenir compte dans une certaine mesure du fait que les exigences du système de l'administration judiciaire peuvent à l'occasion entraîner un retard dans les procédures. Toutefois, en l'absence d'une explication sur la nécessité que ce soit un juge de Winnipeg et non un juge local qui instruit l'affaire, ce motif ne peut justifier le délai.

De toute façon, le délai était surtout dû non pas à cette limitation institutionnelle, mais plutôt au désir du ministère public de fixer la date d'audience à un moment où l'agent enquêteur Schnell pourrait l'aider pendant l'audience. Une lettre de la direction des délits commerciaux de la G.R.C., en date du 6 juillet 1987, laisse entendre que la date du mois de mai a été fixée pour rendre service à l'agent Schnell. Voici le texte de cette lettre de l'inspecteur Moorlag adressée au ministère du Procureur général du Manitoba:

[TRADUCTION] Comme vous devez vous en rappeler, M<sup>e</sup> SCHACHTER est chargé des poursuites dans l'affaire mentionnée précédemment qui a fait l'objet d'une enquête menée par l'agent SCHNELL.

L'enquête préliminaire de cette affaire devait initialement avoir lieu pendant la semaine du 10 au 14 août à Dauphin. Je retiens qu'il était nécessaire d'annuler cette audience et une nouvelle date doit être fixée. Compte tenu de ce changement, je tiens à vous faire savoir que l'agent SCHNELL est temporairement affecté à des études universitaires pour l'année scolaire 1987-1988. M<sup>e</sup> SCHACHTER a été informé de cette situation et il a indiqué qu'il en tiendrait compte en tentant de faire reporter l'affaire à une date postérieure au 30 avril 1988. Au cas où cela ne serait pas possible, je tiens à vous aviser que l'agent SCHNELL ne pourrait pas apporter son aide dans ces poursuites en raison des exigences inhérentes des études universitaires à temps plein.

Évidemment, il pourra venir témoigner. Pendant l'absence de l'agent SCHNELL, un autre agent sera chargé du présent dossier. Cet agent ne connaîtra pas à fond le dossier, mais il pourra fournir de l'aide.

Le ministère public tenait naturellement à ce que l'agent enquêteur soit présent et apporte son



However, such a desire on the part of the Crown must not be permitted to override an individual's s. 11(b) *Charter* rights. While I agree with the Court of Appeal that no improper motives can be ascribed to the Crown, this is not necessary for the success of a s. 11(b) application. The above letter indicates that Constable Schnell would have been available to provide evidence but simply would not have been available for the duration of the hearing if it were scheduled during the school term. As well, the same letter indicates that another member of the Commercial Crime Branch of the R.C.M.P. would be assigned the case. This suggests that the Crown cannot justify this delay on the ground that it required the presence of Constable Schnell. While it is not necessary to decide the point, perhaps the Crown was justified in attempting to accommodate the investigating officer when the date was first moved to December. However, when no judge was available at this time, it became incumbent upon the Crown to select a hearing date more commensurate with the appellant's right to be tried within a reasonable time. The convenience of the investigating officer should have been secondary to the expeditious conduct of the preliminary inquiry.

### (3) Waiver of Time Periods

The respondent contends that by agreeing to the May 1988 date for the preliminary inquiry, the appellant cannot attribute to the Crown any delay prior to the filing of the originating motion on December 21, 1987. This argument is premised upon the assumption that the appellant had waived his right to assert that the delay prior to December 21 forms part of the total delay.

Huband J.A. in the Court of Appeal appears to have accepted this contention. He held (at p. 26):

In my opinion, the failure of the accused to protest promptly the adjournment of the preliminary hearing to May, 1988, in more strenuous terms, is a major factor in the equation. Section 11(b) of the *Charter* is not to be

aide. Toutefois, il ne faut pas permettre qu'un tel désir du ministère public l'emporte sur les droits que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à un particulier. Bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'aucun motif répréhensible ne peut être imputé au ministère public, cela n'est pas nécessaire pour qu'une requête fondée sur l'al. 11b) soit accueillie. La lettre mentionnée précédemment indique que l'agent Schnell aurait été disponible pour témoigner mais qu'il n'aurait tout simplement pas pu être disponible pendant toute la durée de l'audience si elle avait été fixée pendant l'année scolaire. En outre, la même lettre indique qu'un autre membre de la direction des délits commerciaux de la G.R.C. serait chargé de l'affaire. Cela laisse entendre que le ministère public ne saurait justifier ce délai par le motif que la présence de l'agent Schnell était nécessaire. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, on peut ajouter que le ministère public était peut-être justifié de tenter de rendre service à l'agent enquêteur lorsque la date a d'abord été reportée au mois de décembre. Toutefois, étant donné qu'aucun juge n'était disponible à ce moment-là, il incombait au ministère public de choisir une date d'audience correspondant mieux au droit de l'appellant d'être jugé dans un délai raisonnable. Le souci de rendre service à l'agent enquêteur aurait dû être secondaire à la tenue expéditive de l'enquête préliminaire.

### (3) La renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul

L'intimée soutient qu'en raison de son acceptation de la date de mai 1988 pour l'enquête préliminaire, l'appellant ne peut reprocher au ministère public d'avoir causé un délai avant le dépôt de l'avis de requête le 21 décembre 1987. Cet argument est fondé sur l'hypothèse que l'appellant a renoncé à son droit d'invoquer le délai antérieur au 21 décembre comme partie intégrante du délai global.

Le juge Huband de la Cour d'appel paraît avoir accepté cet argument. Il décide (à la p. 26):

[TRADUCTION] À mon avis, l'omission de l'accusé de protester rapidement et de façon plus énergique contre l'ajournement de l'enquête préliminaire, en mai 1988, constitue un facteur important du problème. L'alinéa

used to ambush the prosecution. If a date is set which is too far in the future, there is some responsibility on the part of an accused to ask the court to make better arrangements and to give warning that unless those arrangements are made, a claim of unreasonable delay will be advanced.

If this statement is intended to mean that inaction or acquiescence on the part of the accused, short of waiver, can result in a forfeiture of an accused's s. 11(b) rights, then I do not agree with it. Admittedly an accused's conduct must be taken into account in assessing the prosecution's explanation for delay. There is no obligation, however, on the part of the accused to press the case on, which relieves the Crown of its obligations under s. 11(b).

Nor can I agree with the argument of the respondent, that there has been any waiver of the appellant's s. 11(b) rights. Admittedly, Mr. Menzies, on behalf of the appellant, did agree to the dates of May 9-13, 1988, for the preliminary inquiry after Mr. Schachter informed him that no judge was available for the December dates. Agreement by an accused to a future date will in most circumstances give rise to an inference that the accused waives his right to subsequently allege that an unreasonable delay has occurred. While silence cannot constitute waiver, agreeing to a future date for a trial or a preliminary inquiry would generally be characterized as more than silence. Therefore, absent other factors, waiver of the appellant's s. 11(b) rights might be inferred based on the foregoing circumstances.

In my opinion, apart from agreeing to a date, the other actions of Mr. Menzies on behalf of the appellant rebut any possible inference that he waived his s. 11(b) rights in relation to the period up until December 21, 1987. Rather than demonstrating waiver of his rights, the appellant demonstrated his desire to move the proceedings along quickly. On July 6, 1987, Mr. Menzies agreed to a request made by Mr. Schachter to dispense with the requirement that the original investigator of the matter appear at the scheduled August hearing

11b) de la Charte ne doit pas être utilisé pour tendre un piège à la poursuite. Quand une date trop éloignée est fixée, l'accusé a une certaine obligation de demander à la cour de prendre de meilleurs arrangements et d'avertir que si ces arrangements ne sont pas pris, il fera valoir qu'il s'agit d'un délai déraisonnable.

Si on veut dire par là que l'inaction ou l'acquiescement de la part de l'accusé, ne comportant pas une renonciation, peut entraîner la déchéance des droits garantis à l'accusé par l'al. 11b), alors je ne saurais y souscrire. Certes, il faut tenir compte de la conduite d'un accusé pour évaluer l'explication donnée par la poursuite pour justifier le délai. Toutefois, il n'y a de la part de l'accusé aucune obligation d'insister pour procéder qui dégagerait le ministère public de ses obligations selon l'al. 11b).

Je ne puis non plus admettre l'argument de l'intimée selon lequel l'appelant a renoncé aux droits que lui garantit l'al. 11b). De toute évidence, M<sup>e</sup> Menzies, agissant pour le compte de l'appelant, a accepté les dates du 9 au 13 mai 1988 pour la tenue de l'enquête préliminaire après que M<sup>e</sup> Schachter l'eut informé qu'aucun juge n'était disponible pour les dates de décembre. L'acceptation d'une date par un accusé permet dans la plupart des circonstances de déduire que l'accusé renonce à son droit d'alléguer par la suite qu'il y a eu délai déraisonnable. Bien que le fait de demeurer silencieux ne constitue pas une renonciation, l'acceptation d'une date pour la tenue d'un procès ou d'une enquête préliminaire aurait généralement plus de signification que le silence. Par conséquent, en l'absence d'autres facteurs, on pourrait en déduire que l'appelant a renoncé aux droits que lui garantit l'al. 11b).

À mon avis, mis à part le fait d'avoir accepté une date, les autres actions de M<sup>e</sup> Menzies pour le compte de l'appelant écartent toute possibilité de déduire qu'il a renoncé aux droits que lui garantisait l'al. 11b) relativement à la période antérieure au 21 décembre 1987. Plutôt que d'indiquer qu'il renonçait à ses droits, l'appelant a montré qu'il désirait que les procédures se déroulent avec célérité. Le 6 juillet 1987, M<sup>e</sup> Menzies a consenti à une demande de M<sup>e</sup> Schachter d'être exempté de l'obligation de faire comparaître l'enquêteur

since the investigator was scheduled to be on vacation at that point. Of greater importance is a letter from Mr. Menzies to Mr. Schachter dated July 6, 1987 which was a direct result of their agreement to the postponement of the hearing until May 1988. The text of that letter is as follows:

Thank you for your letter of June 30th, 1987 [confirming the May 1988 hearing date]. I will attempt to have Mr. Smith present on July 7th, 1987, in order to set the new date with regard to this matter.

I wish to express my concern and my client's surprise and deep regret that this matter cannot proceed to Preliminary Hearing before Monday, May 9th, and the following week. It seems to me an excessive delay and I wish to register my objection at this point.

It would be difficult for the appellant to inform the Crown more clearly that he was not waiving his s. 11(b) rights. The appellant's objection to the delay was met by inactivity by the Crown. As well, on July 7, 1987, agents for both the appellant and respondent appeared in Provincial Court to set the date for the hearing. The transcript reads as follows:

Mr. PETERSON [agent for the respondent]: With regards to Mr. Smith, your Honour, this matter had been set. The Commercial Crime Section out of Winnipeg is handling this matter from our department. It was originally set for preliminary hearing in August but, apparently, there was no judge available for that entire week out of Winnipeg. So, believe it or not, the new date they have agreed on is May 9 to May 13, 1988. Apparently they are providing the judge for a week out of Winnipeg, and that is the soonest they can get a judge for a week.

Mr. SEMCHUK [agent for the appellant]: I can advise your Honour that Mr. Menzies has written to Mr. Schachter regarding the undue delay in this matter, but that will be something to be taken up at a later date, no doubt.

The COURT: I should think so.

The appellant has demonstrated that he neither caused nor acquiesced in the postponement of the

chargé initialement de l'affaire à l'audience prévue pour le mois d'août étant donné que cet enquêteur serait en vacances à ce moment-là. Plus importante encore est la lettre que M<sup>e</sup> Menzies a adressée à M<sup>e</sup> Schachter le 6 juillet 1987, laquelle faisait directement suite à leur entente sur le report de l'audience jusqu'en mai 1988. En voici le texte:

[TRADUCTION] Je vous remercie de votre lettre du 30 juin 1987 [qui confirme la date de l'audience en mai 1988]. Je ferai en sorte que M. Smith soit présent le 7 juillet 1987 pour fixer la nouvelle date concernant cette affaire.

Je désire exprimer mon inquiétude ainsi que la surprise et le vif regret de mon client que l'enquête préliminaire ne puisse avoir lieu avant le lundi 9 mai et la semaine suivante. Il me semble qu'il s'agit d'un délai excessif et je tiens à faire noter mon opposition à ce moment-ci.

L'appelant pouvait difficilement informer plus clairement le ministère public qu'il ne renonçait pas aux droits que lui garantit l'al. 11b). Le ministère public n'a rien fait pour donner suite à l'opposition au délai exprimée par l'appelant. De plus, le 7 juillet 1987, les mandataires de l'appelant et de l'intimée ont comparu en Cour provinciale pour fixer la date de l'audience. Voici le texte des notes sténographiques:

[TRADUCTION] M<sup>e</sup> PETERSON [représentant de l'intimée]: Votre Honneur, en ce qui concerne M. Smith, la date avait été fixée. La section des délits commerciaux à l'extérieur de Winnipeg s'occupe de cette question à partir de notre ministère. Au départ, l'enquête préliminaire avait été fixée au mois d'août mais, apparemment, aucun juge n'était disponible pendant toute cette semaine à l'extérieur de Winnipeg. Alors, croyez-le ou non, les nouvelles dates dont ils ont convenu sont du 9 au 13 mai 1988. Apparemment, ils fourniront un juge pendant une semaine à l'extérieur de Winnipeg et ce sont les dates les plus rapprochées pendant lesquelles un juge peut être disponible pendant une semaine.

M<sup>e</sup> SEMCHUK [représentant de l'appellant]: Votre Honneur, je puis vous dire que M<sup>e</sup> Menzies a écrit à M<sup>e</sup> Schachter au sujet du délai indu dans cette affaire, mais il faudra sans doute revenir plus tard sur cette question.

La COUR: Je suis bien de cet avis.

L'appelant a démontré qu'il n'avait pas causé l'ajournement de l'audience au mois de mai 1988

hearing to May 1988. Though Mr. Menzies agreed to the dates, the appellant has displaced an inference of waiver, which would generally arise when an individual agrees to a postponement. Therefore, I cannot agree with the conclusion of Huband J.A. that the appellant had failed to discharge his responsibilities herein.

#### (4) Prejudice

Having found that the delay is substantially longer than can be justified on any acceptable basis, it would be difficult indeed to conclude that the appellant's s. 11(b) rights have not been violated because the appellant has suffered no prejudice. In this particular context, the inference of prejudice is so strong that it would be difficult to disagree with the view of Lamer J. in *Mills and Rahey* that it is virtually irrebuttable. It is a more difficult question in contexts in which greater resort is made to this factor because the case is otherwise closer to the line. In such circumstances, the accused may wish to bolster the presumption that there is prejudice by leading evidence that there has been unusual prejudice by reason of special circumstances. On the other hand, the Crown may wish to assert that a delay which is not excessively beyond the norm should be excused because there has been minimal prejudice. Should the accused or the Crown in such circumstances be precluded from arguing or leading evidence to show what the actual prejudice was? This is a question that will have to be resolved, but that is not necessary to a decision in this case. To the extent that a finding of prejudice is necessary, the motions judge has found on the evidence that there is actual prejudice. Although the motions judge took into account some factors that are irrelevant (e.g. the stress and embarrassment to members of the appellant's family), there was sufficient relevant evidence to support his finding. I prefer that finding to that of the Court of Appeal. In any event, the statement of Huband J.A. quoted above acknowledges that there is prejudice in that "a criminal charge will be hanging over him for a substantial period of time". This is the very essence of prejudice to the security interests of a

et qu'il n'y avait pas acquiescé non plus. Bien que M<sup>e</sup> Menzies ait accepté les dates, l'appelant a écarté toute présomption de renonciation qui découlerait généralement de l'acceptation d'un ajournement. Par conséquent, je ne puis faire mienne la conclusion du juge Huband selon laquelle l'appelant ne s'est pas acquitté des responsabilités qui lui incombait en l'espèce.

#### (4) Le préjudice

Après avoir constaté que le délai est beaucoup plus long que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable, il serait vraiment difficile de conclure qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 11b) garantit à l'appelant parce que celui-ci n'a subi aucun préjudice. Dans ce contexte particulier, la présomption de préjudice est si forte qu'il serait difficile de ne pas partager l'opinion, exprimée par le juge Lamer dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, selon laquelle elle est pratiquement irréfutable. La question est plus difficile à trancher dans les cas où l'on recourt davantage à ce facteur parce que, autrement, il s'agit d'un cas limite. Dans de telles circonstances, l'accusé peut vouloir appuyer la présomption qu'il y a préjudice en présentant des éléments de preuve selon lesquels un préjudice inhabituel a été causé en raison de circonstances spéciales. Par ailleurs, le ministère public peut vouloir soutenir qu'il ne faudrait pas lui reprocher un délai qui n'est pas excessivement anormal parce qu'il n'y a eu qu'un préjudice minimal. Dans de telles circonstances devrait-on empêcher l'accusé ou le ministère public de présenter des arguments ou des éléments de preuve pour démontrer l'importance réelle du préjudice? Il s'agit d'une question qui devra être tranchée, mais il n'est pas nécessaire de le faire en l'espèce pour parvenir à une décision. Dans la mesure où il est nécessaire de conclure qu'il y a eu préjudice, le juge des requêtes a conclu d'après les éléments de preuve qu'il y a eu préjudice réel. Même si le juge des requêtes a pris en considération certains facteurs non pertinents (par exemple, le stress et l'embarras causés aux membres de la famille de l'appelant), il y avait suffisamment d'éléments de preuve pertinents pour justifier sa conclusion. Je préfère sa conclusion à celle de la Cour d'appel. De toute façon, la déclaration

person charged with an offence. In *Mills*, at p. 919, Lamer J. stated:

Additionally, under s. 11(b), the security of the person is to be safeguarded as jealously as the liberty of the individual. In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" . . . .

Accordingly, whether prejudice is conclusively presumed or to be inferred, the appellant has satisfied any requirement in connection with this factor.

#### Disposition

Based on the foregoing, and having balanced the factors to which I have alluded, I must find that the appellant's right to be tried within a reasonable time has been infringed. Accordingly, s. 11(b) has been breached. I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of Darichuk J.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Johnston & Company, Dauphin.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

du juge Huband citée précédemment reconnaît qu'il y a un préjudice en ce sens que [TRADUCTION] «il aura à appréhender une accusation criminelle pendant une période importante». Voilà <sup>a</sup> l'essence même du préjudice causé aux droits de l'inculpé à la sécurité de sa personne. Dans l'arrêt *Mills*, à la p. 919, le juge Lamer dit:

En outre, en vertu de l'al. 11b), la sécurité de la personne doit être assurée aussi jalousement que la <sup>b</sup> liberté de l'individu. Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle <sup>c</sup> pendante».

Par conséquent, peu importe que le préjudice soit présumé de façon concluante ou qu'on puisse en déduire l'existence, l'appelant a satisfait à toute <sup>d</sup> exigence à ce chapitre.

#### Dispositif

Compte tenu de ce qui précède et après avoir soupesé les facteurs que j'ai mentionnés, je dois <sup>e</sup> conclure qu'il y a eu atteinte au droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable. Par conséquent, il y a eu violation de l'al. 11b). Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de <sup>f</sup> la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge Darichuk.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Johnston & Company, Dauphin.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

**Kevin Joseph Debot** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DEBOT

File No.: 20099.

1989: June 22; 1989: December 7.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasonableness of search — Right to counsel — Admissibility of evidence if obtained in circumstances in violation of Charter rights — Appellant frisked in warrantless drug search — Search ordered following tip from reliable informant — Drugs found and appellant arrested — Appellant informed of his Charter rights, including right to counsel, on arrest — Whether or not search reasonable — Whether or not right to counsel infringed — Whether or not real evidence obtained in search should be excluded from evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2) — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(1)(a),(b).*

*Criminal law — Searches — Appellant frisked in warrantless drug search — Search ordered following tip from reliable informant — Search permissible if reasonable belief that offence was committed — Whether or not police had reasonable and probable grounds to believe offence committed — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(1)(a),(b).*

A reliable informant informed the police that the appellant and two others were going to meet to complete an illegal drug deal and take delivery of a substantial amount of speed being brought into the area by a supplier. The informant had obtained this information in conversation with one of the persons who was to be a party to the deal. All the individuals named were known by the police to have had an involvement with drugs in the past.

Two officers, on orders from an R.C.M.P. sergeant, intercepted and searched appellant's vehicle shortly after it left the house where the transaction was to

**Kevin Joseph Debot** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. DEBOT

N° du greffe: 20099.

1989: 22 juin; 1989: 7 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, Sopinka et Cory.

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

c

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Caractère raisonnable d'une fouille — Droit à l'assistance d'un avocat — Recevabilité d'éléments de preuve obtenus dans des circonstances qui violent des droits garantis par la Charte — Appellant fouillé sans mandat, à la recherche de drogue — Fouille ordonnée par suite de renseignements obtenus d'un informateur fiable — Découverte de drogue et arrestation de l'appellant — Appellant avisé dès son arrestation de ses droits en vertu de la Charte, y compris le droit à l'assistance d'un avocat — La fouille était-elle abusive? — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat? — Faut-il écarter les preuves matérielles obtenues par la fouille? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10(b), 24(2) — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(1)(a), b).*

*Droit criminel — Fouilles — Appellant fouillé sans mandat, à la recherche de drogue — Fouille ordonnée par suite de renseignements obtenus d'un informateur fiable — Fouille permise s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise — Les policiers avaient-ils des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise? — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(1)(a), b).*

h

Un informateur fiable a avisé les policiers que l'appellant et deux autres personnes devaient se rencontrer pour conclure un marché de drogues illégales et prendre livraison d'une quantité importante d'amphétamines apportées dans la région par un fournisseur. L'informateur avait obtenu ces renseignements au cours d'une conversation avec l'une des parties au marché. Toutes les personnes en cause étaient connues de la police pour avoir déjà été impliquées dans des affaires de drogues.

j

Deux agents, sur l'ordre d'un sergent de la GRC, ont intercepté et fouillé le véhicule de l'appellant peu de temps après que le véhicule eut quitté la maison où le

occur. A constable told appellant that he had reasonable and probable grounds to believe that the appellant had speed on him and proceeded with a warrantless search as authorized by s. 37(1) of the *Food and Drugs Act*. The appellant was ordered to assume a "spread eagle" position and told to empty his pockets. A quantity of speed was found. The constable placed the appellant under arrest and advised him of his *Charter* right to counsel.

The trial judge acquitted the accused. He found the search to be unreasonable contrary to s. 8 of the *Charter* and excluded the evidence under s. 24(2). The Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The circumstances of the search raised *Charter* issues as to the reasonableness of the search under s. 8, the right to counsel under s. 10(b), and the exclusion of evidence under s. 24(2).

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ.: The right to search incident to arrest derives from the fact of arrest or detention of the person. The right to retain and instruct counsel derives from the arrest and detention, not from the fact of being searched. The detainee, therefore, has the right to be informed of the right to retain and instruct counsel immediately upon detention. The police, however, are not obligated to suspend the search incident to arrest until the detainee has the opportunity to retain counsel.

Denial of the right to counsel will result in a search's being unreasonable contrary to s. 8 of the *Charter* in only exceptional circumstances. A search is reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable. The denial of the right to counsel does not affect the "manner" in which the search is conducted. The "manner" in which the search is conducted relates to the physical way in which it is carried out and should not be inclusive of restrictions of other rights that already receive the benefit of the *Charter's* protection.

Evidence obtained by way of a search that is reasonable but contemporaneous with a violation of s. 10(b) of the *Charter* will not necessarily be admitted under s. 24(2). Evidence will be excluded if there was a temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence, and if the admission of the

marché devait avoir lieu. Un agent a avisé l'appelant qu'il avait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait des amphétamines sur lui et l'a fouillé sans mandat comme le permet le par. 37(1) de la *Loi des aliments et drogues*. L'appelant a reçu l'ordre de se tenir bras et jambes écartées et de vider ses poches. On a trouvé une certaine quantité d'amphétamines. L'agent a mis l'appelant en état d'arrestation et l'a avisé de son droit à l'assistance d'un avocat en vertu de la *Charte*.

Le juge du procès a acquitté l'accusé. Il a conclu que la fouille avait été abusive, en violation de l'art. 8 de la *Charte*, et il a écarté les éléments de preuve en vertu du par. 24(2). La Cour d'appel, à l'unanimité, a accueilli l'appel du ministère public et ordonné un nouveau procès. Les circonstances de la fouille soulèvent les questions du caractère abusif de la fouille, du droit à l'assistance d'un avocat et de l'exclusion des éléments de preuve en vertu de l'art. 8, de l'al. 10b) et du par. 24(2) de la *Charte*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Cory: Le droit de procéder à une fouille accessoire à une arrestation découle du fait de l'arrestation ou de la détention de la personne. Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat découle de l'arrestation ou de la détention, non du fait de la fouille. Donc, dès qu'il y a détention, la personne détenue a le droit d'être informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Cependant, les policiers ne sont pas tenus de suspendre la fouille accessoire à l'arrestation jusqu'à ce que la personne détenue ait eu la possibilité d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

La négation du droit à l'assistance d'un avocat ne donne un caractère abusif à une fouille, au sens de l'art. 8 de la *Charte*, que dans des circonstances exceptionnelles. Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. La négation du droit à l'assistance d'un avocat ne modifie pas la «manière» dont une fouille est exécutée. La «manière» dont une fouille est exécutée a trait au déroulement matériel de la fouille et ne devrait pas englober des restrictions à d'autres droits déjà garantis en vertu de la *Charte*.

Les éléments de preuve obtenus grâce à une fouille raisonnable mais accompagnée d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte* ne seront pas nécessairement admis en vertu du par. 24(2). Les éléments de preuve seront écartés s'il existe un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve et si

evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Here, the “frisk” search authorized by s. 37 of the *Food and Drugs Act* was carried out contemporaneously to a violation of appellant’s s. 10(b) rights under the *Charter*. The evidence obtained, however, was real evidence and its existence was totally unrelated to the *Charter* violation. The repute of administration of justice would not be harmed by the admission of this evidence.

*Per Wilson J.*: A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable, and if the manner in which the search was carried out is reasonable. No question was raised as to whether s. 37 of the *Food and Drugs Act* was, either by necessary implication or through its operating requirements, irreconcilable with s. 8 or s. 10(b) of the *Charter* so as to constitute limits on those rights “prescribed by law” under s. 1. The appellant’s *Charter* rights therefore had to be respected.

When police officers order someone to stand “spread eagle” against a wall, that person is “detained” within the meaning of s. 10. In light of the fact that the arresting officers were instructed in advance to stop and search the vehicle and its occupants, the appellant was detained from the time he was approached by the constable.

Counsel’s role is not limited to advising a suspect of his or her options where such options exist. The suspect is entitled to know what his legal rights and obligations are and to have counsel available to dispel uncertainty and provide assurance to the suspect that the officers do have the authority they are seeking to assert. The right to counsel is not contingent on a hypothetical assessment of whether or not counsel would be useful to the suspect in the circumstances.

The direction in s. 10(b) that the police inform a detainee of his or her rights to counsel “without delay” does not permit of internal qualification. Any limit on the right to counsel, other than the limit required for the safety of the police, must be supported under s. 1 of the *Charter* if it is a limit “prescribed by law” which was not the case here.

The police had reasonable and probable grounds to search the appellant under the authority granted to them under s. 37 of the *Food and Drugs Act*. The appropriate standard is one of “reasonable probability” rather than “proof beyond a reasonable doubt” or “pri-

l’utilisation de ces éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

En l’espèce, la fouille par palpation autorisée par l’art. 37 de la *Loi des aliments et drogues* a eu lieu en même temps qu’une violation du droit garanti à l’appelant en vertu de l’al. 10b) de la *Charte*. Toutefois les éléments de preuve obtenus consistaient en une preuve matérielle dont l’existence n’avait aucun rapport avec la violation de la *Charte*. L’utilisation de ces éléments de preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

*Le juge Wilson*: Une fouille est raisonnable si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive. On n’a pas soulevé la question de savoir si l’art. 37 de la *Loi des aliments et drogues*, par inférence nécessaire ou par les exigences de son application, est incompatible avec l’art. 8 ou l’al. 10b) de la *Charte* et constitue donc une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l’article premier. Il fallait donc respecter les droits de l’appelant en vertu de la *Charte*.

Quand un policier ordonne à quelqu’un de se tenir bras et jambes écartés face à un mur, il «détient» cette personne au sens de l’art. 10. Puisque les agents qui ont procédé à l’arrestation avaient reçu l’instruction, à l’avance, d’intercepter et de fouiller la voiture et ses occupants, l’appelant a été détenu dès le moment où l’agent l’a interpellé.

Le rôle de l’avocat ne se borne pas à conseiller un suspect quant aux possibilités qui s’offrent à lui, s’il en est. Le suspect a le droit de connaître ses droits et obligations et de pouvoir bénéficier de conseils afin de dissiper son incertitude et l’assurer que les agents ont le droit d’exiger ce qu’ils demandent. Le droit à l’assistance d’un avocat ne dépend pas de l’évaluation de l’utilité qu’aurait pu avoir l’avocat dans les circonstances.

L’obligation faite aux policiers à l’al. 10b) d’aviser «sans délai» un détenu de son droit à l’assistance d’un avocat ne permet pas de restriction intrinsèque. Toute limite au droit à l’assistance d’un avocat autre que les limites qu’impose la sécurité des policiers doit être conforme à l’article premier de la *Charte* s’il s’agit d’une restriction prescrite «par une règle de droit», ce qui n’était pas le cas en l’espèce.

Les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de fouiller l’appelant en vertu du pouvoir conféré par l’art. 37 de la *Loi des aliments et drogues*. La norme de preuve applicable est celle de la «probabilité raisonnable» plutôt que celle de la «preuve hors de tout doute



*ma facie* case”. The phrase “reasonable belief” also approximates the requisite standard.

The police officer who decides that a suspect should be searched is the person who must have reasonable and probable grounds for believing the suspect is committing an offence. That officer may or may not perform the actual search. If another officer conducts the search, he or she is entitled to assume that the officer who ordered the search had reasonable and probable grounds for doing so.

At least three concerns must be addressed in weighing whether or not the evidence relied on by the police justified a warrantless search. First, was the information predicting the commission of a criminal offence compelling? Second, where a “tip” originating from a source outside the police, was that source credible? Finally, was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search? Each factor does not form a separate test. Rather, it is the “totality of the circumstances” that must meet the standard of reasonableness. Weaknesses in one area may, to some extent, be compensated by strengths in the other two.

The information received by the police was compelling. It was sufficiently specific to warrant their attention and did not take the form of bald conclusory statements or “mere rumour or gossip”. Two caveats, however, must qualify the use of reputation as germane to the issue of a reasonable search. First, the reputation of the suspect must be related to the ostensible reasons for the search. And second, if the reputation of the suspect is based on hearsay rather than police familiarity with the suspect, its veracity cannot be assumed. The police here appear to have relied on both direct experience and hearsay.

The informant whose credibility is most critical is the one who provided the details of the anticipated transaction. The evidence of previous dealings with the informant in this case tended to validate the decision to treat the informant as credible. Where the police rely on an anonymous tip or on an untried informant, the quality of the information and corroborative evidence may have to be such as to compensate for the inability to assess the credibility of the source.

The police need not confirm each detail in an informant’s tip so long as the sequence of events actually

raisonnable» ou de la «preuve *prima facie*». L’expression «croyance raisonnable» correspond également assez bien à la norme applicable.

L’agent de police qui décide que le suspect doit être fouillé est la personne qui doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu’un suspect a commis une infraction. L’agent peut procéder à la fouille lui-même ou non. Si un autre agent procède à la fouille il a le droit de supposer que l’agent qui a ordonné la fouille avait des motifs raisonnables et probables de le faire.

Il faut répondre à trois questions au moins pour évaluer si les éléments de preuve dont disposaient les policiers justifiaient une fouille sans mandat. Premièrement, les renseignements permettant de prévoir la perpétration d’une infraction criminelle étaient-ils convaincants? Deuxièmement, la source extérieure à la police d’où provenait les renseignements était-elle fiable? Enfin, l’enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille? Chacune de ces questions ne constitue pas un critère distinct. C’est plutôt «l’ensemble des circonstances» qui doit satisfaire au critère du caractère raisonnable. La valeur des renseignements sous deux aspects peut dans une certaine mesure compenser leur faiblesse sous le troisième.

Les renseignements communiqués à la police étaient convaincants. Ils étaient assez précis pour justifier l’intérêt des policiers; il ne s’agissait pas d’affirmations non étayées ou de simples «rumeurs ou racontars». Il faut faire deux mises en garde sur le recours à la réputation comme justification d’une fouille raisonnable. D’abord, la réputation du suspect doit avoir un rapport avec le motif apparent de la fouille. Deuxièmement, si la réputation du suspect repose sur du ouï-dire, plutôt que sur la connaissance du suspect par la police, on ne saurait présumer de sa véracité. En l’espèce, il appert que les policiers se sont fiés aussi bien à leur expérience directe qu’au ouï-dire.

L’informateur dont la crédibilité est la plus déterminante est celui qui a fourni les renseignements sur le marché qui devait avoir lieu. La preuve de rapports antérieurs avec l’informateur en l’espèce tend à justifier la décision de considérer l’informateur comme crédible. Quand la police s’appuie sur un renseignement anonyme ou fourni par un informateur qui n’a pas fait ses preuves, la qualité des renseignements et la valeur probante des preuves corroborantes doit suppléer à l’impossibilité d’évaluer la crédibilité de la source des renseignements.

Il n’est pas nécessaire que la police confirme tous les détails des renseignements fournis par l’informateur

observed conforms sufficiently to the anticipated pattern to remove the possibility of innocent coincidence. The level of verification required, however, may be higher where the police rely on an informant whose credibility cannot be assessed or where fewer details are provided and the risk of innocent coincidence is greater. Given the quality of the information and the reliability of the informant, the police surveillance yielded sufficient corroborative evidence to warrant the belief that a drug transaction had occurred.

A detained person cannot be assumed to be fully apprised of all his *Charter* rights at the critical moment and, without knowledge of those rights, may fail to exercise his rights or may attempt to resist in a mistaken belief that the police conduct was not lawful when in fact it was. The police cannot appropriately provide legal advice regarding the legitimacy of their own actions. An individual must rely on counsel to supply the vital information.

The question of whether a denial of the right to counsel renders a search unreasonable depends on two factors: (1) the source of authority for the search; and, (2) the invasiveness of the search. The failure to advise an individual of his or her right to counsel detracts more from the reasonableness of a warrantless search than from a search subject to prior authorization. The more invasive the search, the greater the assault on one's dignity. To the extent that counsel can provide reassurance and advice to a person who may be subjected to a highly invasive procedure and perhaps even prevent an unjustified search, his or her presence can mitigate the impact of the intrusion on the individual's physical and psychological integrity. Here, the failure to accord the appellant his s. 10(b) rights militated against the reasonableness of the warrantless search and the minimal nature of the invasion of his privacy from the "frisk" type search militated in favour of its reasonableness.

The evidence should be admitted notwithstanding the *Charter* violation. The search following the violation of appellant's s. 10(b) rights produced real evidence which was totally unrelated to the *Charter* violation. Its admission would not render the trial unfair. The police had not acted in bad faith in thinking that respondent did not have to be informed of his s. 10(b) rights before being searched. The violation of appellant's right was not trivial but the "interests of truth" and the "integrity

quand le déroulement des événements observés correspond assez bien à la séquence prévue pour écarter la possibilité d'une coïncidence fortuite. Le niveau de vérification peut être plus élevé cependant quand les policiers agissent sur la foi de renseignements d'un informateur dont ils ne peuvent évaluer la crédibilité ou s'ils ont moins de détails et que le risque de coïncidence fortuite est plus grand. Compte tenu de la qualité des renseignements et de la fiabilité de l'informateur en l'espèce, la surveillance policière a produit suffisamment d'éléments de corroboration pour les justifier de croire qu'un marché de drogue venait de se produire.

On ne doit pas supposer que la personne en état de détention connaît parfaitement tous les droits que la *Charte* lui confère à l'instant déterminant. À défaut de connaître ses droits, elle peut ne pas les exercer ou, par ailleurs, tenter de résister parce qu'elle croit, à tort, que la police agit de manière illégale. Les policiers sont mal placés pour donner des avis juridiques sur la légalité de leurs propres actes. Une personne doit pouvoir avoir recours à un avocat pour lui fournir ces renseignements essentiels.

Pour déterminer si la négation du droit à l'assistance d'un avocat rend la fouille abusive, il faut tenir compte de deux facteurs: (1) la source du pouvoir juridique de procéder à la fouille et (2) le caractère envahissant de la fouille. L'omission d'informer la personne de son droit à l'assistance d'un avocat pèse plus lourd dans l'évaluation du caractère raisonnable d'une fouille sans mandat que dans le cas d'une fouille autorisée par un mandat. Plus la fouille est envahissante, plus l'atteinte à la dignité de la personne est grande. Dans la mesure où un avocat peut rassurer et conseiller une personne exposée à une fouille très envahissante ou même prévenir une fouille injustifiée, sa présence peut réduire les conséquences de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique de la personne. En l'espèce, le fait d'avoir privé l'appelant du droit que lui conférait l'al. 10b) est un élément qui milite contre le caractère raisonnable de la fouille sans mandat alors que le caractère peu envahissant de la fouille par palpation est un élément qui milite en faveur de son caractère raisonnable.

Il y a lieu d'utiliser la preuve malgré la violation de la *Charte*. La fouille qui a suivi la violation du droit garanti à l'appelant en vertu de l'al. 10b) a fait découvrir des preuves matérielles dont l'existence n'avait aucun rapport avec la violation de la *Charte*. Leur utilisation ne rendrait pas le procès inéquitable. Les policiers n'ont pas agi de mauvaise foi en pensant qu'ils n'étaient pas tenus, avant de le fouiller, d'aviser l'appelant de ses droits en vertu de l'al. 10b). La violation du

of the legal system" would be better served by the admission of the evidence than by its exclusion.

*Per Sopinka J.*: The police were under no obligation to advise the appellant of his right to counsel before completing the "frisk" search. Where the obligation to inform a person of his or her right to counsel arises, there is an obligation to afford that person a reasonable opportunity to consult counsel. If the circumstances surrounding a search incidental to an arrest do not lend themselves to the delay inherent in making counsel available, they are equally not conducive to the reading of rights. This Court has recognized that the right to retain and instruct counsel without delay is not absolute. The right to be informed of the right to counsel need not be accorded different treatment.

#### Cases Cited

By Lamer J.

**Applied:** *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; **referred to:** *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548.

By Wilson J.

**Considered:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused [1984] 2 S.C.R. ix; *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Guberman* (1985), 23 C.C.C. (3d) 406; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969).

By Sopinka J.

**Referred to:** *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532; *R. v. Bonin* (1989), 47 C.C.C. (3d) 230, leave to appeal refused, October 19, 1989, *Bulletin of Proceedings*, p. 2435.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 8, 10(b), 24(1), (2).  
*Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 144.  
*Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(1).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1.

droit de l'appelant n'était pas anodine, mais «l'intérêt de la vérité» et «l'intégrité du système judiciaire» seraient mieux servis par l'utilisation de la preuve que par son exclusion.

*a* Le juge Sopinka: Les policiers n'étaient pas tenus d'aviser l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat avant d'effectuer la fouille par palpation. Quand il y a obligation d'aviser une personne de son droit à l'assistance d'un avocat, il y a obligation d'accorder à cette personne une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Si les circonstances d'une fouille accessoire à une arrestation ne se prêtent pas aux délais qu'entraîne le recours à l'assistance d'un avocat, elles ne se prêtent pas non plus à une lecture de ses droits. Notre Cour a reconnu que le droit à l'assistance immédiate d'un avocat n'est pas absolu. Il n'y a pas lieu de traiter autrement le droit d'être informé de ce droit.

#### Jurisprudence

*d* Citée par le juge Lamer

**Arrêt appliqué:** *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548.

*e*

Citée par le juge Wilson

**Arrêts examinés:** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; **arrêts mentionnés:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, autorisation de pourvoi refusée [1984] 2 R.C.S. ix; *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Guberman* (1985), 23 C.C.C. (3d) 406; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969).

*f*

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532; *R. v. Bonin* (1989), 47 C.C.C. (3d) 230, autorisation de pourvoi refusée, le 19 octobre 1989, *Bulletin des procédures*, p. 2435.

*i*

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8, 10(b), 24(1), (2).  
*Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(1).  
*Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 144.  
*Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1.

*j*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 30 C.C.C. (3d) 207, allowing an appeal from an acquittal by Clements Dist. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Andrew Z. Kerekes*, for the appellant.

*Robert W. Hubbard*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ. was delivered by

LAMER J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Wilson. While I agree with her reasons and disposition of this appeal, I feel I must, with respect, qualify somewhat my concurrence, as regards two matters: first, the relationship between the right to search incident to arrest and the right to retain and instruct counsel and second, the effect of a violation of the right to counsel on the constitutional validity of an otherwise reasonable search made contemporaneously with arrest.

On the first point, I note that as a general rule police proceeding to a search are not obligated to suspend the search and give a person the opportunity to retain and instruct counsel, as for example when the search is of a home pursuant to a search warrant. When the police are conducting a body search, however, the matter is entirely different. In such a case, it is impossible to search without detaining the individual within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is in that context that I now turn to a discussion of searches incident to arrest.

The right to search incident to arrest derives from the fact of arrest or detention of the person. The right to retain and instruct counsel derives from the arrest or detention, not from the fact of being searched. Therefore immediately upon detention, the detainee does have the right to be informed of the right to retain and instruct counsel. However, the police are not obligated to suspend the search incident to arrest until the detainee has the opportunity to retain counsel. There are, in my view, exceptions to this general

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 30 C.C.C. (3d) 207, qui a accueilli l'appel d'un acquittement par le juge Clements, de la Cour de district, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Andrew Z. Kerekes*, pour l'appellant.

*Robert W. Hubbard*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Cory rendu par

LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson. Bien que je souscrive à ses motifs et au résultat qu'elle propose, je dois avec égards apporter certaines réserves à mon accord sur deux points: en premier lieu, les rapports qui existent entre le droit de procéder à une fouille accessoire à une arrestation et le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat; en second lieu, l'effet de la violation du droit à l'assistance d'un avocat sur la validité constitutionnelle d'une fouille, non abusive par ailleurs, exécutée au moment de l'arrestation.

Sur le premier point, je souligne qu'en règle générale, les policiers qui procèdent à une fouille ne sont pas tenus de la suspendre pour donner à une personne la possibilité d'avoir recours à l'assistance d'un avocat quand, par exemple, il s'agit de la perquisition d'une habitation en vertu d'un mandat. Quand les policiers procèdent à une fouille sur une personne, il en va tout autrement. Dans ce cas, il est impossible de procéder à la fouille sans détenir la personne au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est dans ce contexte que j'examinerai maintenant les fouilles accessoires à une arrestation.

Le droit de procéder à une fouille accessoire à une arrestation découle du fait de l'arrestation ou de la détention de la personne. Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat découle de l'arrestation ou de la détention, non du fait de la fouille. Donc, dès qu'il y a détention, la personne détenue a le droit d'être informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Cependant, les policiers ne sont pas tenus de suspendre la fouille accessoire à l'arrestation jusqu'à ce que la personne ait eu la possibilité d'avoir recours à

rule. One is where the lawfulness of the search is dependent on the detainee's consent. That situation is governed by this Court's decision in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 12:

In my view, the right to counsel also means that, once an accused or detained person has asserted that right, the police cannot, in any way, compel the detainee or accused person to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right.

Another is when a statute gives a person a right to seek review of the decision to search as was the case in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. In this case, when the person invokes the right, and pending its exercise, the authority to proceed to search is suspended. Obviously, the person must be given the same rights as when arrested, and the officers wanting to search cannot assume that they may proceed absent the suspect's invoking his right to review, until he or she has been given reasonable opportunity to consult counsel.

This then leads me to the second point. It is Wilson J.'s view that a denial of a right to counsel should be a factor when determining the reasonableness of a search. With respect, I cannot agree with such a broad statement in relation to the interaction of ss. 8 and 10(b) of the *Charter*. It is my view that it will only be in exceptional circumstances that the denial of the right to counsel will trigger a violation of s. 8. Such would be the case when the lawfulness of the search is dependent upon the consent of the person detained. If a detained person's consent to a search of his house, which, under the circumstances of the case and the applicable law, requires a warrant, was given while that person's s. 10(b) rights were being violated (either because he has not been informed of his right to counsel or because the police have obtained his consent to search his house before he has been given a reasonable opportunity to exercise his right to counsel) then the search is unlawful and, as such, unreasonable. Apart from a situation such as this or other situations analogous to

l'assistance d'un avocat. À mon avis, il y a des exceptions à cette règle générale. Par exemple, quand la légalité de la fouille dépend du consentement de la personne détenue. Cette situation est régie par l'arrêt de notre Cour *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 12:

Le droit à l'assistance d'un avocat signifie également à mon avis que, dès qu'un accusé ou un détenu a fait valoir ce droit, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès.

Il y a aussi exception quand la loi accorde à une personne le droit de demander la révision de la décision de procéder à une fouille comme dans l'affaire *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Dans ce cas, quand la personne fait valoir ce droit et jusqu'à ce qu'elle l'exerce, le pouvoir de procéder à la fouille est suspendu. Manifestement, la personne doit jouir des mêmes droits que si elle avait été arrêtée et les agents qui veulent procéder à la fouille ne peuvent présumer qu'ils peuvent procéder, si le suspect n'a pas demandé d'exercer le droit de révision, avant de lui avoir accordé une occasion raisonnable de consulter un avocat.

Ceci m'amène au second point. De l'avis du juge Wilson, la négation du droit à l'assistance d'un avocat est un facteur à considérer pour déterminer si une fouille est abusive ou non. Avec égards, je ne puis souscrire à une proposition aussi générale sur l'interaction de l'art. 8 et de l'al. 10b) de la *Charte*. J'estime que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la négation du droit à l'assistance d'un avocat entraîne une violation de l'art. 8. Ce serait le cas si la légalité de la fouille dépendait du consentement de la personne détenue. Si une personne détenue consent à une perquisition de sa maison, qui, dans les circonstances de l'espèce et selon les lois applicables, exige un mandat, alors que le droit garanti à cette personne par l'al. 10b) est violé (parce qu'elle n'a pas été informée de son droit à l'assistance d'un avocat ou parce que les policiers ont obtenu son consentement à la perquisition de sa maison avant de lui avoir donné une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat), alors la perquisition est illégale et abusive. En dehors de ce

those dealt with in *R. v. Simmons, supra*, where the s. 10(b) violation goes to the very lawfulness of the search, I have not been able to imagine situations where the right to counsel will be relevant to a determination of the reasonableness of a search.

In respect of the right to protection against unreasonable search or seizure, the norm to be applied in considering reasonableness was set out by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278:

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

In subsequent decisions, namely *R. v. Simmons, supra*, *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, and in the present case, Wilson J. has stated that the denial of the right to counsel affects the "manner" in which the search is conducted. With respect, I cannot agree. The "manner" in which the search is conducted relates to the physical way in which it is carried out and should not, in my view, be inclusive of restrictions of other rights that already receive the benefit of protection from the *Charter*.

I hasten to add that I am not saying that evidence obtained by way of a search which is reasonable but contemporaneous with a s. 10(b) violation will necessarily be admitted. Once a restriction of the right to counsel has been established, the court must turn to the effects of the restriction under s. 24(2) and apply the two-fold test set out in *R. v. Strachan, supra*, at p. 1000:

(i) the evidence must be "obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed" by the *Charter*.

(ii) the admission of the evidence "would bring the administration justice into disrepute".

The above discussion is far from theoretical. Indeed, determining the exclusion or admission of evidence obtained as a result of an unreasonable search is quite different from determining the exclusion or admission of evidence obtained as a

cas ou d'autres situations comparables à celles dont il était question dans l'arrêt *R. v. Simmons*, précité, dans lesquels la violation de l'al. 10b) entache la légalité de la perquisition, je ne puis concevoir de situation où le caractère abusif de la perquisition dépende du droit à l'assistance d'un avocat.

En matière de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, la norme à appliquer pour déterminer le caractère raisonnable ou abusif est énoncée dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278:

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même est n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Dans des arrêts ultérieurs, dont *R. c. Simmons*, précité, *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, et en l'espèce, le juge Wilson a affirmé que la négation du droit à l'assistance d'un avocat modifie la «manière» dont une fouille est exécutée. Avec égards, je ne suis pas d'accord. La «manière» dont une fouille est exécutée a trait au déroulement matériel de la fouille et ne devrait pas, à mon avis, englober des restrictions à d'autres droits déjà garantis en vertu de la *Charte*.

Je m'empresse d'ajouter que je ne dis pas que les éléments de preuve obtenus grâce à une fouille raisonnable mais accompagnée d'une violation de l'al. 10b) seront nécessairement admis en preuve. Dès qu'il est établi que le droit à l'assistance d'un avocat a été restreint, la cour doit examiner les effets de cette restriction en vertu du par. 24(2) et appliquer le critère en deux temps établi dans l'arrêt *R. c. Strachan*, précité, à la p. 1000:

(i) les éléments de preuve doivent avoir été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis» par la *Charte*.

(ii) l'utilisation de ces éléments de preuve doit être «susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

L'analyse qui précède est loin d'être théorique. La décision d'utiliser ou d'écarter des éléments de preuve obtenus par suite d'une fouille abusive est très différente de celle d'utiliser ou d'écarter des éléments de preuve obtenus en vertu d'une fouille

result of a search which was perfectly valid but which was carried out contemporaneously with a s. 10(b) violation. While the violation of s. 8 is directly linked to the obtaining of the evidence, the violation of s. 10 could be very remote: indeed it could be totally unrelated to the finding of the evidence. For example, in this case the appellant was subjected to a warrantless "frisk" search authorized by s. 37 of the *Food and Drugs Act*. The search was carried out contemporaneous to a violation of the appellant's s. 10(b) rights under the *Charter*. But as Wilson J. notes in her discussion of s. 24(2) in this case, the evidence obtained was real evidence the existence of which, and I hasten to add its seizure, was totally unrelated to the *Charter* violation. This link, or in this case the lack of it, of course makes a great difference when assessing whether the repute of our system of justice will be harmed by the admission of the evidence.

I, therefore, agree with Wilson J.'s disposition of this appeal, save for the comments I have made above.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—The appellant was charged on an indictment alleging:

That he on or about the 26th day of February, 1985 at the Town of Wallaceburg in the County of Kent unlawfully did have in his possession a Controlled Drug to wit: Methamphetamine (Speed) for the purpose of trafficking, contrary to Section 34(2) of the Food and Drug Act.

The drugs in question were discovered on the appellant's person in the course of an on-the-spot warrantless "frisk" search. Section 37(1) of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27 as amended, in force at the relevant time, authorized a warrantless search in the following circumstances:

37. (1) A peace officer may at any time

(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a writ of assistance or a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which he reasonably believes there is a controlled drug by

parfaitement valide, mais accompagnée d'une violation de l'al. 10b). Alors que la violation de l'art. 8 est directement liée à l'obtention des éléments de preuve, la violation de l'art. 10 peut n'avoir que peu de rapport ou même aucun rapport avec l'obtention de ces éléments de preuve. En l'espèce, par exemple, l'appelant a été soumis à une fouille par palpation, sans mandat, autorisée par l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues*. La fouille a eu lieu en même temps qu'une violation des droits garantis à l'appelant en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*. Mais, comme le signale le juge Wilson dans son analyse du par. 24(2), en l'espèce, les éléments de preuve obtenus consistaient en une preuve matérielle dont l'existence, et je m'empresse d'ajouter, la saisie, n'avaient aucun rapport avec la violation de la *Charte*. Ce lien ou, en l'espèce, cette absence de lien, fait évidemment toute la différence quand il s'agit de savoir si l'utilisation de la preuve déconsidérera l'administration de la justice.

Je souscris à l'avis du juge Wilson sur la façon de disposer du pourvoi, sauf pour les observations que j'ai faites ici.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—L'appelant a été inculpé par voie de mise en accusation sous le chef suivant:

[TRADUCTION] Le 26 février 1985 ou vers cette date, dans la municipalité de Wallaceburg, comté de Kent, d'avoir eu illégalement en sa possession une drogue contrôlée, savoir de la méthamphétamine (speed), aux fins d'en faire le trafic, en contravention du par. 34(2) de la Loi des aliments et drogues.

Les drogues dont il s'agit ont été trouvées sur la personne de l'appelant pendant une fouille par palpation, effectuée sur place sans mandat. Le paragraphe 37(1) de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27 modifié, en vigueur à cette époque, autorisait une fouille sans mandat dans les circonstances suivantes:

37. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,

a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation, et, avec l'autorisation d'un mandat de main-forte ou d'un mandat délivré aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve une drogue contrôlée au moyen ou à l'égard

means of or in respect of which an offence under this Part has been committed;

(b) search any person found in such place; . . .

The circumstances of the search raise *Charter* issues as to the reasonableness of the search under s. 8, the right to counsel under s. 10(b), and the exclusion of evidence under s. 24(2). The appeal also provides the Court with an opportunity to explore further the effect of a violation of the right to counsel on the constitutionality of the search under s. 8.

### 1. The Facts

On February 26, 1985, Constable Gutteridge, a Joint Forces Officer with the Chatham police and the R.C.M.P., received confidential information from an informant that the appellant and two others, Greg Carpenter and Gerry List, were going to meet that evening for the purpose of completing a drug transaction involving around four ounces of speed. The transaction was to take place at Carpenter's residence and both he and the appellant were to receive a substantial amount of the drug. The speed was being brought into the Wallaceburg area by a supplier named by the informant. The informant told Gutteridge that he had obtained this information in conversation with Carpenter. Gutteridge had had at least one previous dealing with this informant and described him as "reliable". On that occasion the informant advised him that a large quantity of speed would be found at a particular residence. Only trace amounts of speed were found but a larger quantity of marijuana was seized.

Gutteridge contacted Sergeant Briscoe, head of the R.C.M.P. detachment in Chatham, and passed on the information he had received from the informant to him. Gutteridge asked that the appellant, Carpenter and List all be put under surveillance. All these individuals were known by the Drug Section of the Chatham police to have had an involvement with drugs in the past. The police described the appellant as a user and trafficker

de laquelle une infraction à la présente Partie a été commise;

b) fouiller toute personne trouvée dans un semblable endroit; . . .

Les circonstances de la fouille soulèvent des questions relatives à la *Charte* quant au caractère raisonnable ou abusif de la fouille selon l'art. 8, au droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b) et à l'exclusion de preuve en vertu du par. 24(2). Le pourvoi donne aussi à la Cour l'occasion d'analyser plus en profondeur l'effet d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat sur la constitutionnalité de la fouille en vertu de l'art. 8.

### c 1. Les faits

Le 26 février 1985, l'agent Gutteridge, qui appartient à une escouade conjointe de la police de Chatham et de la GRC, a reçu des renseignements confidentiels d'un informateur selon lesquels l'appelant et deux autres personnes, Greg Carpenter et Gerry List, devaient se rencontrer pendant la soirée dans le but de conclure un marché concernant environ quatre onces d'amphétamines. L'affaire devait être conclue chez Carpenter qui, ainsi que l'appelant, devait prendre livraison d'une quantité importante de drogue. Les amphétamines étaient apportées à Wallaceburg par un fournisseur dont l'informateur avait donné le nom. L'informateur avait dit à l'agent Gutteridge qu'il avait obtenu ces renseignements au cours d'une conversation avec Carpenter. Gutteridge avait déjà eu affaire à cet informateur au moins une fois et l'a qualifié de [TRADUCTION] «fiable». En cette occasion, l'informateur avait fait savoir à Gutteridge qu'une grande quantité d'amphétamines pourrait être trouvée dans une certaine maison d'habitation. On n'en avait trouvé qu'une quantité infime, mais une quantité plus importante de marijuana avait été saisie.

L'agent Gutteridge a communiqué avec le sergent Briscoe, chef du détachement de la GRC à Chatham et lui a rapporté les renseignements obtenus de l'informateur. Gutteridge a demandé que l'appelant, Carpenter et List soient tous soumis à une surveillance. Ces trois personnes étaient connues de la section des stupéfiants de la police de Chatham pour avoir déjà été impliquées dans des affaires de drogues. Les policiers ont qualifié l'ap-



although he had only one narcotics related conviction and that was for possession of a small amount of marijuana. Carpenter was also known as a user and trafficker. Warrants had been executed under the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, and the *Food and Drugs Act* on Carpenter's residence on previous occasions. He had a lengthy record of convictions for narcotics related offences.

Sergeant Briscoe held a briefing session at which the information communicated to him by Gutteridge was relayed to the officers assigned to the surveillance, including Constables Birs and L'Heureux. Birs also testified that he was instructed earlier in the day directly by Gutteridge. Gutteridge's testimony is silent on this point.

Several officers set up surveillance in the vicinity of Carpenter's residence. At one point Constable L'Heureux was instructed to follow a grey Ford compact which had just left Carpenter's residence. The car proceeded to a tavern where the occupants of the car, two men and a woman, parked and entered. Constables L'Heureux and Birs observed from a distance what they thought might be a drug deal taking place between one of the men and another woman in the bar. Constable L'Heureux testified that he noticed an exchange of money and "something else" which he could not identify.

At approximately 9:10 p.m. a dark-coloured Ford Bronco arrived at Carpenter's house. Gutteridge had seen the same car parked in front of the appellant's home several months earlier when he executed the search warrant issued under the *Food and Drugs Act* which ultimately led to the appellant's conviction for possession of marijuana. Gutteridge had also seen the appellant drive the car on several occasions. A number of people got out of the Bronco and at least one person went into the house. About five minutes later two men and two women came out of the house, got into the

pelant de consommateur et de trafiquant de drogues bien qu'il n'ait été reconnu coupable qu'une seule fois en rapport avec des stupéfiants, pour possession d'une petite quantité de marijuana. <sup>a</sup> Carpenter était aussi connu comme consommateur et trafiquant. La résidence de Carpenter avait déjà été fouillée en vertu de mandats délivrés conformément à la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, et à la *Loi des aliments et drogues*. Il <sup>b</sup> avait un dossier chargé de déclarations de culpabilité pour des infractions en matière de drogues.

Le sergent Briscoe a tenu une séance d'information au cours de laquelle il a transmis aux agents chargés de la surveillance, notamment aux agents Birs et L'Heureux, les renseignements que lui avait fournis l'agent Gutteridge. Dans son témoignage, Birs a déclaré aussi qu'il avait reçu des instructions <sup>c</sup> directement de Gutteridge plus tôt le même jour. <sup>d</sup> Le témoignage de Gutteridge est muet sur ce point.

Quelques agents ont entrepris la surveillance des <sup>e</sup> alentours de la maison de Carpenter. À un moment donné, l'agent L'Heureux a reçu l'instruction de suivre une Ford compacte grise qui venait tout juste de partir de chez Carpenter. La voiture <sup>f</sup> s'est arrêtée près d'une taverne où les occupants de la voiture, une femme et deux hommes, sont <sup>g</sup> entrés. Les agents L'Heureux et Birs ont observé de loin ce qui leur a semblé pouvoir être un échange de drogues et d'argent entre l'un des deux <sup>h</sup> hommes et une autre femme, au bar. L'agent L'Heureux a déposé qu'il a vu un échange d'argent contre «quelque chose d'autre» qu'il n'a pu décrire avec précision.

Vers 21 h 10, une Ford Bronco de couleur <sup>h</sup> foncée est arrivée à la maison de Carpenter. Gutteridge avait déjà vu ce véhicule stationné devant la maison de l'appellant plusieurs mois auparavant quand il avait exécuté un mandat délivré en vertu <sup>i</sup> de la *Loi des aliments et drogues*, qui avait finalement permis de faire déclarer l'appellant coupable de possession de marijuana. Gutteridge avait aussi <sup>j</sup> vu l'appellant conduire ce véhicule à différentes occasions. Plusieurs personnes sont descendues du Bronco et au moins l'une d'entre elles est entrée dans la maison. Environ cinq minutes plus tard,

Bronco, and drove away. These observations were transmitted *via* police radio to Sergeant Briscoe who confirmed that the Bronco was registered in the appellant's name.

Sergeant Briscoe instructed two police cars, one occupied by a Constable Martin and the other by Constables L'Heureux and Birs, to intercept and search the vehicle a few minutes after it left Carpenter's residence. The Bronco had entered the downtown area at the time it was stopped. Constable L'Heureux went to the driver's side of the car and had a conversation with the driver Sandra Murphy. She and another female passenger were subsequently searched at the police station after being advised of their right to counsel. Constable Birs went toward the passenger side and approached the appellant who had already stepped out of the Bronco. The Constable identified himself and asked the appellant his name, which the appellant gave. Constable Birs later testified that he did not know whether the appellant was in the car or not when he intercepted it. He asked the appellant if he was carrying drugs, to which the appellant replied that he was not. Constable Birs asked him again and received the same response. Birs then told the appellant that he had reasonable and probable grounds to believe that he had speed on him and proceeded with a search. The appellant was ordered to face the wall of a nearby building in a "spread eagle" position and then told to empty his pockets. The appellant turned over a wad of money. Constable Birs discovered a sunglasses case in the appellant's pocket in which there was a clear plastic bag containing approximately one ounce of speed. The Constable then placed the appellant under arrest and advised him of his *Charter* right to counsel. As Birs was putting the appellant into the car the appellant apparently volunteered the information that he had two syringes concealed in his sock and he produced those for the officer.

A subsequent search of the Bronco uncovered no additional evidence. A search warrant executed on the Carpenter residence also yielded nothing.

deux hommes et deux femmes sont sortis de la maison, sont montés dans le Bronco et ont quitté les lieux. Ces observations ont été relayées par radio au sergent Briscoe qui a confirmé que le Bronco était immatriculé au nom de l'appellant.

Le sergent Briscoe a donné des directives à deux voitures de police, celle de l'agent Martin et celle des agents L'Heureux et Birs, leur disant d'intercepter et de fouiller le véhicule, quelques minutes après qu'il eut quitté la maison de Carpenter. Le Bronco était arrivé au centre de la ville quand on l'a intercepté. L'agent L'Heureux s'est dirigé du côté conducteur et il a engagé la conversation avec Sandra Murphy qui conduisait le véhicule. Elle et une autre femme occupant le véhicule ont été fouillées plus tard au poste de police après avoir été informées de leur droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. L'agent Birs s'est dirigé du côté passager vers l'appellant qui était déjà sorti du véhicule. L'agent s'est identifié et a demandé son nom à l'appellant qui le lui a donné. L'agent Birs a dit plus tard, dans sa déposition, qu'il ne savait pas si l'appellant se trouvait dans le véhicule quand il l'a intercepté. L'agent a demandé à l'appellant s'il avait des drogues sur lui et l'appellant lui a répondu que non. Birs a répété la même question et il a reçu la même réponse. Birs a alors dit à l'appellant qu'il avait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait des amphétamines sur lui et il l'a fouillé. L'appellant a reçu l'ordre de se mettre face au mur d'un édifice voisin, bras et jambes écartés, et de vider ses poches. L'appellant lui a remis une liasse de dollars. L'agent Birs a trouvé, dans les poches de l'appellant, un étui à lunettes qui contenait un sac de plastique transparent contenant environ une once d'amphétamines. L'agent a alors mis l'appellant en état d'arrestation et l'a avisé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat conformément à la *Charte*. Pendant que Birs le faisait monter dans la voiture, l'appellant lui a déclaré, apparemment de manière spontanée, qu'il avait deux seringues cachées dans sa chaussette et les lui a remises.

La fouille subséquente du véhicule n'a pas fourni d'autre élément de preuve. L'exécution d'un mandat de perquisition délivré à l'égard de la maison de Carpenter n'a rien donné non plus.

## 2. The Issues

The appellant raises the following issues on appeal:

- (1) Did the search of the appellant contravene s. 8 of the *Charter*?
- (2) Did the police violate the appellant's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*?
- (3) If the appellant's *Charter* rights were violated, is the evidence obtained from the search admissible under s. 24(2) of the *Charter*?
- (4) Was the search of the appellant incidental to a lawful arrest?

The relevant *Charter* provisions are as follows:

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

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

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

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

## 3. The Courts Below

*District Court of Ontario* (Clements Dist. Ct. J., unreported)

The trial judge held that the search of the accused was not incidental to an arrest, since the search preceded the arrest and one of the officers, Constable L'Heureux, testified that there was to be no arrest unless drugs were found.

The trial judge then turned to s. 37 of the *Food and Drugs Act* as authority for the search. He

## 2. Les questions en litige

L'appelant soulève les questions suivantes dans son pourvoi:

- 1) La fouille de l'appelant était-elle contraire à l'art. 8 de la *Charte*?
- 2) Les policiers ont-ils violé le droit à l'assistance d'un avocat, garanti à l'appelant par l'al. 10b) de la *Charte*?
- 3) Si les droits garantis à l'appelant par la *Charte* ont été violés, les éléments de preuve obtenus par la fouille sont-ils recevables en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?
- 4) La fouille de l'appelant était-elle accessoire à une arrestation légale?

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte*:

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

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

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

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

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

## 3. Les juridictions inférieures

*La Cour de district de l'Ontario* (le juge Clements, jugement inédit)

Le juge du procès a conclu que la fouille de l'accusé n'était pas accessoire à une arrestation puisque la fouille avait précédé l'arrestation et que l'un des agents, l'agent L'Heureux, a déposé qu'il ne devait pas y avoir d'arrestation si on ne trouvait pas de drogue.

Le juge du procès s'est ensuite demandé si l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues* autorisait

referred to this Court's decision in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and noted that Dickson J. (as he then was) emphasized the need for reasonable and probable grounds as opposed to mere suspicion in order to render a search reasonable. The trial judge held that the search in this case was arbitrary and not based on reasonable and probable grounds. He stated:

Very concisely put, it was clear from the evidence of Constable L'Heureux that the vehicle in which the accused was found was going to be stopped and searched. That was that. It was the only task at hand when that vehicle was stopped. Everyone in the vehicle was going to be searched. The vehicle was going to be searched. None of the officers that I have heard from knew if the accused was in that vehicle.

Later he added:

The police were not instructed to make an arrest here but merely to search. This did take place in a public place. The question then is whether or not the search was reasonable. Certainly, to conduct the investigation was reasonable; certainly the surveillance was reasonable as carried on by the officers. But knowing what might happen and what had happened to that point, in my view, the officers went beyond their lawful authority in stopping the vehicle and searching the accused. They did not exercise any direct independent mind of their own to determine whether or not what they were doing was arbitrary because their instructions, according to Constable L'Heureux, were very clear.

Clements Dist. Ct. J. concluded that the search by Constable Birs was unreasonable on the basis of the following facts. The courier who was supposed to deliver the drugs to Wallaceburg was never spotted and there was no evidence that the drugs had arrived. The police did not identify the accused as one of the people entering the house nor as an occupant of the vehicle prior to instructing Constables Birs and L'Heureux to intercept the vehicle, although it had been confirmed that the accused owned the Bronco. The officers were instructed to search the car and its occupants; they themselves exercised no discretion in deciding whether to conduct the search or who to search. It was irrelevant to such decision who was in the vehicle and what they said. In this sense the

cette fouille. Il a mentionné l'arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et a signalé que le juge Dickson (maintenant Juge en chef) y souligne que pour qu'une fouille ne soit pas abusive il faut des motifs raisonnables et probables et non un simple soupçon. Le juge du procès a conclu que, dans ce cas, la fouille avait été arbitraire et qu'elle n'était pas fondée sur des motifs raisonnables et probables. Il dit ceci:

[TRADUCTION] En bref, il était évident, d'après la déposition de l'agent L'Heureux, que le véhicule où se trouvait l'accusé allait être arrêté et fouillé. C'était tout. C'était la seule chose à faire après l'interception du véhicule. Tous les occupants du véhicule allaient être fouillés. Le véhicule allait être fouillé. Aucun des agents que j'ai entendus ne savait si l'accusé était dans ce véhicule.

Plus loin, il ajoute:

[TRADUCTION] Les policiers n'ont pas reçu l'ordre de procéder à une arrestation, mais simplement de procéder à une fouille. Cette fouille a eu lieu dans un endroit public. Il s'agit de déterminer si la fouille était abusive. La façon de mener l'enquête était certainement raisonnable; la surveillance exercée par les agents était certainement raisonnable. Mais sachant ce qui pouvait se produire et ce qui s'était effectivement produit jusqu'alors, les agents ont, à mon avis, outrepassé leurs fonctions en interceptant le véhicule et en fouillant l'accusé. Ils n'ont pas exercé leur jugement personnel pour déterminer si ce qu'ils allaient faire était arbitraire ou non parce que leurs instructions, d'après l'agent L'Heureux, étaient très claires.

Le juge Clements a conclu que la fouille effectuée par l'agent Birs avait été abusive pour les motifs suivants. Le livreur qui devait apporter les drogues à Wallaceburg n'avait jamais été repéré et aucune preuve n'indiquait que les drogues étaient arrivées. Les agents n'ont pas identifié l'accusé comme étant parmi les personnes qui sont entrées dans la maison, ou parmi les occupants du véhicule avant que les agents Birs et L'Heureux reçoivent l'ordre d'intercepter le véhicule, mais il était certain que l'accusé était le propriétaire du véhicule. Les agents ont reçu l'instruction de fouiller le véhicule et ses occupants; ils n'ont pas décidé eux-mêmes s'ils devaient ou non procéder à la fouille ni qui ils devaient fouiller. L'identité de ceux qui occupaient le véhicule ou ce qu'ils ont dit

actions of the police were arbitrary. Clements Dist. Ct. J. stated:

Against all that, Constable Birs said that he had reasonable and probable grounds to search; in my view, he did not have any aside from pure speculation and pure hope. If anything, the police jumped the gun. They should have continued on their surveillance. It cannot be said that this was a reasonable search. In fact, what can be said, although the police, in my view, were not out to even the score with the accused, was that their action was arbitrary.

Having decided that the search contravened s. 8 of the *Charter*, the trial judge considered whether the evidence obtained from the search should be excluded under s. 24(2). He stated that the onus lay with the Crown to establish that admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. He determined that the search was "sufficiently arbitrary" and "sufficiently contrary to the spirit of the words given by Mr. Justice Dickson in the *Southam* case" to warrant exclusion of the evidence:

Here, the surveillance was set up because of information deemed to be reliable by Constable Gutteridge, who remained in Chatham on another investigation. The basis for the surveillance was apparently relayed to Sgt. Briscoe who briefed some officers but did not testify. Constable L'Heureux, as I recall it, did not have the nature of the briefing in his notes. My recollection is that Constable Birs did not know the amount of speed involved. The chain of information was rather nebulous. The officers in their testimony were unsure of themselves. They were on surveillance and really, the officers who stopped the accused carried out an administrative act. The decision had been made higher up apparently by Sgt. Briscoe who did not testify. From the evidence I have heard there was no reasonable cause for the search to be ordered based on except [*sic*] the sighting of the accused's vehicle at the Carpenter residence without knowing if the accused was in it.

Clements Dist. Ct. J. did not consider the past conduct or reputation of the accused as a factor bearing on the reasonableness of the search under s. 8 or on the effect of the exclusion of the evidence

importait peu pour cette décision. En ce sens, la conduite des agents de police était arbitraire. Le juge Clements dit encore:

[TRADUCTION] Malgré cela l'agent Birs a dit qu'il avait des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille; à mon avis, il n'en avait pas, sauf pour des motifs de pure spéculation ou de pur espoir. Les policiers ont pris les devants. Ils auraient dû continuer leur surveillance. On ne saurait dire que cette fouille était raisonnable. En réalité, on peut dire que, même si les policiers ne cherchaient pas à rendre à l'accusé la monnaie de sa pièce, leur conduite était arbitraire.

Après avoir conclu que la fouille violait l'art. 8 de la *Charte*, le juge du procès s'est demandé si, en application du par. 24(2), il fallait écarter les éléments de preuve obtenus grâce à cette fouille. Il a déclaré qu'il incombait au ministère public de prouver que l'utilisation des éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a conclu que la fouille était [TRADUCTION] «assez arbitraire» et «assez contraire à l'avis exprimé par le juge Dickson dans l'arrêt *Southam*» pour justifier l'exclusion des éléments de preuve:

[TRADUCTION] En l'espèce, la surveillance a été établie parce que l'agent Gutteridge qui était demeuré à Chatham pour une autre enquête estimait que les renseignements reçus étaient fiables. Apparemment le motif de la surveillance avait été communiqué au sergent Briscoe qui avait informé certains agents, mais qui n'a pas témoigné. D'après mes souvenirs, l'agent L'Heureux n'avait pas consigné la nature des informations dans ses notes. Je me souviens que l'agent Birs ne savait pas de quelle quantité de speed il s'agissait. La transmission des renseignements était plutôt nébuleuse. Dans leurs dépositions, les agents étaient hésitants. Ils procédaient à une surveillance et, à vrai dire, les agents qui ont arrêté l'accusé ont accompli un acte administratif. La décision avait été prise à un échelon supérieur, en apparence par le sergent Briscoe, qui n'a pas témoigné. D'après la preuve que j'ai entendue, il n'y avait pas de motif raisonnable d'ordonner la fouille si ce n'est qu'on avait vu le véhicule de l'appelant chez Carpenter sans savoir si l'accusé s'y trouvait.

Le juge Clements n'a pas tenu compte de la conduite antérieure ni de la réputation de l'accusé comme facteur pouvant avoir une incidence sur le caractère raisonnable de la fouille, au regard de

on the repute of the administration of justice under s. 24(2).

*Ontario Court of Appeal* ((1986), 30 C.C.C. (3d) 207)

The Ontario Court of Appeal (Martin, Goodman and Krever J.J.A.) unanimously allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. Writing for the Court, Martin J.A. first addressed the evidence required to justify a warrantless search for controlled drugs under s. 37 of the *Food and Drugs Act*. He proceeded from the position that the reasonable belief required by s. 37 imposes a standard of "reasonable probability" or "probable cause" rather than "proof beyond a reasonable doubt" or "*prima facie* case". On his view of the facts Martin J.A. found that Constable Birs had reasonable grounds to believe that the accused was in possession of a prohibited drug. At page 219, he reviewed the relevant evidence on this point:

The information supplied by the informer to Constable Gutteridge was not a mere conclusory statement that the respondent was engaging in criminal activity with respect to drugs. Rather, the informer disclosed the underlying circumstances of the expected drug transaction, including the location where it was to take place. The informer told Gutteridge that the respondent was going to Carpenter's house to complete his part in the drug transaction. The police investigation confirmed that the respondent's car arrived at Carpenter's house and that one of the occupants, at least, entered the house. Two men and two women came out of the house shortly thereafter, got into the respondent's car and drove away. Furthermore, the informer had proved to be reliable, with respect to information that he had given the police on previous occasions.

In addition, Constable Birs was informed by Sergeant Briscoe that DeBot's Ford Bronco was leaving Carpenter's residence and that it bore licence No. KP 7409.

Citing the decision of this Court in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, Martin J.A. pointed out that the fact that the information Constable Birs received was hearsay from another officer did

l'art. 8, ou sur l'effet de l'exclusion des éléments de preuve sur l'image de l'administration de la justice, au regard du par. 24(2).

*La Cour d'appel de l'Ontario* ((1986), 30 C.C.C. (3d) 207)

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Goodman et Krever) a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès. Le juge Martin, qui a rédigé les motifs de la Cour, a d'abord examiné quels éléments de preuve sont nécessaires pour justifier une fouille sans mandat à la recherche de drogues contrôlées en vertu de l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues*. Il a tenu pour acquis que les motifs raisonnables de croire, dont parle l'art. 37, correspondent à une norme de «probabilité raisonnable» ou de «cause probable» plutôt que la «preuve hors de tout doute raisonnable» ou de la «preuve *prima facie*». Selon son appréciation de la preuve, le juge Martin a conclu que l'agent Birs avait des motifs raisonnables de croire que l'accusé était en possession d'une drogue prohibée. À la p. 219, il analyse les éléments de preuve sur ce point:

[TRADUCTION] Les renseignements fournis par l'informateur à l'agent Gutteridge comportaient autre chose que la simple conclusion que l'intimé avait une activité criminelle en matière de drogues. L'informateur a plutôt révélé les circonstances principales du marché de drogues à venir, notamment l'endroit où il devait se produire. L'informateur a dit à Gutteridge que l'intimé se rendrait chez Carpenter pour réaliser sa part du marché de drogues. L'enquête de la police a permis de constater que la voiture de l'intimé était arrivée chez Carpenter et qu'au moins un de ses occupants était entré dans la maison. Deux hommes et deux femmes sont sortis de la maison peu de temps après, sont montés dans la voiture de l'intimé et ont quitté les lieux dans la voiture. De plus, l'informateur avait déjà établi sa crédibilité par les renseignements qu'il avait fournis auparavant à la police.

De plus, le sergent Briscoe a indiqué à l'agent Birs que le Ford Bronco appartenant à DeBot, immatriculé KP 7409, quittait la maison de Carpenter.

Citant l'arrêt de notre Cour *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, le juge Martin a souligné que les renseignements communiqués à l'agent Birs pouvaient constituer une cause probable même s'il

not preclude it from establishing probable cause. Martin J.A. also ruled, at p. 220, that the reputation of a person as a drug user and drug trafficker may be "a relevant factor constituting part of the total circumstances that induce a reasonable belief that the suspect has upon his person a prohibited drug" even although it would not by itself constitute reasonable grounds. The policy rule that excludes such evidence at trial has no application, he stated, in determining probable grounds for an arrest or search.

Martin J.A. also held that even if Constable Birs did not, personally, have any information establishing reasonable grounds for a search, he was entitled to rely on the orders of a superior officer against a claim of arbitrariness as long as the superior officer had reasonable grounds to believe that the suspect had a prohibited drug in his possession. It would be unrealistic and impractical, Martin J.A. stated, to require a police officer to obtain from his or her superior all the information supporting the order to search a person suspected of the commission of a crime especially where the suspect may be fleeing from the scene.

Martin J.A. also decided that an automobile is a "place" within the meaning of s. 37(1)(a) of the *Food and Drugs Act* and that the accused was "found" in the car within the meaning of s. 37(1)(b) even although he got out of the car as Constable Birs approached him. Quoting from the Court of Appeal's earlier decision in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, at p. 125, (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused [1984] 2 S.C.R. ix), Martin J.A. observed at p. 222 that "a warrantless search of vehicles, vessels or aircrafts [*sic*], which may move quickly away, may be reasonable where there are reasonable grounds for believing that such contains a narcotic".

Martin J.A. also disagreed with the trial judge's conclusion that the search was not incidental to a valid arrest because the search preceded the arrest and because the officer stated, in effect, that he would not have arrested the accused had the

s'agissait de oui-dire de la part d'un autre agent. Le juge Martin a aussi conclu, à la p. 220, que le fait d'avoir la réputation de consommateur et de trafiquant de drogues [TRADUCTION] «peut être un facteur pertinent dans l'ensemble des circonstances qui amènent quelqu'un à croire de bonne foi qu'un suspect a une drogue prohibée sur lui», même si cette réputation ne constitue pas en elle-même un motif raisonnable. La règle de principe qui fait écarter ces éléments de preuve au procès ne s'applique pas, selon lui, pour déterminer ce qui constitue des motifs raisonnables de procéder à une arrestation ou à une fouille.

Le juge Martin a aussi conclu que même si l'agent Birs n'avait personnellement aucun renseignement établissant un motif raisonnable de procéder à la fouille, il pouvait s'en remettre aux ordres d'un officier supérieur pour contredire l'allégation d'acte arbitraire pour autant que l'officier supérieur avait des motifs raisonnables de croire que le suspect avait une drogue prohibée en sa possession. Il ne serait ni réaliste ni pratique, dit le juge Martin, d'exiger qu'un agent de police obtienne de son supérieur tous les renseignements qui justifient d'ordonner la fouille d'une personne soupçonnée d'un acte criminel, surtout quand le suspect s'apprête à prendre la fuite.

Le juge Martin a aussi statué qu'une automobile est un «endroit» au sens de l'al. 37(1)a) de la *Loi sur les aliments et drogues* et que l'accusé a été «trouvé» dans la voiture au sens de l'al. 37(1)b), même s'il était sorti de la voiture quand l'agent Birs l'a intercepté. Citant l'arrêt antérieur de la Cour d'appel *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, à la p. 125, (autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée [1984] 2 R.C.S. ix), le juge Martin dit, à la p. 222, que [TRADUCTION] «la perquisition faite sans mandat d'un véhicule, d'un navire ou d'un aéronef, qui peuvent s'éloigner rapidement, peut être raisonnable s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'ils contiennent un stupéfiant».

Le juge Martin n'était pas d'accord non plus avec la conclusion du juge du procès selon laquelle la fouille n'était pas accessoire à une arrestation valide parce que la fouille avait précédé l'arrestation et parce que l'agent a dit qu'en réalité il

search not produced a prohibited drug. Martin J.A. rejected the contention that this was a finding of fact made by the trial judge. In his view, what constitutes a search incident to arrest is a question of law. As long as the officer has probable cause to arrest the suspect, the fact that he or she postpones the decision until after the search is not fatal. This is so because the reasonable belief that the suspect has committed the offence of being in possession of a prohibited drug may turn out to be erroneous. Alternatively, the officer may still have reasonable grounds for making the arrest but conclude that there would be no chance of obtaining a conviction without the evidence. In these circumstances an arrest would be pointless.

The trial judge did not deal with the s. 10(b) argument because he acquitted the accused on the basis of s. 8. The Court of Appeal held that the accused was "detained" by the police when the car was stopped and "when he was directed to face the wall and place his hands on it and when he submitted to the search". He was informed of his right to counsel upon arrest but the issue was whether he was entitled to retain and instruct counsel prior to the search. On this issue, Martin J.A. adopted Morden J.A.'s ruling in *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419, that a right to counsel "without delay" did not mean "immediately". Morden J.A. pointed out as well that the relevant interest protected by s. 10(b) is "that of not prejudicing one's legal position by something said or done without, at least, the benefit of legal advice". Martin J.A. concluded that the conduct of the on-the-spot search did not prejudice the interest of the accused protected by s. 10(b) of the *Charter*. Not only might it be dangerous to postpone searches until a suspect can consult with counsel (as in cases where the suspect might be carrying a weapon) but postponing a search for drugs until counsel arrives would require the suspect to be kept in close custody and under close observation during the intervening period. Martin J.A. stated at p. 228:

n'aurait pas arrêté l'accusé si la fouille n'avait pas permis de trouver une drogue prohibée. Le juge Martin a rejeté l'argument qu'il s'agissait d'une conclusion de fait du juge du procès. À son avis, la question de savoir si une fouille est accessoire à une arrestation est une question de droit. Dès lors que l'agent de police a une cause probable justifiant l'arrestation du suspect, le fait qu'il remette sa décision jusqu'après la fouille n'entraîne pas la nullité de celle-ci. Il en est ainsi parce que le motif raisonnable de croire qu'un suspect a commis l'infraction d'avoir une drogue prohibée en sa possession peut se révéler erroné. Par ailleurs, l'agent de police peut encore avoir des motifs raisonnables de procéder à l'arrestation, mais conclure qu'il aurait peu de chances d'obtenir une déclaration de culpabilité sans obtenir cette preuve. Dans ces circonstances, l'arrestation serait inutile.

Le juge du procès n'a pas examiné l'argument fondé sur l'al. 10b) puisqu'il a acquitté l'accusé en se fondant sur l'art. 8. La Cour d'appel a statué que l'accusé avait été «détenu» par la police quand le véhicule avait été intercepté et [TRADUCTION] «quand il avait reçu l'ordre de se placer face au mur et d'y poser les mains et qu'il s'était soumis à la fouille». Il avait été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat dès son arrestation, mais la question était de savoir s'il avait droit à l'assistance d'un avocat avant la fouille. Sur cette question, le juge Martin a suivi la règle formulée par le juge Morden dans l'arrêt *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419 que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat «sans délai» ne signifiait pas «immédiatement». Le juge Morden avait souligné de plus que le droit garanti en vertu de l'al. 10b) était celui [TRADUCTION] «de ne pas compromettre sa situation juridique en disant ou en faisant quelque chose sans avoir, au minimum, l'avantage d'un avis juridique». Le juge Martin a conclu que la fouille effectuée sur place n'avait pas compromis le droit garanti à l'accusé en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*. Non seulement serait-il dangereux de retarder la fouille jusqu'à ce qu'un suspect puisse consulter un avocat (par exemple si le suspect porte une arme), mais retarder la fouille jusqu'à l'arrivée d'un avocat, quand on recherche des drogues, obligerait les policiers à maintenir le suspect sous garde constante et sous surveillance étroite dans l'intervalle. Le juge Martin dit, à la p. 228:



This would be necessary to ensure that he or she did not dispose of any prohibited drugs. The adoption of such a course could not be of any benefit to the respondent and might very well be more intrusive than an on-the-spot search of the kind that occurred here. This on-the-spot search, if it had failed to disclose he was in possession of a drug, might have resulted in DeBot's immediate release.

Martin J.A. also adopted the proposition of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Guberman* (1985), 23 C.C.C. (3d) 406, that a search by police for physical evidence is distinguishable from circumstances in which an accused is being asked to incriminate himself, either verbally or by providing a breath sample, as occurred in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. Martin J.A. quotes the following passage from *R. v. Guberman* with approval at p. 229:

The search of the accused was part of a continuing investigation to find physical evidence. There were no options open to the accused upon which he might require the advice of counsel prior to the search. He was not being asked to provide evidence which might prove incriminating such as a statement or a breath sample. The immediate advice he required was with respect to his entitlement to release and how to achieve it.

In these last respects the present case is very different from cases involving breathalyzers, such as *R. v. Therens* . . . In breathalyzer cases an accused has an option as to whether or not he should blow and is entitled to advice as to the grounds on which he might refuse and the consequences of doing so . . . The Charter right to retain and instruct counsel must be construed in a manner consistent with its purpose, to enable an accused person to obtain advice as to his rights in the circumstances in which he finds himself and assistance in exercising those rights. This cannot extend to matters such as a physical search for narcotics to which the accused is obliged to submit and which no amount of advice or legal assistance would deter. [Emphasis added.]

Martin J.A. concluded, at p. 229, that s. 10(b) of the *Charter* does not contemplate the exercise of the right to counsel "prior to a lawful and reasonable on-the-scene search incident to a lawful arrest."

[TRADUCTION] Ce serait nécessaire pour s'assurer qu'il ou elle ne se débarrasse pas de quelque drogue prohibée. Cette méthode ne pourrait rien apporter à l'intimé et pourrait être beaucoup plus envahissante qu'une fouille sur place comme celle qui a été pratiquée en l'espèce. Si elle n'avait pas permis de constater qu'il avait une drogue en sa possession, la fouille sur place aurait permis de relâcher DeBot immédiatement.

Le juge Martin a aussi suivi l'opinion formulée par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. v. Guberman* (1985), 23 C.C.C. (3d) 406, qu'une fouille pratiquée par la police, à la recherche de preuves matérielles, se distingue du cas où un accusé est amené à s'incriminer lui-même, par des paroles ou par un échantillon d'haleine comme dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Le juge Martin exprime son accord avec le passage suivant de l'arrêt *R. v. Guberman*, à la p. 229:

[TRADUCTION] La fouille entrain dans le cadre d'une enquête visant à découvrir des preuves matérielles. Aucune option n'était offerte à l'accusé de demander conseil à un avocat avant de se soumettre à la fouille. On ne lui demandait pas de fournir des éléments de preuve incriminants comme une déclaration ou un échantillon d'haleine. L'avis urgent dont il avait besoin avait trait à sa remise en liberté et au moyen de l'obtenir.

Sous ces derniers aspects, l'espèce diffère beaucoup des affaires d'alcootest comme l'arrêt *R. c. Therens* [ . . . ] Dans les affaires d'alcootest, l'accusé a la possibilité de décider de se soumettre au test ou non et il a droit à un avis sur les moyens à invoquer pour refuser et sur les conséquences d'un refus [ . . . ] Le droit garanti par la Charte d'avoir recours à l'assistance d'un avocat doit s'interpréter d'une manière compatible avec son objet, c'est-à-dire permettre à un accusé d'obtenir des conseils sur ses droits dans la situation où il se trouve et l'assistance voulue pour exercer ces droits. Ce droit ne s'applique pas aux cas comme la fouille à la recherche de stupéfiants à laquelle l'accusé est obligé de se soumettre et que tous les avis et toute l'assistance possibles ne peuvent écarter. [Je souligne.]

Le juge Martin conclut, à la p. 229, que l'al. 10b) de la *Charte* ne vise pas l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat [TRADUCTION] «avant une fouille légale sur place, accessoire à une arrestation légale».

In light of his conclusions with respect to s. 8 and s. 10(b), Martin J.A. dealt with exclusion of the evidence under s. 24(2) very briefly. He corrected the trial judge's placement of the onus and stated that the "onus was on the person seeking to exclude the evidence to establish on a balance of probability that its admission would bring the administration of justice into disrepute". He then stated that if the accused's *Charter* rights were infringed in this case such infringement did not require the exclusion of the evidence.

#### 4. Analysis

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. stated, at p. 278, that a search will be reasonable "if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable".

A warrantless search for controlled drugs is expressly authorized by s. 37 of the *Food and Drugs Act*. The appellant does not challenge the statutory standard of "reasonable belief" contained in that provision. Rather, he alleges that this standard was not met by the police in this case and that the search is therefore unreasonable under s. 8. The respondent Crown did not argue that s. 37, either by necessary implication or through its operating requirements, is irreconcilable with the s. 8 or s. 10(b) rights and is accordingly a limit on those rights which is "prescribed by law" under s. 1. Therefore, this Court must proceed from the position that s. 37 of the *Food and Drugs Act* is compatible with both ss. 8 and 10(b) of the *Charter*. The questions to be addressed under s. 37 are whether the officer had a "reasonable belief" that the appellant was in possession of a controlled drug and whether the search was carried out in a reasonable manner. In order to facilitate discussion of the consequences of a s. 10(b) violation on the reasonableness of a search I propose to deal with the right to counsel issue first.

Vu sa conclusion au sujet de l'art. 8 et de l'al. 10b), le juge Martin a abordé très brièvement l'exclusion des éléments de preuve en application du par. 24(2). Il a corrigé la conclusion du juge quant au fardeau de la preuve en disant qu' [TRANSDUCTION] «il incombe à celui qui cherche à obtenir l'exclusion des éléments de preuve d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que leur utilisation risquerait de déconsidérer l'administration de la justice». Il a alors statué que, si les droits de l'accusé garantis par la *Charte* avaient été violés, cette violation n'exigeait pas l'exclusion des éléments de preuve.

#### 4. Analyse

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer a affirmé, à la p. 278, qu'une fouille est raisonnable «si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive».

L'article 37 de la *Loi des aliments et drogues* autorise expressément une fouille sans mandat à la recherche de drogues contrôlées. L'appelant ne conteste pas la norme législative du motif raisonnable de croire énoncée dans cette disposition. Il soutient plutôt que la police n'a pas respecté cette norme en l'espèce et qu'en conséquence la fouille était abusive au sens de l'art. 8. Le ministère public intimé n'a pas soutenu que l'art. 37, par inférence nécessaire ou par les exigences de son application, était incompatible avec les droits garantis par l'art. 8 ou l'al. 10b) et qu'il constituait donc, à l'égard de ces droits, une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier. En conséquence, notre Cour doit agir selon le principe que l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues* est compatible avec l'art. 8 et l'al. 10b) de la *Charte*. Les questions que soulève l'art. 37 sont de savoir si l'agent de police avait des «motifs raisonnables de croire» que l'appelant avait une drogue contrôlée en sa possession et si la fouille avait été exécutée d'une manière qui n'était pas abusive. Pour faciliter l'analyse de l'effet d'une violation de l'al. 10b) sur le caractère raisonnable, je propose de commencer par traiter de la question du droit à l'assistance d'un avocat.

*The Right to Counsel*

In *R. v. Therens*, Le Dain J. provides a definition of “detention” for purposes of s. 10(b) which has been adopted by this Court. At pages 641-42 of his judgment Le Dain J. writes:

In determining the meaning that should be given to the word “detention” in s. 10 of the *Charter* it is necessary to consider the purpose of the section. This is the approach to the interpretation and application of the *Charter* that was affirmed by this court in *Hunter v. Southam Inc.* . . .

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel. In its use of the word “detention”, s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is in my opinion a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel. [Emphasis added.]

It is clear from *R. v. Therens*, as well as from subsequent decisions of this Court, that when police officers stop a car and order one of the occupants to stand “spread eagle” against a wall, that person is “detained” within the meaning of s. 10: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. In light of the fact that the arresting officers were instructed in advance to stop and search the car and its occupants I would

*Le droit à l'assistance d'un avocat*

Dans l'arrêt *R. c. Therens*, le juge Le Dain donne une définition du mot «détention» pour les fins de l'al. 10b), que notre Cour a retenue. Aux pages 641 et 642 de ses motifs, le juge Le Dain écrit:

Pour déterminer le sens à donner au terme «détention» employé à l'art. 10 de la *Charte*, il est nécessaire d'examiner l'objet de cet article. C'est cette façon d'aborder l'interprétation et l'application de la *Charte* qui a reçu l'approbation de cette Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* . . .

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat. [Je souligne.]

Il ressort clairement de l'arrêt *R. c. Therens* et d'autres arrêts subséquents de notre Cour que lorsqu'un agent intercepte une voiture et ordonne à l'un des ses occupants de se placer face au mur, bras et jambes écartés, il «détient» cette personne au sens de l'art. 10: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. Puisque les agents qui ont procédé à l'arrestation avaient reçu l'instruction, à l'avance, d'intercepter et de fouiller

find that the appellant was detained from the time he was approached by Constable Birs.

In earlier decisions of this Court in which s. 10(b) violations were found to have occurred the function that counsel could have provided to the accused had he or she been informed of the right to counsel without delay was discussed. In *R. v. Simmons* and *R. v. Jacoy* the accused were searched by customs officers without being informed of their right to seek a second opinion on the reasonable cause issue from a magistrate, justice of the peace, or senior customs officer. It is clear from the majority judgments of the Chief Justice in these cases, however, that the ability of counsel to inform the accused of their options under s. 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, was only one factor leading to the conclusion that their right to counsel had been violated. In *R. v. Simmons* the Chief Justice stated at pp. 530-31:

What is clear is that the appellant was unsure of the officers' authority. Although she complied with their demands throughout, at one point during the search she asked whether it was really necessary for her to comply.

It is clear from the foregoing that the right to counsel has an important impact on the execution of the search. Had the appellant been informed of her right to counsel at the point she was detained, and she availed herself of that right, the appellant would have had the benefit of legal advice. Counsel could have dispelled the appellant's uncertainty surrounding the search procedure by explaining the content of ss. 143 and 144 and assuring the appellant of the officers' right to insist she remove her clothing. Counsel could also have ensured that the statutory standard of reasonable cause to suppose had been satisfied and assured the appellant that there were proper grounds to warrant a search. [Emphasis added.]

The Chief Justice in this passage from his reasons focusses on the inherent benefit of knowing one's legal rights and obligations and the value of having counsel available to dispel uncertainty and provide assurance to the suspect that the officers do have the authority they are seeking to assert. Counsel's role, therefore, is not limited to advising

la voiture et ses occupants, je conclus que l'appellant a été détenu depuis le moment où l'agent Birs l'a interpellé.

Certains arrêts antérieurs de notre Cour qui ont conclu à la violation de l'al. 10b) ont traité du rôle que l'avocat aurait pu jouer si l'accusé avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Dans les arrêts *R. c. Simmons* et *R. c. Jacoy*, les accusés avaient été fouillés par des agents des douanes sans être avisés de leur droit de demander à un magistrat, à un juge de paix ou à un agent supérieur des douanes un deuxième avis sur le caractère raisonnable. Toutefois il ressort clairement des motifs que le Juge en chef a rédigés au nom de la majorité dans ces arrêts, que la possibilité pour un avocat d'aviser les accusés du choix que leur offrait l'art. 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, n'était qu'un parmi plusieurs motifs de conclure que leur droit à l'assistance d'un avocat avait été violé. Dans l'arrêt *R. c. Simmons*, le Juge en chef dit ceci, aux pp. 530 et 531:

Ce qui est clair c'est que l'appelante n'était pas sûre des pouvoirs des agents. Bien qu'elle se soit rendue en tout temps à leurs sommations, à un moment donné au cours de la fouille elle a demandé si elle était vraiment tenue d'obtempérer.

Il ressort nettement de ce qui précède que le droit à l'assistance d'un avocat a un effet important sur l'exécution d'une fouille. Si l'appelante avait été informée de son droit à l'assistance d'un avocat au moment où elle était détenue, et si elle avait exercé ce droit, elle aurait alors bénéficié des conseils d'un avocat. Ce dernier aurait pu dissiper l'incertitude dans laquelle était plongée l'appelante quant à la procédure de fouille, en lui expliquant le contenu des art. 143 et 144 et en lui certifiant que les agents des douanes avaient le droit d'exiger qu'elle enlève ses vêtements. L'avocat aurait pu également s'assurer que l'on avait satisfait à la norme des motifs raisonnables de supposer fixée par la Loi et certifier à l'appelante qu'il existait des motifs légitimes de procéder à une fouille. [Je souligne.]

Dans ce passage de ses motifs, le Juge en chef souligne l'avantage essentiel de connaître ses droits et obligations et la valeur, pour l'accusé, de pouvoir bénéficier de conseils afin de dissiper son incertitude et l'assurer que les agents ont le droit d'exiger ce qu'ils demandent. Le rôle de l'avocat ne se borne donc pas à conseiller un suspect quant

a suspect of his or her options where such options exist. It is broader than that.

A good example of this broader perspective is found in *R. v. Strachan* where police executed a validly issued search warrant on the accused's residence but did not permit the accused to contact his counsel until after the search had ended and the accused had been taken to the police station. The majority of the Court held that the accused's right to counsel had been violated as of the time the police located the restricted weapons and unknown parties in the accused's apartment. While concurring in the ultimate disposition of the appeal I was of the view that the s. 10(b) violation commenced from the moment the accused was arrested and prevented from calling his lawyer. The salient point, however, is that the Court did not view the answer to the question whether counsel could have been instrumental in averting the search as determinative of whether the right to counsel had been violated. Indeed, the Court unanimously held in *R. v. Strachan* that the search warrant was validly issued and that the police were entitled to search the apartment. It found that the right to counsel had been violated nonetheless. It is accordingly, in my view, no answer to an alleged breach of the s. 10(b) right that counsel could not have prevented the search in any event.

In sum, nothing in this Court's approach to s. 10(b) lends support to a definition of detention that is contingent on a hypothetical assessment of the utility of counsel in precluding the discovery of real evidence. Any submission that the appellant did not "reasonably require the assistance of counsel" (*R. v. Therens*) because counsel could not have prevented the search in any event must therefore fail.

Section 10(b) also instructs the police to inform a detainee of his or her rights to counsel "without delay". As I have stated elsewhere, the phrase "without delay" does not permit of internal qualification: *R. v. Strachan*; *R. v. Simmons*; *R. v. Jacoy*. As I pointed out in *R. v. Jacoy* and *R. v.*

aux possibilités qui s'offrent à lui, s'il en est. Il va plus loin.

Un bon exemple de cette perspective plus large est fourni dans l'arrêt *R. c. Strachan*: les agents avaient exécuté un mandat de perquisition valide à l'égard de l'habitation de l'accusé, mais ne lui avaient pas permis de communiquer avec son avocat avant d'avoir procédé à la perquisition et de l'avoir amené au poste de police. La Cour, à la majorité, a jugé que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat avait été violé depuis l'instant où les policiers avaient trouvé les armes à utilisation restreinte et déterminé qui étaient les inconnus dans le logement. Tout en souscrivant à l'avis de la majorité quant au résultat, j'estimais que la violation de l'al. 10b) avait commencé dès le moment où l'accusé avait été arrêté et empêché de communiquer avec son avocat. Le point à retenir cependant est que la Cour n'a pas estimé que la réponse à la question de savoir si l'avocat aurait pu empêcher la perquisition était déterminante quant à la question de savoir si le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat avait été violé ou non. En effet, la Cour a conclu à l'unanimité, dans l'arrêt *R. c. Strachan*, que la délivrance du mandat de perquisition était valide et que la police avait le droit de perquisitionner l'appartement. Elle a quand même conclu que le droit à l'assistance d'un avocat avait été violé. En conséquence, d'après moi, le fait que, de toute façon, l'avocat n'aurait pas pu empêcher la fouille ne permet pas de réfuter une allégation de violation de l'al. 10b).

En somme, rien dans l'analyse que notre Cour fait de l'al. 10b) ne permet de définir la détention en fonction d'une évaluation de l'utilité qu'aurait pu avoir l'avocat pour empêcher la découverte de preuves matérielles. Tout argument portant que l'appellant n'avait pas «raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat» (arrêt *R. c. Therens*) parce que, de toute façon, l'avocat n'aurait pas pu empêcher la fouille, doit donc être rejeté.

L'alinéa 10b) oblige aussi les agents de police à informer le détenu de ses droits à l'assistance d'un avocat, «sans délai». Comme je l'ai déjà dit dans d'autres arrêts, l'expression «sans délai» ne permet pas de restriction intrinsèque: *R. c. Strachan*; *R. c. Simmons*; *R. c. Jacoy*. Comme je l'ai souligné

*Strachan*, the phrase does not mean “at the earliest possible convenience” or “after police ‘get matters under control’”, or even “without *reasonable* delay”; to which I add here that “without delay” likewise does not mean “after police have had a chance to search the suspect”. In *R. v. Strachan*, I suggested at p. 1013 that there may be “situations in which the police for their own safety have to act in the heat of the moment to subdue the suspect and may be excused for not pausing to advise the suspect of his rights and permit him to exercise them . . .” See also *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233. In my view, time spent in legitimate self-protection is not an example of the “delay” which has to be justified within a s. 10(b) analysis. The police are not deliberately forestalling advising a suspect of his or her s. 10(b) rights when they could be going ahead. They are not expected to go ahead with undue risk to their own lives or safety. However, there was no suggestion in the present case that the police did not inform the appellant of his right to counsel upon detention because of an apprehension of immediate danger. The appellant was not violent or obstructive and the police do not appear to have suspected him of possessing a weapon.

The Ontario Court of Appeal took the view that conducting a drug search prior to advising a detainee of his right to counsel was analogous to conducting a weapons search prior to advising a suspect of his right to counsel. With respect, I think the analogy is unsound. In the latter case, the legitimate motive of the police is safety and self-preservation. In the former, the police motivation for the delay is the concern to preserve incriminating evidence which they fear the suspect will try to destroy or dispose of. I see no analogy between these two justifications for not advising a person of their rights immediately upon detention. The police are, of course, entitled to take whatever steps they think are required to prevent the suspect from destroying incriminating evidence but this does not include a violation of the suspect’s *Charter* rights.

dans les arrêts *R. c. Jacoy* et *R. c. Strachan*, l’expression ne signifie ni «dès que possible», ni «jusqu’à ce que les agents ‘aient la situation bien en main’ » ni même «sans délai excessif». J’ajouterais maintenant que «sans délai» ne signifie pas non plus «après que les agents ont eu l’occasion de fouiller le suspect». Dans l’arrêt *R. c. Strachan*, j’ai exprimé l’avis, à la p. 1013, qu’il peut y avoir «des circonstances où les policiers, en vue d’assurer leur propre sécurité, doivent agir dans le feu de l’action pour maîtriser le suspect et où ils peuvent être excusés de ne pas s’être arrêtés pour informer ce dernier de ses droits et lui permettre de les exercer . . .» Voir également l’arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233. À mon avis, le temps pris par les agents pour assurer leur protection n’est pas une sorte de «délai» qu’il faut justifier dans le cadre de l’al. 10b). Les agents de police ne retardent pas délibérément d’informer le suspect des droits que lui confère l’al. 10b) lorsqu’ils pourraient le faire. On n’exige pas d’eux qu’ils le fassent au risque de leur vie ou de leur sécurité. Cependant, il n’a pas été indiqué en l’espèce que les agents n’ont pas informé l’appelant de son droit à l’assistance d’un avocat dès sa détention, en raison d’un danger imminent. L’appelant n’était ni violent ni récalcitrant et apparemment les policiers ne pensaient pas qu’il était armé.

La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que procéder à une fouille à la recherche de drogues avant d’aviser la personne détenue de son droit à l’assistance d’un avocat équivalait à procéder à une fouille à la recherche d’armes avant d’aviser un suspect de son droit à l’assistance d’un avocat. Avec égards, je crois que l’analogie est faible. Dans le second cas, les policiers ont un motif légitime, celui de leur sécurité et de leur protection. Dans le premier cas, le délai tient à ce que les policiers veulent conserver des éléments de preuve incriminants quand ils craignent que le suspect les détruise ou les cache. Je ne vois pas d’analogie entre ces deux raisons de ne pas informer une personne de ses droits dès sa détention. Il va de soi que les policiers ont le droit de prendre les mesures qu’ils jugent nécessaires pour empêcher un prévenu de détruire des éléments de preuve incriminants, mais ces mesures ne peuvent comporter la violation de droits garantis au suspect par la *Charte*.

Martin J.A. correctly observes that drugs are easily disposed of and, if the right to counsel arises before a drug search, the police may have to keep suspects who want to exercise their s. 10(b) rights "in close custody and under close observation" until counsel can be contacted. I agree that such procedures may cause great inconvenience to the police and may in the end prove more intrusive to the suspect than the "on-the-spot" search. Nevertheless, it is not for the police, or for this Court, to waive the rights guaranteed to the appellant by s. 10(b); only he can make that choice.

If there are to be limits on the right to counsel other than the limit required for the safety of the police, i.e., if there are to be qualifications put upon the words "without delay" in s. 10(b), then it seems to me that they must be supported under s. 1 of the *Charter*. The respondent Crown, as already mentioned, did not submit that a limitation on the right to counsel arises by necessary implication from the terms of s. 37 of the *Food and Drugs Act*, or from its operating requirements: *R. v. Therens* (per Le Dain J.) As a consequence it is neither possible nor necessary for the Court to consider here whether an on-the-spot drug search prior to advising a detainee of the right to counsel is a limit on s. 10(b) "prescribed by law" which is reasonable and demonstrably justified under s. 1. I find, therefore, that the appellant was detained and not informed of his right to counsel without delay contrary to the express words of s. 10(b) of the *Charter*.

### *Unreasonable Search*

As noted earlier, the appellant does not challenge the constitutionality of s. 37 of the *Food and Drugs Act*. He alleges rather that the search was carried out in an unreasonable manner because the police did not have "a reasonable belief" that the appellant was in possession of a controlled drug when the decision to search him was made. The trial judge's assessment of the evidence led him to conclude that reasonable grounds for the search

Le juge Martin, à bon droit, a fait remarquer qu'il est facile de se débarrasser de drogues et que, si le droit à l'assistance d'un avocat doit être exercé avant une fouille à la recherche de drogues, les policiers peuvent devoir tenir le suspect qui veut exercer ses droits en vertu de l'al. 10b) «sous garde constante et sous surveillance étroite» jusqu'à ce qu'il communique avec un avocat. Je reconnais que cette pratique peut rendre plus difficile la tâche de la police et, en fin de compte, être plus gênante pour le suspect qu'une fouille sur place. Néanmoins ni les policiers ni la Cour d'ailleurs ne peuvent priver l'appelant d'un droit garanti en vertu de l'al. 10b); seul l'appelant lui-même peut y renoncer.

S'il doit y avoir des limites au droit à l'assistance d'un avocat autres que les limites qu'impose la sécurité des policiers, c'est-à-dire des restrictions à apporter au sens des mots «sans délai» à l'al. 10b), elles doivent, à mon avis, être conformes à l'article premier de la *Charte*. Comme je l'ai déjà signalé, le ministère public intimé ne soutient pas que le libellé de l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues* ou ses conditions d'application impliquent nécessairement une limite au droit à l'assistance d'un avocat: *R. c. Therens* (le juge Le Dain). Par conséquent, il n'est ni possible ni nécessaire que notre Cour décide en l'espèce si une fouille sur place à la recherche de drogues, avant d'aviser le suspect de son droit à l'assistance d'un avocat, constitue une limite raisonnable à l'al. 10b) prescrite «par une règle de droit» dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier. Je conclus donc que l'appelant a été détenu et n'a pas été avisé sans délai de son droit à l'assistance d'un avocat, en contravention du texte explicite de l'al. 10b) de la *Charte*.

### *La fouille abusive*

Comme je l'ai déjà mentionné, l'appelant ne conteste pas la constitutionnalité de l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues*. Il soutient plutôt que la fouille a été exécutée de façon abusive parce que les policiers n'avaient pas de «motif raisonnable de croire» que l'appelant avait en sa possession une drogue contrôlée quand ils ont décidé de le fouiller. L'examen que le juge de première instance a fait de la preuve l'a amené à conclure qu'il n'existait

did not exist. Martin J.A.'s assessment led the Court of Appeal to the opposite conclusion.

The question as to what standard of proof must be met in order to establish reasonable grounds for a search may be disposed of quickly. I agree with Martin J.A. that the appropriate standard is one of "reasonable probability" rather than "proof beyond a reasonable doubt" or "*prima facie* case". The phrase "reasonable belief" also approximates the requisite standard.

Another preliminary issue raised on the facts before us is who exactly in the police department (if anyone) actually had reasonable grounds for the search. Martin J.A. held that Constable Birs, the officer who actually performed the search, had reasonable grounds based on the following three pieces of evidence: (1) Constable Gutteridge had relayed the informant's tip to Constable Birs; (2) Constable Birs received a radio message from Sergeant Briscoe stating that the appellant's car bearing licence No. KP 7409 was leaving the Carpenter residence; and, (3) Constable Birs was aware of the appellant's reputation as a drug user and trafficker.

The Court of Appeal further suggested, at p. 221, that Constable Birs could also have relied on the order from his superior officer, Sergeant Briscoe, to stop and search the appellant. In my opinion, Constable Birs must rely on Sergeant Briscoe's order. Since the decision to stop and search the appellant was made by Sergeant Briscoe and not by Constable Birs, it is immaterial, in my view, what knowledge Constable Birs had when executing Sergeant Briscoe's request. Constable Birs was simply following orders; he had no decision to make upon which to bring his own knowledge and belief to bear. It would have made no difference had he known nothing about the case and had merely been on patrol in the area at the opportune time.

The police officer who must have reasonable and probable grounds for believing a suspect is in possession of a controlled drug is the one who

pas de motif raisonnable justifiant la fouille. L'examen fait par le juge Martin a amené la Cour d'appel à la conclusion opposée.

<sup>a</sup> Il est possible de trancher rapidement la question de la norme de preuve applicable pour déterminer s'il existe des motifs raisonnables justifiant la fouille. Je suis de l'avis du juge Martin que la norme de preuve applicable est la «probabilité raisonnable» plutôt que «la preuve hors de tout doute raisonnable» ou «la preuve *prima facie*». L'expression «croyance raisonnable» correspond également assez bien à la norme applicable.

<sup>c</sup> Les faits de l'espèce posent aussi la question préliminaire de savoir qui précisément dans la police, le cas échéant, avait des motifs raisonnables justifiant la fouille. Le juge Martin a conclu que l'agent Birs, celui qui a lui-même procédé à la fouille, avait des motifs raisonnables fondés sur les trois éléments de preuve suivants: (1) l'agent Gutteridge avait rapporté à l'agent Birs les renseignements obtenus de l'informateur; (2) l'agent Birs avait reçu la communication radio du sergent Briscoe signalant que le véhicule immatriculé KP 7409 venait de quitter la maison de Carpenter; et (3) l'agent Birs savait que l'appelant avait la réputation d'être un utilisateur et un trafiquant de drogues.

À la page 221, la Cour d'appel affirme que l'agent Birs aurait pu s'en remettre aux ordres de son supérieur, le sergent Briscoe, pour intercepter et fouiller l'appelant. À mon avis, l'agent Birs devait obligatoirement s'en remettre aux ordres du sergent Briscoe. Puisque c'est le sergent Briscoe et non l'agent Birs qui a pris la décision d'intercepter et de fouiller l'appelant, ce que l'agent Birs savait au moment d'exécuter l'ordre du sergent Briscoe n'est pas pertinent, selon moi. L'agent Birs ne faisait qu'exécuter les ordres, il n'avait pas de décision à prendre qui pouvait dépendre de ce qu'il savait ou croyait. La situation aurait été la même s'il n'avait rien su de l'affaire et s'il s'était simplement trouvé de service dans le secteur au moment propice.

<sup>j</sup> L'agent de police qui doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'un suspect a une drogue contrôlée en sa possession est celui qui



decides that the suspect should be searched. That officer may or may not perform the actual search. If another officer conducts the search, he or she is entitled to assume that the officer who ordered the search had reasonable and probable grounds for doing so. Of course, this does not prove that reasonable grounds actually existed. It does make clear, however, that the pertinent question is whether Sergeant Briscoe and not Constable Birs had reasonable and probable grounds. Regrettably and inexplicably, Sergeant Briscoe did not testify at the appellant's trial. The record only indicates what he was told by others who did testify. We are left in the unsatisfactory position of having to construct the grounds on which Sergeant Briscoe made his decision from the testimony of those who supplied him with the relevant information.

It appears that the only piece of evidence originating from Sergeant Briscoe himself was the fact that the licence plate number of the Ford Bronco parked in front of the Carpenter residence matched a vehicle registered in the appellant's name. The remainder of the evidence came from other officers. The informant's tip was conveyed to Sergeant Briscoe by Constable Gutteridge and the activities in front of the Carpenter residence were transmitted on police radio from Constable MacLaughlan to Constable Briscoe. Given Sergeant Briscoe's failure to testify, his direct knowledge of the appellant's reputation cannot be presumed either.

In *Eccles v. Bourke*, a pre-*Charter* case decided by this Court, Dickson J. (as he then was) held that hearsay evidence communicated by one officer to another may contribute to establishing probable cause. The principle was applied more recently by this Court in the *Charter* case of *R. v. Collins*. In the present case, the tip from the confidential source was hearsay in Sergeant Briscoe's hands. While Sergeant Briscoe was entitled to assume the authenticity of Gutteridge's report of his conversation with the informant, the value of the evidence in establishing reasonable and probable grounds must also take into account the credibility of the informant, whether or not

décide que le suspect doit être fouillé. L'agent peut procéder à la fouille lui-même ou non. Si un autre agent procède à la fouille, cet autre agent est en droit de supposer que celui qui l'a ordonnée avait des motifs raisonnables et probables de le faire. Naturellement, cela ne prouve pas qu'il existait des motifs raisonnables, mais cela montre clairement que la question pertinente est de savoir si le sergent Briscoe, et non l'agent Birs, avait des motifs raisonnables et probables. Malheureusement, et c'est inexplicable, le sergent Briscoe n'a pas témoigné au procès de l'appelant. Le dossier fait seulement état de ce que lui ont dit ceux qui ont témoigné. Nous sommes dans la situation déplaisante de devoir reconstituer les motifs sur lesquels le sergent Briscoe a fondé sa décision, à partir des témoignages de ceux qui lui ont donné les renseignements pertinents.

Il appert que le seul élément de preuve fourni par le sergent Briscoe lui-même est le fait que le numéro de plaque minéralogique du Ford Bronco stationné devant chez Carpenter correspondait à celui d'un véhicule immatriculé au nom de l'appelant. Les autres éléments de preuve provenaient d'autres agents. Les renseignements fournis par l'informateur ont été communiqués au sergent Briscoe par l'agent Gutteridge et la description du va-et-vient devant le domicile de Carpenter a été communiqué grâce à la radio de la police par l'agent MacLaughlan au sergent Briscoe. Puisque le sergent Briscoe n'a pas témoigné, on ne peut non plus présumer en quoi consistait sa connaissance directe de la réputation de l'appelant.

Dans l'arrêt de notre Cour *Eccles c. Bourque*, qui date d'avant la *Charte*, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a statué que des preuves par ouï-dire rapportées par un agent à un autre peuvent servir à établir des motifs probables de croire. Notre Cour a appliqué le même principe plus récemment dans un arrêt relatif à la *Charte*, *R. c. Collins*. En l'espèce, pour le sergent Briscoe, le renseignement fourni par l'informateur constituait du ouï-dire. Si le sergent Briscoe pouvait présumer que le compte rendu de la conversation entre l'agent Gutteridge et l'informateur était exact, la valeur de cette preuve pour établir un motif raisonnable et probable dépend aussi de la fiabilité de

Sergeant Briscoe himself had any personal knowledge of the source.

In my view, there are at least three concerns to be addressed in weighing evidence relied on by the police to justify a warrantless search. First, was the information predicting the commission of a criminal offence compelling? Second, where that information was based on a "tip" originating from a source outside the police, was that source credible? Finally, was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search? I do not suggest that each of these factors forms a separate test. Rather, I concur with Martin J.A.'s view that the "totality of the circumstances" must meet the standard of reasonableness. Weaknesses in one area may, to some extent, be compensated by strengths in the other two.

With respect to the first aspect, the following data was relied on by the police in deciding to investigate the activities of the appellant: (1) Constable Gutteridge had received information predicting a drug transaction between Carpenter, List and the appellant at the Carpenter residence on the evening of February 26, 1985; (2) the informant claimed to have acquired this knowledge directly from one of the actors; (3) the appellant had a prior conviction for a drug offence, albeit a minor one; (4) the other two participants in the transaction had convictions for narcotics related offences; (5) all three were reputed to be drug users and traffickers.

I find that the information received by Constable Gutteridge was sufficiently specific to warrant the attention of the police. The informant identified the participants and the courier, named the location of the transaction, and specified the time of day when the event would take place. He also gave the basis for his assertions, namely a conversation with one of the participants. The information did not take the form of bald conclu-

l'informateur, que le sergent Briscoe ait ou non personnellement su quelque chose au sujet de cet informateur.

À mon avis, il faut répondre à trois questions au moins pour évaluer les éléments de preuve qui ont amené les policiers à décider de procéder à une fouille sans mandat. Premièrement, les renseignements permettant de prévoir la perpétration d'une infraction criminelle étaient-ils convaincants? Deuxièmement puisque ces renseignements reposaient sur un tuyau provenant d'une source extérieure à la police, cette source était-elle fiable? Enfin, l'enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille? Je n'affirme pas que chacune de ces questions constitue un critère distinct. Je me range plutôt à l'avis du juge Martin d'après lequel [TRADUCTION] «l'ensemble des circonstances» doit satisfaire au critère du caractère raisonnable. La valeur des renseignements sous deux aspects peut, dans une certaine mesure, compenser leur faiblesse sous le troisième.

Quant au premier, les policiers se sont fondés sur les données suivantes pour décider d'enquêter sur les activités de l'appellant: (1) l'agent Gutteridge avait été informé de la possibilité qu'un marché de drogues soit conclu par Carpenter, List et l'appellant, chez Carpenter, dans la soirée du 26 février 1985; (2) l'informateur prétendait tenir ces renseignements directement de l'une des parties au marché; (3) l'appellant avait déjà été déclaré coupable d'une infraction, quoique mineure, reliée à de la drogue; (4) les deux autres parties au marché avaient déjà été déclarées coupables d'infractions relatives à des stupéfiants; (5) les trois avaient la réputation d'être des utilisateurs et des trafiquants de drogues.

Je conclus que les renseignements communiqués à l'agent Gutteridge étaient assez précis pour justifier l'intérêt de la police. L'informateur avait fourni le nom des parties au marché et celui du livreur, mentionné le lieu de l'opération et précisé le moment du jour où elle devait avoir lieu. Il avait aussi fourni la source de ses renseignements, c'est-à-dire une conversation avec l'un des participants. Les renseignements ne se limitaient pas à de

sory statements or “mere rumour or gossip” to use the words of Martin J.A. at p. 219.

The significance of the past record and reputation of the appellant, as well as the background of the other participants, presents a more difficult problem. It is surely beyond question that reputation alone would never provide reasonable grounds for a search. The appellant, however, objects to any use of reputation as a relevant factor. He relies on the United States decision in *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969), for the proposition that it offends public policy to use reputation to give additional weight to allegations that would otherwise be insufficient to establish reasonable grounds for a search.

I am sensitive to the argument advanced by counsel for the appellant that the reputation of a suspect should not be used to buttress an otherwise insubstantial case for searching a suspect. At the same time I find it difficult to accept the proposition that the past activities of a suspect are irrelevant. Indeed, as Martin J.A. points out at pp. 220-21 of his judgment:

Evidence of bad character or prior criminal misconduct by an accused is excluded at his or her trial on a criminal charge, not on the ground that the evidence has no probative value, but on policy grounds, because the prejudicial effect of such evidence outweighs its probative value.

These policy reasons are obviously not as cogent at the investigatory stage where the liberty of the subject is not directly at stake. Moreover, I think it is somewhat artificial to assume that any one factor, be it reputation or something else, is responsible for turning a previously “insubstantial” case into a sufficient one. Having said that, I add the following caveats to the use of reputation as germane to the issue of a reasonable search. First, the reputation of the suspect must be related to the ostensible reasons for the search. A background of driving offences, for example, has little relevance to drug trafficking. Second, if the reputation of the suspect is based on hearsay rather than police familiarity with the suspect, its veracity cannot be assumed. In the present case, it appears that the police relied on both direct

pures conclusions non étayées ou à [TRADUCTION] «de simples rumeurs ou racontars» selon l’expression du juge Martin, à la p. 219.

<sup>a</sup> Le poids des antécédents de l’appelant et de sa réputation de même que les antécédents des autres participants pose un problème plus difficile. Il est indubitable que la réputation à elle seule ne peut jamais justifier une fouille. Cependant, l’appelant <sup>b</sup> s’oppose tout à fait à ce qu’on tienne compte de la réputation. Il invoque l’arrêt américain *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969), pour affirmer qu’il est contraire à l’ordre public d’utiliser la réputation pour donner du poids à des allégations <sup>c</sup> qui, par ailleurs, ne suffiraient pas pour constituer des motifs raisonnables de procéder à une fouille.

<sup>d</sup> Je suis sensible à l’argument de l’avocat de l’appelant que la réputation d’un suspect ne doit pas servir à étayer une preuve insuffisante par ailleurs pour justifier la fouille. En même temps, j’ai de la difficulté à accepter que les antécédents <sup>e</sup> d’un suspect soient sans pertinence. Comme le souligne le juge Martin dans ses motifs de jugement, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] On exclut la preuve de mauvaise réputation ou d’agissements criminels antérieurs d’un <sup>f</sup> accusé à son procès, non parce que cette preuve manque de valeur probante, mais par principe, parce que l’effet préjudiciable de cette preuve l’emporte sur sa valeur probante.

<sup>g</sup> Ces raisons de principe ont certainement moins d’importance à l’étape de l’enquête alors que la liberté de la personne n’est pas immédiatement en cause. De plus, je crois qu’il est assez artificiel de <sup>h</sup> présumer qu’un seul élément, que ce soit la réputation ou autre chose, transforme des motifs «insuffisants» en motifs suffisants. Ceci dit, j’ajouterai la mise en garde suivante sur le recours à la réputation comme justification d’une fouille raisonnable. D’abord, la réputation du suspect doit avoir un <sup>i</sup> rapport avec le motif apparent de la fouille. Des antécédents d’infractions en matière de conduite automobile, par exemple, n’ont rien à voir avec le trafic de stupéfiants. En deuxième lieu, si la réputation du suspect repose sur du oui-dire plutôt que <sup>j</sup> sur la connaissance du suspect par la police, on ne saurait présumer de sa véracité. En l’espèce, il

experience and hearsay. On the occasion leading to the appellant's conviction for possession of marijuana Constable Gutteridge executed a search warrant on the appellant's residence in which he testified to having found "marihuana . . . traces of speed, scales, debt list, smoking pipes, packaging material, baggies, that sort of thing". He also testified to finding his name on the phone list of another person on whose residence a search warrant was executed and drugs were found. Constable Gutteridge further claimed that he had received information from "other confidential sources" to the effect that the appellant was a user and trafficker in speed. The record does not indicate anything about the reliability of the sources who informed the police of the appellant's reputation; for that reason I am inclined to give greater weight to Constable Gutteridge's first hand observations.

The informant whose credibility is most critical, of course, is the one who provided the details of the anticipated transaction. At trial, Constable Gutteridge testified that this source was not paid for his information and had no outstanding charges or investigation pending against him. The officer stated that he had received information in the past from this source about the activities of traffickers in general in Wallaceburg which the police had corroborated through surveillance. Information from this source had once led to a search warrant's being executed on an apartment at which a quantity of speed (less than anticipated) and marijuana were located along with scales and debt lists. Moreover, Constable Gutteridge testified that he had seen the informant and Carpenter together on at least three or four occasions which lends some support to the informant's claim that he received the information about the anticipated transaction directly from Carpenter. These pieces of evidence tend to validate the decision to treat the informant as credible. Different considerations would, of course, apply in situations where the police rely on an anonymous tip or on an untried informant. In

appert que les policiers se sont fiés aussi bien à leur expérience directe qu'au oui-dire. Lors de l'incident qui a abouti à la déclaration de culpabilité de l'appelant pour possession de marijuana, l'agent Gutteridge avait exécuté le mandat de perquisition au domicile de l'appelant dans lequel il avait trouvé, selon sa déposition, [TRADUCTION] «de la marijuana [...] une petite quantité d'amphétamines, des balances, des listes de débiteurs, des pipes, du matériel d'emballage, des petits sacs de plastique et des choses du même genre». Il a aussi mentionné qu'il avait trouvé le nom de l'appelant dans une liste de numéros de téléphone d'une autre personne dont la résidence avait fait l'objet d'une perquisition avec mandat et où on avait trouvé des drogues. L'agent Gutteridge a aussi affirmé qu'il avait eu des renseignements d'«autres sources confidentielles» d'après lesquelles l'appelant utilisait des amphétamines et en faisait le trafic. Le dossier ne comporte aucune indication sur la fiabilité des informateurs de police quant à la réputation de l'appelant; pour ce motif, je suis portée à accorder plus de crédit aux observations directes de l'agent Gutteridge.

L'informateur dont la crédibilité est la plus déterminante est évidemment celui qui a fourni les renseignements sur le marché qui devait avoir lieu. Au procès, l'agent Gutteridge a mentionné que l'informateur n'avait pas reçu d'argent pour ses renseignements et qu'il ne faisait l'objet d'aucune accusation ni d'aucune enquête. L'agent a dit qu'il avait déjà reçu, du même informateur, des renseignements sur les activités de trafiquants dans la région de Wallaceburg, renseignements que la surveillance de la police avait permis de confirmer. Des renseignements de cet informateur avaient déjà déterminé l'exécution d'un mandat de perquisition dans un appartement où on avait trouvé des amphétamines (moins que prévu) et de la marijuana, en plus de balances et de listes de clients. De plus, l'agent Gutteridge a témoigné qu'il avait vu l'informateur et Carpenter ensemble à trois ou quatre occasions au moins, ce qui tend à confirmer la prétention de l'informateur qu'il tenait de Carpenter lui-même les renseignements sur le marché à venir. Ces éléments de preuve tendent à justifier la décision de considérer l'informateur comme fiable. Il va de soi que d'autres considérations

such circumstances the quality of the information and corroborative evidence may have to be such as to compensate for the inability to assess the credibility of the source.

Turning to the evidence yielded by police surveillance, it appears that the police were able to confirm the arrival of the appellant's vehicle at the location of the anticipated transaction (Carpenter's residence) in the evening as expected. Police also observed what they thought might be a drug transaction between a man who had left the Carpenter residence and a woman in a bar.

The primary gap in the evidentiary foundation is the failure of the police to actually spot the courier who was supposed to deliver the drugs. The police also failed to find Gerry List, the third participant in the alleged transaction, although his vehicle was spotted in the Wallaceburg area (he apparently resided in Chatham). Another deficiency pointed out by counsel for the appellant is the fact that the police did not identify the appellant entering or leaving the Carpenter residence, although it was confirmed that the Ford Bronco that arrived and departed from there belonged to him.

With respect to this last point, I have no hesitation in concluding that in the circumstances of the case the police were entitled to infer that the appellant was in his own vehicle when it was intercepted. On the other hand, I think little significance can be attached to the testimony of Constables Birs and L'Heureux regarding a possible drug transaction at the bar. Their observations are highly speculative and of little probative value, especially since the courier was not identified as one of the parties and the alleged transaction was not part of the anticipated sequence of events. Moreover, there was no testimony confirming that they had conveyed their impressions to Sergeant Briscoe so that it is impossible to know whether it was a factor in Sergeant Briscoe's decision.

s'appliquent quand la police doit décider en fonction d'un renseignement anonyme ou fourni par un informateur qui n'a pas fait ses preuves. Dans ces circonstances, la qualité des renseignements et des <sup>a</sup> preuves corroborantes doit être suffisante pour suppléer à l'impossibilité d'évaluer la crédibilité de la source des renseignements.

Quant aux éléments de preuve tirés de la surveillance policière, il appert que les policiers ont pu confirmer l'arrivée du véhicule de l'appelant à l'endroit où le marché devait avoir lieu (l'habitation de Carpenter) le soir prévu. Les policiers ont aussi observé ce qu'ils ont cru pouvoir être un <sup>c</sup> marché de drogues entre un homme qui avait quitté la maison de Carpenter et une femme, dans un bar.

La principale faille dans le fond de preuve a été <sup>d</sup> l'impossibilité pour la police de repérer celui qui devait livrer les drogues. Les policiers n'ont pas non plus réussi à trouver Gerry List, le troisième acteur du marché prévu, bien qu'on ait vu son véhicule dans la région de Wallaceburg (il semble <sup>e</sup> qu'il habitait Chatham). L'avocat de l'appelant a aussi signalé l'absence d'un autre élément de preuve, c'est-à-dire l'absence d'identification de l'appelant parmi ceux qui sont entrés chez Carpenter et en sont repartis, bien qu'il soit acquis que le Ford Bronco qui y est venu et en est reparti lui appartenait.

Pour ce qui est de ce dernier point, je n'hésite <sup>g</sup> pas à conclure que, dans les circonstances de l'espèce, les policiers étaient autorisés à penser que l'appelant occupait son propre véhicule quand celui-ci a été intercepté. Par contre, j'attache peu d'importance au témoignage des agents Birs et <sup>h</sup> L'Heureux pour ce qui a trait à la possibilité de conclusion d'un marché de drogues dans le bar. Leurs conclusions sont très hypothétiques et ont peu de valeur probante, surtout en raison du fait qu'aucune des parties au marché prétendument <sup>i</sup> conclu n'a pu être identifiée comme étant le livreur et que ce marché ne faisait pas partie de la série d'événements prévus. De plus, rien dans les témoignage n'indique qu'ils ont fait part de leurs <sup>j</sup> impressions au sergent Briscoe, de sorte qu'il est impossible de savoir si le sergent Briscoe en a tenu compte dans sa décision.

The failure of the police to spot the courier is the most serious deficiency in the corroborative evidence of the police. In my opinion, it should not be necessary for the police to confirm each detail in an informant's tip so long as the sequence of events actually observed conforms sufficiently to the anticipated pattern to remove the possibility of innocent coincidence. As I noted earlier, however, the level of verification required may be higher where the police rely on an informant whose credibility cannot be assessed or where fewer details are provided and the risk of innocent coincidence is greater. Having regard to the quality of the information and the reliability of the informant in this case, I am satisfied that the police surveillance yielded sufficient corroborative evidence to warrant the belief that a drug transaction had occurred. Absent a consideration of the impact of the s. 10(b) violation on the reasonableness of the manner in which the search was conducted, I would conclude that the police had reasonable and probable grounds to search the appellant under the authority granted to them under s. 37 of the *Food and Drugs Act*.

Having so concluded, it is unnecessary to decide whether the search could also be justified as incidental to a valid arrest.

#### *Interaction of ss. 10(b) and 8*

I have elsewhere expressed my doubts that a search conducted in the face of a *Charter* violation can be a reasonable search: *R. v. Simmons*; *R. v. Jacoy*; *R. v. Strachan*. I propose here to comment further on what I referred to in *R. v. Jacoy* as the "mutually reinforcing" nature of the right to counsel and the right to be secure against unreasonable search.

I start with the proposition that a monopoly on the use of certain types of power is a *sine qua non* of a legitimate government and its agents. With few exceptions only the state can detain persons against their will, enter homes without permission, forcibly subject someone to a search, and send people to prison. The intrusiveness and coercive nature of these procedures should not be underesti-

L'impossibilité pour la police de repérer le livreur est la faille la plus grave des éléments de corroboration dont disposaient les policiers. À mon avis, il n'est pas nécessaire que la police confirme tous les détails des renseignements fournis par l'informateur quand le déroulement des événements observés correspond assez bien à la séquence prévue pour écarter la possibilité d'une coïncidence fortuite. Comme je l'ai déjà signalé toutefois, le niveau de vérification peut être plus élevé quand les policiers agissent sur la foi de renseignements d'un informateur dont ils ne peuvent évaluer la crédibilité ou s'ils ont moins de détails et que le risque de coïncidence fortuite est plus grand. Compte tenu de la qualité des renseignements et de la fiabilité de l'informateur en l'espèce, je suis convaincue que la surveillance policière a produit suffisamment d'éléments de corroboration pour les justifier de croire qu'un marché de drogues venait de se produire. En dehors de toute considération de l'effet de la violation de l'al. 10b) sur le caractère raisonnable du déroulement de la fouille, je conclurais que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille de l'appelant en vertu du pouvoir que leur conférait l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues*.

Compte tenu de cette conclusion, il est inutile de décider si la fouille pouvait se justifier comme une fouille accessoire à une arrestation valide.

#### *L'interaction de l'al. 10b) et de l'art. 8*

J'ai déjà dit, dans d'autres arrêts, que je doute qu'une fouille menée en contravention de la *Charte* puisse ne pas être une fouille abusive: *R. c. Simmons*; *R. c. Jacoy*; *R. c. Strachan*. Je me propose de préciser ma pensée sur ce que, dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, j'ai appelé le renforcement mutuel du droit à l'assistance d'un avocat et de celui d'être protégé contre les fouilles abusives.

Je commencerai par affirmer qu'un monopole sur le recours à certains types de pouvoirs est une qualité intrinsèque attachée à un gouvernement légitime et à ses agents. Sous réserve de quelques exceptions, seul l'État peut détenir des personnes contre leur gré, pénétrer dans les habitations sans permission, soumettre des personnes par la force à une fouille et incarcérer des personnes. Il ne faut

mated. The legal rights guaranteed by the *Charter* are designed *inter alia* to circumscribe these coercive powers of the state within the boundaries of justice and fairness to the individual. They are the most formidable defences the individual can marshal against abuses of state power.

The detained individual, however, cannot be assumed to be fully apprised of all his or her *Charter* rights at the critical moment. Without that knowledge a detainee may fail to exercise the rights he or she has or, by the same token, attempt to resist in a mistaken belief that the police conduct is not lawful when it is. It should be apparent that the police are not the appropriate ones to provide legal advice regarding the legitimacy of their own actions. An individual must rely on counsel to supply the vital information. Indeed, it is instructive to note that the only *Charter* right the police must inform a detained or arrested person of is the right to counsel. Should that right be exercised, it becomes the role of counsel to inform and advise the client of his or her other legal rights and obligations in the circumstances. In this way, the right to counsel is for the suspect the key which opens the door to all his or her other legal rights. As I observed in *R. v. Jacoy*, at p. 563, "The right to counsel is surely the main safeguard to the citizen that his or her other rights will be respected."

In the present case the substantive legal right we are concerned with is the right to be secure against unreasonable search or seizure. In my view, the question of whether a denial of the right to counsel renders a search unreasonable depends on two factors: (1) the source of authority for the search; and, (2) the invasiveness of the search.

In *Hunter v. Southam Inc.*, this Court first addressed the meaning of s. 8 of the *Charter*. Speaking for a unanimous Court, Dickson J. stated at p. 160 that the purpose of s. 8 was to "protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy." To that end the ideal method of preventing unjustified searches was held to be

pas sous-estimer la nature envahissante et coercitive de ces procédures. Les garanties juridiques de la *Charte* visent notamment à contenir les pouvoirs de coercition de l'État dans les limites de la justice et de l'équité pour la personne. Ce sont les recours les plus puissants que la personne puisse exercer contre les abus de pouvoir de l'État.

Cependant, on ne doit pas supposer que la personne en état de détention connaît parfaitement tous les droits que la *Charte* lui confère à l'instant déterminant. À défaut de connaître ses droits, une personne détenue peut ne pas les exercer ou, par ailleurs, tenter de résister à une arrestation parce que la personne croit, à tort, que la police agit de manière illégale. Il va de soi que les policiers sont mal placés pour donner un avis juridique sur la légalité de leur propres actes. Une personne doit pouvoir avoir recours à l'assistance d'un avocat pour obtenir ces renseignements essentiels. Il est significatif que le seul droit garanti par la *Charte* dont les policiers sont tenus d'informer une personne détenue ou en état d'arrestation est le droit à l'assistance d'un avocat. Dès que ce droit est exercé, il appartient à l'avocat de faire connaître à la personne ses autres droits et obligations dans les circonstances et de la conseiller. Ainsi le droit à l'assistance d'un avocat est, pour le suspect, la clef qui ouvre la porte à tous ses autres droits. J'ai dit, dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, à la p. 563, que «Le droit à l'assistance d'un avocat est certainement, pour le citoyen, la principale garantie que ses autres droits seront respectés.»

En l'espèce, la garantie juridique qui nous occupe est le droit d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. À mon avis, pour déterminer si la négation du droit à l'assistance d'un avocat rend la fouille abusive, il faut tenir compte de deux facteurs: (1) la source du pouvoir juridique de procéder à la fouille, et (2) le caractère envahissant de la fouille.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, notre Cour a examiné pour la première fois le sens de l'art. 8 de la *Charte*. Le juge Dickson dit au nom de la Cour, à la p. 160, que l'art. 8 a pour but de «protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée». À cette fin, le meilleur moyen de prévenir les fouilles

prior authorization in the form of a warrant issued by a person capable of "acting judicially" who could assess the competing interests of the state and the individual "in a neutral and impartial manner". Obviously, it is not always feasible to obtain a search warrant before a search. Thus, in certain limited situations the police are permitted to conduct warrantless searches when they have satisfied legislative and constitutional criteria. The search for controlled drugs pursuant to s. 37 of the *Food and Drugs Act* is one such example.

One cannot ignore, however, the risks inherent in authorizing the police to balance their own interests against those of the individual when deciding whether to conduct a search. The right to counsel is obviously more critical in cases where the decision by the police to search has not been subject to scrutiny by an independent party. In such cases the risk that the privacy interest of the individual will not be accorded its full weight is greater. Consequently, the failure to advise an individual of his or her right to counsel detracts more from the reasonableness of a warrantless search than from a search subject to prior authorization.

The second factor I have identified as relevant is the invasiveness of the search. Any involuntary search undertaken by the state is necessarily coercive. Searches vary, however, in the extent to which they invade the privacy of the individual. To take an obvious example, a body cavity search is clearly more invasive than a search of one's automobile. The more invasive the search, the greater the assault on one's dignity. To the extent that counsel can provide reassurance and advice to a person who may be subjected to a highly invasive procedure and perhaps even prevent an unjustified search, his or her presence can mitigate the impact of the intrusion on the individual's physical and psychological integrity.

The appellant in the present case was subjected to a warrantless "frisk" search. The fact that the appellant was denied his s. 10(b) right to counsel

abusives est, d'après cet arrêt, une autorisation préalable sous forme d'un mandat délivré par une personne «en mesure d'agir de façon judiciaire» qui peut évaluer les intérêts opposés de l'État et de la personne «d'une manière neutre et impartiale». Manifestement, il n'est pas toujours possible d'obtenir un mandat avant la fouille. Par conséquent, dans un nombre limité de situations, les policiers ont le droit de procéder à une fouille sans mandat quand ils remplissent les conditions établies en vertu des lois et de la Constitution. La fouille à la recherche de drogues contrôlées autorisée par l'art. 37 de la *Loi des aliments et drogues* en est un exemple.

On ne peut cependant ne pas tenir compte du risque qu'il y a à permettre aux policiers de soupeser leur propre intérêt en regard de ceux de l'individu quand il leur faut décider de procéder à une fouille. Le droit à l'assistance d'un avocat est certainement plus important quand la décision des policiers de procéder à la fouille n'a pas été examinée par un arbitre indépendant. Dans cette situation, il y a plus de risques que les droits de l'individu à sa vie privée ne soient pas appréciés pleinement. En conséquence, l'omission d'informer la personne de son droit à l'assistance d'un avocat pèse plus lourd dans l'évaluation du caractère raisonnable d'une fouille sans mandat que dans le cas d'une fouille soumise à une autorisation préalable.

Le second facteur que j'ai mentionné parmi les facteurs pertinents est le caractère envahissant de la fouille. Toute fouille forcée entreprise par l'État est coercitive. Cependant, les fouilles portent plus ou moins atteinte à la vie privée des personnes. Par exemple, il est évident que la fouille d'une cavité corporelle est beaucoup plus envahissante que la fouille d'une automobile. Plus la fouille est envahissante, plus l'atteinte à la dignité de la personne est grande. Dans la mesure où un avocat peut rassurer et conseiller une personne exposée à une fouille très envahissante ou même prévenir une fouille injustifiée, sa présence peut réduire les conséquences de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique de la personne.

En l'espèce, l'appelant a été soumis à une fouille par palpation sans mandat. Le fait que l'appelant ait été privé du droit que lui confère l'al. 10(b) à



prior to a warrantless search militates, in my view, against the reasonableness of the search. On the other hand, a “frisk” search is probably the least intrusive means of searching someone’s physical person. There is no suggestion that the search in this case was accompanied by mistreatment or undue force by the police.

In my opinion, the considerations I have mentioned are very relevant in assessing the reasonableness of a search conducted under s. 8 of the *Charter* especially in light of the fact that they arise from another independent *Charter* right, the right to counsel. In a case such as the present the interaction of the two sections must be considered. As I indicated earlier, the two are “mutually reinforcing”. Nevertheless, the two factors I have identified as relevant in determining whether a denial of the right to counsel renders a search unreasonable point in opposite directions in this case. While the failure to accord the appellant his s. 10(b) rights militates against the reasonableness of the warrantless search, the minimal nature of the invasion of his privacy from the “frisk” type search militates in favour of its reasonableness. On balance, I find that a weighing of these factors tends to confirm my preliminary view that the search of the appellant in this case did not constitute a violation of s. 8 of the *Charter*.

#### *Section 24(2) of the Charter*

Having found that the respondent’s s. 10(b) right to counsel was violated, I turn to the remaining question in this appeal, namely whether the appellant can discharge his onus of proving that the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

In *R. v. Collins*, Lamer J. identified the factors to be considered in deciding whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. These factors have been applied by the Court in several cases: *R. v. Simmons*; *R. v. Jacoy*; *R. v. Strachan*. In *R. v. Jacoy* the Chief Justice summarized them briefly at pp. 558-59:

l’assistance d’un avocat avant de subir une fouille sans mandat est un élément qui milite contre le caractère raisonnable de la fouille. Par contre, une fouille par palpation est probablement la manière la moins envahissante de fouiller une personne. On n’a pas soutenu en l’espèce que la fouille était accompagnée de mauvais traitements ou d’usage indu de force de la part des policiers.

À mon avis, les considérations que j’ai mentionnées sont très pertinentes dans l’évaluation, en vertu de l’art. 8 de la *Charte*, du caractère raisonnable d’une fouille, surtout parce qu’elles se rattachent à un autre droit distinct conféré par la *Charte*, le droit à l’assistance d’un avocat. Dans un tel cas, il faut tenir compte de l’interaction des deux dispositions. Comme je l’ai déjà dit, les deux dispositions «se renforcent mutuellement». Néanmoins, les deux facteurs que j’estime pertinents pour déterminer si la négation du droit à l’assistance d’un avocat rend une fouille abusive ont des effets contraires en l’espèce. Alors que la négation du droit conféré à l’appelant par l’al. 10b) va dans le sens de la fouille abusive, la faible intrusion dans la vie privée de l’appelant occasionnée par la fouille par palpation va dans le sens de la fouille raisonnable. Tout bien pesé, je conclus que la prise en compte de ces facteurs confirme mon impression première qu’en l’espèce, la fouille de l’appelant ne constitue pas une violation de l’art. 8 de la *Charte*.

#### *Le paragraphe 24(2) de la Charte*

Ayant conclu que le droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) à l’appelant a été violé, j’examinerai maintenant l’autre question soulevée par le présent pourvoi, celle de savoir si l’appelant peut satisfaire au fardeau qui lui incombe de prouver que les éléments de preuve auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Dans l’arrêt *R. c. Collins*, le juge Lamer a défini les facteurs à considérer pour décider si l’utilisation d’éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Notre Cour a appliqué ces facteurs à plusieurs reprises: *R. c. Simmons*; *R. c. Jacoy*; *R. c. Strachan*. Dans l’arrêt *R. c. Jacoy*, le Juge en chef les a résumés, aux pp. 558 et 559, comme suit:

To reiterate briefly the criteria set out in *Collins*, Lamer J. speaking for the majority grouped the factors relevant to the determination into three groups. First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" (p. 284). One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible.

The evidence produced by the search conducted following the denial of the appellant's s. 10(b) rights was approximately one ounce of speed. It was real evidence the existence of which was totally unrelated to the *Charter* violation. Unlike an incriminating statement it was not engendered by conscripting the appellant against himself. Its admission would not render the trial unfair.

With respect to the second set of considerations, there is no evidence to suggest that the police acted in bad faith in thinking that it did not have to read the respondent his s. 10(b) rights before searching him. Constable Birs advised the appellant of his right to counsel immediately upon arrest and advised him of it again when they reached the police station. I accept the submission

Pour rappeler brièvement les critères énoncés dans l'arrêt *Collins*, disons que le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a réparti en trois groupes les facteurs utiles pour trancher cette question. Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, «l'utilisation de la preuve [...] tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» (p. 284). L'un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s'il s'agit d'une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Finalement, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible.

L'élément de preuve recueilli à la suite de la violation du droit garanti à l'appelant par l'al. 10b) consistait en une once environ d'amphétamines. Il s'agissait d'une preuve matérielle dont l'existence n'avait absolument aucun rapport avec la violation de la *Charte*. À la différence des déclarations incriminantes, il n'est pas venu au jour parce qu'on a embrigadé l'appelant contre lui-même. Son utilisation ne rendrait pas le procès inéquitable.

Quant au deuxième groupe de considérations, rien dans la preuve n'indique que les policiers ont agi de mauvaise foi en pensant qu'ils n'étaient pas tenus, avant de fouiller l'appelant, de l'informer des droits qu'il avait en vertu de l'al. 10b). L'agent Birs a informé l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat immédiatement après l'avoir arrêté et de nouveau à leur arrivée au poste de police.

of the Crown that the on-the-spot search of the appellant was motivated by the fact that drugs are readily disposed of and that the evidence might be lost if the appellant was not searched right away. Whether the police were right or wrong in concluding that this was a valid reason for not reading the appellant his rights "without delay" does not affect the issue of their *bona fides*.

I also conclude that the admission of the evidence in this case would not bring the administration of justice into disrepute. While the denial of the appellant's right to counsel was certainly not trivial, it seems to me that the "interests of truth" and the "integrity of the judicial system" referred to by the Chief Justice in *R. v. Simmons*, at p. 534, would be better served by the admission of the evidence than by its exclusion.

For all the foregoing reasons I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have read the reasons of my colleagues Justice Lamer and Justice Wilson. I agree with their disposition of the appeal. Subject to the qualification expressed in the reasons of Lamer J., I agree with the conclusion of Wilson J. that no violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* occurred in this case.

With respect to the alleged violation of s. 10(b), Wilson J. has concluded that there has been a violation, and s. 1 cannot be considered because the Crown did not seek to invoke this provision. Lamer J. is of the view that while the appellant had the right to be informed of the right to retain and instruct counsel, the police were not obliged to suspend the search until an opportunity to retain counsel was afforded to the appellant. In my opinion, there was in this case no obligation to advise the appellant of his right to counsel before completing the "frisk" search. While in a practical sense, my position and that of Lamer J. both result in the search proceeding immediately, there is this significant difference. In my view, there is no *Charter* violation while in his there is. If a breach

J'accepte l'argument du ministère public que la fouille de l'appelant sur place était motivée par le fait qu'il est facile de se défaire de drogues et que la preuve aurait pu être détruite si l'appelant n'avait pas été fouillé sur le champ. Que les policiers aient eu raison ou tort de conclure qu'il s'agissait d'une raison valable de ne pas aviser l'appelant de ses droits «sans délai» ne change rien à la question de leur bonne foi.

Je conclus également que l'utilisation de la preuve en l'espèce n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien que la négation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat ne soit pas anodine, il me semble que l'intérêt de la vérité et «l'intégrité du système judiciaire» dont parle le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Simmons*, à la p. 534, seraient mieux servis par l'utilisation de la preuve que par son exclusion.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai lu les motifs de jugement de mes collègues les juges Lamer et Wilson. Je souscris à leur façon de disposer du pourvoi. Avec les réserves exprimées dans les motifs du juge Lamer, je souscris à la conclusion du juge Wilson qu'il n'y a pas eu de violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'espèce.

Au sujet de la violation alléguée de l'al. 10b), le juge Wilson conclut qu'il y a eu violation, mais qu'il est impossible d'avoir recours à l'article premier parce que le ministère public n'a pas invoqué cette disposition. Le juge Lamer est d'avis que, même si l'appelant avait le droit d'être informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, les policiers n'étaient pas tenus de suspendre la fouille jusqu'à ce qu'on lui ait donné la possibilité d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. À mon avis, en l'espèce, les policiers n'étaient pas tenus d'aviser l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat avant d'effectuer la fouille par palpation. Même si en pratique, mon opinion et celle du juge Lamer ont comme conséquence que la fouille peut avoir lieu sur le champ, il y a une différence

of s. 10(b) has occurred, it is necessary to consider the remedy for the breach under s. 24(2).

This difference is sufficiently important for me to explain briefly the basis for my opinion. I have difficulty in appreciating what purpose is served in advising a detainee of a right which is then immediately suspended while the police conduct a search. The considerations which justify a postponement of the obligation to afford the detainee a reasonable opportunity to consult counsel apply equally to the obligation to tell him or her of the right. I agree with the statement by Martin J.A. in the Court of Appeal ((1986), 30 C.C.C. (3d) 207, at p. 227) that:

It necessarily follows that where the obligation to inform a person of his or her right to counsel arises, there is an obligation to afford that person a reasonable opportunity to consult counsel if he or she wishes to do so.

If the circumstances surrounding a search incidental to an arrest do not lend themselves to the delay inherent in making counsel available, they are equally not conducive to the reading of rights from cue cards and the discussion which almost inevitably follows.

This Court has recognized that s. 10(b) rights must be set aside in the interests of the protection of police officers where there is a possible presence of weapons. See *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. The withholding of s. 10(b) rights while co-ordination tests are administered to a motorist has been justified in order to enable reasonable grounds of impairment to be obtained to warrant a demand for a breathalyzer test. See *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532, and *R. v. Bonin* (1989), 47 C.C.C. (3d) 230. In the latter case, this Court refused leave to appeal (October 19, 1989, *Bulletin of Proceedings*, p. 2435). It has been recognized, therefore, that the right to retain and instruct counsel without delay is not absolute. I see no reason why the right to be informed of the right should be accorded different treatment.

importante entre les deux. Selon moi, il n'y a pas de violation de la *Charte* alors que, selon lui, il y en a une. S'il y avait une violation de l'al. 10b), il faudrait prendre en considération le redressement prévu par le par. 24(2).

J'estime que la différence est suffisamment importante pour que j'explique brièvement sur quoi je fonde mon opinion. Je vois difficilement l'utilité d'aviser un détenu d'un droit alors que ce droit est immédiatement suspendu pendant que les policiers procèdent à une fouille. Les raisons qui justifient que l'on reporte à plus tard l'obligation d'accorder à une personne détenue la possibilité d'avoir recours à l'assistance d'un avocat valent également pour l'obligation de l'aviser de ce droit. Je fais mien l'avis du juge Martin de la Cour d'appel ((1986), 30 C.C.C. (3d) 207, à la p. 227) selon lequel:

[TRADUCTION] Il s'ensuit nécessairement que lorsque l'obligation d'informer une personne de son droit à l'assistance d'un avocat s'applique, celle de donner à cette personne la possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, si la personne le demande, s'applique aussi.

Si les circonstances d'une fouille accessoire à une arrestation ne se prêtent pas aux délais qu'entraîne le recours à l'assistance d'un avocat, elles ne se prêtent pas non plus à une lecture des droits selon des formules inscrites sur une carte et à la discussion qui en découle presque inévitablement.

Notre Cour a admis que, pour la protection des policiers, il y a lieu de ne pas appliquer les droits prévus à l'al. 10b) quand il est possible qu'il y ait des armes. Voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. La remise de l'exercice des droits conférés par l'al. 10b) pendant l'administration de tests de coordination à un conducteur a été jugée valable quand il s'agissait de déterminer s'il y avait des motifs raisonnables d'exiger un alcootest. Voir *R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532, et *R. v. Bonin* (1989), 47 C.C.C. (3d) 230. Dans cette dernière affaire, notre Cour a refusé l'autorisation de pourvoi (19 octobre 1989, *Bulletin des procédures*, p. 2435). Il est donc admis que le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat n'est pas absolu. Je ne vois pas pourquoi il faudrait traiter autrement le droit d'être informé de ce droit.

Furthermore, if the right to be informed can be breached where the right to retain and instruct counsel is suspended, what possible remedy can be applied? What are the consequences for the administration of justice from a failure to be told of a right that cannot be exercised? In the absence of any discernible purpose in advising the appellant of a right which he cannot enjoy, the application of s. 10(b) suggested by Lamer J. does not seem to accord with the purposive approach to the interpretation of the Constitution which we have adopted.

I therefore agree with Martin J.A. that there has been no breach of s. 10(b) and would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Kerekes, Collins, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

De surcroît, s'il est possible de violer le droit d'être informé du droit à l'assistance d'un avocat alors que ce dernier droit est suspendu, quel redressement peut-on accorder? Quelles conséquences peut avoir sur l'administration de la justice le fait de ne pas être informé d'un droit qu'on ne peut exercer? En l'absence d'objet apparent au fait d'aviser l'appelant d'un droit dont il ne peut se prévaloir, l'application de l'al. 10b) proposée par le juge Lamer ne me semble pas conforme à la méthode d'interprétation constitutionnelle fondée sur l'objet que nous avons adoptée.

Je partage donc l'avis du juge Martin, qu'il n'y a pas eu de violation de l'al. 10b) et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Kerekes, Collins, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*

**James Hearn and Edward Fahey** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HEARN

File No.: 21471.

1989: December 8.

Present: Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Criminal law — Obstructing justice — Accused wilfully counselling a witness to give false testimony in a pending trial — False evidence proposed could not affect the outcome of the trial — Whether accused committed the offence of attempting to obstruct justice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 127(2).*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1989), 75 Nfld. & P.E.I.R. 13, 234 A.P.R. 13, 48 C.C.C. (3d) 376, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of attempting to obstruct justice. Appeal dismissed.

*Randell Earle*, for the appellants.

*Wayne Gorman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

WILSON J.—We are all of the view that this appeal which comes to us as of right must be dismissed for the reasons given by the Chief Justice of Newfoundland.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.*

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

**James Hearn et Edward Fahey** *Appelants*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. HEARN

N° du greffe: 21471.

1989: 8 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

<sup>c</sup> *Droit criminel — Entrave à la justice — L'accusé a volontairement conseillé à un témoin de faire un faux témoignage à un procès — Le faux témoignage proposé ne pouvait influencer sur l'issue du procès — L'accusé a-t-il commis l'infraction de tentative d'entrave à la justice? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 127(2).*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1989), 75 Nfld. & P.E.I.R. 13, 234 A.P.R. 13, 48 C.C.C. (3d) 376, qui a accueilli l'appel du ministère public contre le verdict d'acquiescement de l'accusé prononcé relativement à une accusation de tentative d'entrave à la justice. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *Randell Earle*, pour les appelants.

*Wayne Gorman*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE WILSON—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi de plein droit doit être rejeté pour les motifs formulés par le juge en chef de Terre-Neuve.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.*

<sup>i</sup> *Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, St. John's.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 6, 1989 Vol. 2**

and

**Tables**

**6<sup>e</sup> cahier, 1989 Vol. 2**

et

**Tables**

Cited as [1989] 2 S.C.R. { i-xli  
1181-1448

Renvoi [1989] 2 R.C.S. { i-xli  
1181-1448

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by  
GUY Y. GOULARD, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor  
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secretaries  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par  
GUY Y. GOULARD, C.R.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêviste en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

Arrêvistés  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET

Secrétaires  
CAROLE LOISELLE  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xxi
Statutes and Regulations Cited .....	xxxix
Authors Cited .....	xlvi
Index .....	1433

### **Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) ..... 1326**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Open court process — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether legislation violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges .....	iii
Errata .....	iv
Requêtes .....	v
Table des jugements .....	xvii
Table de la jurisprudence .....	xxi
Lois et règlements cités .....	xliii
Doctrine citée .....	xlvi
Index .....	1441

### **Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général) ..... 1326**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Publicité du processus judiciaire — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether 'egislation violates s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Whether s. 15 applicable to corporations — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

### **Just v. British Columbia ..... 1228**

Torts — Liability — Government — Policy decision or operational decision — Boulder crashing onto car on highway — System in place for inspection and remedial work on rock slopes — Whether or not parties in relationship of sufficient proximity to warrant imposition of duty of care — If so, whether policy decision to which liability does not attach or operation decision to which liability would attach — Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167, ss. 8, 14 — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86, ss. 2, 3.

### **R. v. Buttar ..... 1429**

Criminal law — Arson and other fires — Elements of offence — Accused convicted of wilfully setting fire to material which was likely to cause a building to catch fire — Recklessness on the part of the accused — Whether s. 434(a) of the Criminal Code requires knowledge by the accused that the building was likely to catch fire.

### **R. v. Lee ..... 1384**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by judge and jury (s. 11(f)) — Charter right limited by stipulation that the maximum sentence for crime be at least five years' imprisonment — Criminal Code (s. 526.1) removing right to jury on subsequent trial if accused failing to appear without legitimate reason — Accused charged with offence carrying maximum penalty of life imprisonment — Trial by judge and jury elected but accused failing to appear — Jury trial denied — Whether or not s. 526.1 of the Criminal Code infringing on s. 11(f) of the Charter — If so, whether or not infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(f) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 526.1.

### **Rothfield v. Manolakos ..... 1259**

Torts — Negligence — Municipality — Duty of care — Building permit issued notwithstanding flawed design — Owners and contractors failing to inform municipality that project at point where inspection required — Whether or not duty of care on part of municipality to owners — Whether or not municipality absolved of responsibility because of owners' failure to inform.

### **Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Moose Jaw (City) ..... 1317**

Civil rights — Mandatory retirement — Labour contract providing for mandatory retirement for fire fighters — Alleged discrimination on the basis of age — Defence of bona fide occupational qualification — Fire fighter retired — Whether or not City had established "reasonable" occupational qualification defence — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(7).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 15 s'applique-t-il aux personnes morales? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.

### **Just c. Colombie-Britannique ..... 1228**

Délits civils — Responsabilité — Gouvernement — Décision de politique ou opérationnelle — Voiture écrasée par la chute d'un bloc de pierre sur la route — Système d'inspection et de consolidation des talus rocheux — Le lien entre les parties est-il suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence? — Si oui, s'agit-il d'une décision de politique qui n'engage pas la responsabilité ou d'une décision opérationnelle qui peut être source de responsabilité? — Highway Act, R.S.B.C. 1979, chap. 167, art. 8, 14 — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86, art. 2, 3.

### **R. c. Buttar ..... 1429**

Droit criminel — Crime d'incendie et autres incendies — Éléments de l'infraction — Accusé déclaré coupable d'avoir volontairement mis le feu à une substance susceptible de faire prendre feu à un bâtiment — Insouciance de la part de l'accusé — L'article 434a) du Code criminel exige-t-il la connaissance par l'accusé que le bâtiment était susceptible de prendre feu?

### **R. c. Lee ..... 1384**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès devant un juge et un jury (art. 11f) — Droit garanti par la Charte limité par une exigence que le crime en question entraîne une peine maximale d'au moins cinq ans d'emprisonnement — Code criminel (art. 526.1) supprimant le droit au jury dans le cadre d'un procès subséquent si l'accusé ne comparait pas, sans raison légitime — Accusé inculpé d'une infraction comportant une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité — L'accusé a choisi un procès avec juge et jury mais n'a pas comparu — Procès avec jury refusé — L'article 526.1 du Code criminel viole-t-il l'art. 11f) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11f) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 526.1.

### **Rothfield c. Manolakos ..... 1259**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Municipalité — Obligation de diligence — Permis de construction délivré sans égard aux vices de conception — Omission des propriétaires et des entrepreneurs d'aviser la municipalité que le projet était rendu à une étape où une inspection était nécessaire — La municipalité a-t-elle une obligation de diligence envers les propriétaires? — La municipalité est-elle exonérée de toute responsabilité en raison de l'omission des propriétaires de l'aviser?

### **Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Moose Jaw (Ville) ..... 1317**

Libertés publiques — Retraite obligatoire — Convention collective prévoyant la retraite obligatoire de pompiers — Plainte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City) ..... 1297**

Civil rights — Mandatory retirement — Alleged discrimination on the basis of age — Defence of bona fide occupational qualification — Chief Fire Inspection Officer retired pursuant to mandatory retirement clause in labour contract — Whether or not Chief Fire Inspection Officer a fire fighter — Whether or not “reasonable” occupational qualification importing same test as “bona fide” occupational qualification — Whether or not failure to consider efficacy of individual testing error of law — Whether or not Union violated s. 18 of the Code — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16(1), (4), (7), 18, 32 — Saskatchewan Regulation 216/79, s. 1(a), (b) — City By-law 5585, s. 5.1.

### **Tock v. St. John’s Metropolitan Area Board ..... 1181**

Torts — Nuisance — Public body — Defence of statutory authority — Basement flooded when sewer blocked — Installation and operation of sewer sanctioned by statute — Whether or not municipality liable for damages in nuisance — The Municipalities Act, S.N. 1979, c. 33, s. 154(1), (2), (3).

## SOMMAIRE (Fin)

de discrimination fondée sur l’âge — Moyen de défense de l’exigence professionnelle réelle — Mise à la retraite d’un pompier — La ville a-t-elle établi le moyen de défense de l’exigence professionnelle «raisonnable»? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(7).

### **Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville) ..... 1297**

Libertés publiques — Retraite obligatoire — Plainte de discrimination fondée sur l’âge — Moyen de défense de l’exigence professionnelle réelle — Chef de la prévention des incendies mis à la retraite conformément à une clause de retraite obligatoire contenue dans une convention collective — Le chef de la prévention des incendies est-il un pompier? — L’exigence professionnelle «raisonnable» donne-t-elle lieu à l’application du même critère que l’exigence professionnelle «réelle»? — L’omission de tenir compte de l’efficacité de tests individuels constitue-t-elle une erreur de droit? — Le syndicat a-t-il violé l’art. 18 du Code? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(1), (4), (7), 18, 32 — Saskatchewan Regulation 216/79, art. 1a), b) — Règlement municipal 5585, art. 5.1.

### **Tock c. St. John’s Metropolitan Area Board ..... 1181**

Responsabilité délictuelle — Nuisance — Organisme public — Moyen de défense fondé sur l’autorisation du législateur — Sous-sol inondé en raison de l’obstruction d’un égout — Installation et exploitation du réseau d’égouts sanctionnées par une loi — La municipalité est-elle responsable des dommages selon les règles de la nuisance? — The Municipalities Act, S.N. 1979, chap. 33, art. 154(1), (2), (3).



## 1989 Volume 2

### **Canada Supreme Court Reports**

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

*Published pursuant to Statute by*

GUY Y. GOULARD, Q.C.  
*Registrar of the Court*

*Deputy Registrar & Chief Law Editor*  
Anne Roland, LL.L.

*Director of Publications*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

*Revisor*  
Richard Berberi

*Co-ordinator, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Editorial Assistants*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet

*Secretaries*  
Carole Loiselle  
Denise Jackson

*Publié conformément à la Loi par*

GUY Y. GOULARD, C.R.  
*Registraire de la Cour*

*Registraire adjoint & Arrêtiste en chef*  
Anne Roland, LL.L.

*Directrice des publications*  
Odile Calder

*Arrêtistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

*Réviseur*  
Richard Berberi

*Coordonnatrice, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Adjointes à l'édition*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet

*Secrétaires*  
Carole Loiselle  
Denise Jackson

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DE CARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY McLACHLIN

## ERRATA

- [1989] 1 S.C.R. p. 646, line *g*-2 and at p. 674, line *c*-1 of the English version. Read “Cushing v. Dupuy (1880), 5 App. Cas. 409” instead of “Cushing v. Dupuy (1980), 5 App. Cas. 409”.
- [1989] 1 S.C.R. p. 682, line *e*-1 of the French version. Read “La Loi est appliquée par un organisme de réglementation” instead of “La Loi est soumise à un organisme de réglementation”.
- [1989] 1 S.C.R. p. 922, line *c*-1 of the French version. Read “Répertorié: Renvoi: Workers’ Compensation Act, 1983 (T.-N.)” instead of “Répertorié: Reference Re Workers’ Compensation Act, 1983 (T.-N.)”.
- [1989] 1 S.C.R. p. 1316, line *g*-2 of the French version. Read “ils ont à chaque occasion exprimé de façon claire et nette” instead of “ils ont chacun leur tour exprimé de façon claire et nette”.
- [1989] 1 S.C.R. p. 1364, line *i*-3 of the French version. Read “degré d’ivresse moins élevé” instead of “degré moindre d’ivresse moins élevé”.
- [1989] 2 S.C.R. p. 225, line *g*-2 of the French version. Read “Système de télécommunications provincial” instead of “Système de télécommunications interprovincial”.
- [1989] 2 S.C.R. p. 1069, line *d*-4 of the English version. Read “Indian Band” instead of “Indian Bank”.
- [1989] 1 S.C.R. p. 646, ligne *g*-3 et à la p. 674, ligne *c*-1 de la version française. Lire «Cushing v. Dupuy (1880), 5 App. Cas. 409» au lieu de «Cushing v. Dupuy (1980), 5 App. Cas. 409».
- [1989] 1 R.C.S. p. 682, ligne *e*-1 de la version française. Lire «La Loi est appliquée par un organisme de réglementation» au lieu de «La Loi est soumise à un organisme de réglementation».
- [1989] 1 R.C.S. p. 922, ligne *c*-1 de la version française. Lire «Répertorié: Renvoi: Workers’ Compensation Act, 1983 (T.-N.)» au lieu de «Répertorié: Reference Re Workers’ Compensation Act, 1983 (T.-N.)».
- [1989] 1 R.C.S. p. 1316, ligne *g*-2 de la version française. Lire «ils ont à chaque occasion exprimé de façon claire et nette» au lieu de «ils ont chacun leur tour exprimé de façon claire et nette».
- [1989] 1 R.C.S. p. 1364, ligne *i*-3 de la version française. Lire «degré d’ivresse moins élevé» au lieu de «degré moindre d’ivresse moins élevé».
- [1989] 2 R.C.S. p. 225, ligne *g*-2 de la version française. Lire «Système de télécommunications provincial» au lieu de «Système de télécommunications interprovincial».
- [1989] 2 R.C.S. p. 1069, ligne *d*-4 de la version anglaise. Lire «Indian Band» au lieu de «Indian Bank».

## MOTIONS—REQUÊTES

- 619908 *Ontario Ltd. v. Goyal* (Ont.), 21535, leave to appeal refused with costs, 16.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 89636 *Canada Inc. c. Administration Riverdin Inc.* (Qué.), 21644, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Aldred v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20479, notice of discontinuance filed, 1.9.89, avis de désistement produit.
- Allen v. Rocmaura Inc.* (N.B.), 21619, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arpin v. Rich* (Man.), 21510, leave to appeal refused with costs, 7.9.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec c. Christidis* (Qué.), 21652, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. International Warranty Co.* (Alta.), 21611, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Province of Alberta Treasury Branches* (Alta.), 21608, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bear Island Foundation v. Attorney General of Ontario* (Crim.)(Ont.), 21435, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Béliveau c. Barabe* (Qué.), 21497, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bettazzi c. Tissus Ranchar Inc.* (Qué.), 21373, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Blair v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21233, leave to appeal refused, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Boiler & Inspection Insurance Co. c. Office municipale de l'habitation de Montréal* (Qué.), 21574, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boimash c. Shlien* (Qué.), 21530, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Bolduc c. Compagnie Montreal Trust* (Qué.), 21528, leave to appeal refused with costs, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bonin v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21459, leave to appeal refused, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Brochner v. MacDonald* (Alta.), 21609, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brotherhood of Maintenance of Way Employees v. Canadian Pacific Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 21468, leave to appeal refused with costs, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Broyles v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21316, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Buxbaum v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21512, leave to appeal refused, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Campbell Soup Co. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.* (Man.), 21518, leave to appeal refused with costs, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Campeau Corporation, Division Roberval c. Commission des normes du travail* (Qué.), 21639, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Deposit Insurance Corporation v. Code* (F.C.A.)(Alta.), 20896, notice of discontinuance filed, 27.7.89, avis de désistement produit.



- Canada Post Corporation v. Canadian Union of Postal Workers* (F.C.A)(Ont.), 21479, leave to appeal refused with costs, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. Harris* (B.C.), 21526, leave to appeal refused with costs, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canfield v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21449, leave to appeal refused, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Carey Canada Inc. v. Hunt* (B.C.), 21508, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Chambers v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21385, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Chmielewski c. Goldwater* (Qué.), 19447, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Clarke c. Confédération des syndicats nationaux* (C.S.N.) (Qué.), 21457, leave to appeal refused with costs, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clarkson Gordon v. Canadian Commercial Bank* (Alta.), 21648, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Cloutier v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21470, leave to appeal refused, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Commercial Union Assurance Co. of Canada v. Dandy Duds Ltd.* (P.E.I.), 21458, leave to appeal refused with costs, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commercial Union Assurance Co. of Canada v. Libby* (Ont.), 21499, leave to appeal refused with costs, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commercial Union Co. d'Assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.* (Qué.), 21515, leave to appeal refused with costs, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec* (Qué.), 21495, leave to appeal refused with costs, 28.9.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie d'assurance fidélité du Canada c. Hervé Pomerleau Inc.* (Qué.), 21664, 21666, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie d'assurances générales Kansas Ltée c. Voiles d'Outre-Mer Chicoutimi Inc.* (Qué.), 21654, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cormack v. Township of Mara* (Ont.), 21532, leave to appeal refused with costs, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Scarborough v. Scarborough Golf and Country Club Ltd.* (Ont.), 21350, leave to appeal refused with costs, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Crossman c. Grenier* (Qué.), 21505, leave to appeal refused with costs, 28.9.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cyanamid Canada Pipeline Inc. v. Consumers' Gas Co.* (F.C.A.), 20724, 20876, notice of discontinuance filed, 26.9.89, avis de désistement produit.
- D.A.W. v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21578, leave to appeal granted, 7.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Daigle c. Tremblay* (Qué.), 21553, leave to appeal granted, 1.8.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Davidson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21398, leave to appeal refused, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Deep v. Doran* (Ont.), 19631, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Denbigh v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21524, leave to appeal refused, 16.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Di Biase Brothers Inc. v. Pagliarella* (Ont.), 21500, leave to appeal refused with costs, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dobson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21554, leave to appeal refused, 2.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Domakit v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Man.), 21637, notice of discontinuance filed, 19.12.89, avis de désistement produit.

- Drolet c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21324, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Erickson v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21434, leave to appeal refused, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Eugent v. The Queen* (Ont.), 20684, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Farmers' Mutual Fire Insurance Co. (Lindsay) v. Pilot Insurance Co.* (Ont.), 21516, leave to appeal refused with costs, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fédération des producteurs d'agneau et de mouton du Québec c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 21626, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fillion c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21480, leave to appeal refused, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.* (Ont.), 21491, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Flintkote Mines Ltd. v. Hunt* (B.C.), 21536, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Ford v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21413, notice of discontinuance filed, 29.8.89, avis de désistement produit.
- Fosty v. The Queen* (Crim.)(Man.), 21562, leave to appeal refused, 26.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Fries v. The Queen* (F.C.A.)(Sask.), 21570, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Frisbee v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21503, leave to appeal refused, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Frymire v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20813, notice of discontinuance filed, 15.11.89, avis de désistement produit.
- Gagnon c. Ville de Chicoutimi* (Qué.), 21642, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gallant v. Trono* (F.C.A.)(Crim.)(B.C.), 21391, leave to appeal refused with costs, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gazdeczka v. Schlosser* (B.C.), 21659, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Geffen v. Goodman* (Alta.), 21613, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Giagnocavo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21552, leave to appeal refused, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Gibbs Fishing Tackle Inc. v. Asbjorn Horgard* (F.C.A.)(Ont.), 20402, notice of discontinuance filed, 11.12.89, avis de désistement produit.
- Godbout v. Lisson* (B.C.), 21396, leave to appeal refused, 17.8.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Goertz v. Saskatoon Credit Union Ltd.* (Sask.), 21445, leave to appeal refused with costs, 13.7.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grawal v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21514, leave to appeal refused, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Grinshpan c. Alpern* (Qué.), 21525, leave to appeal refused with costs, 28.9.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guaranty Trust Company of Canada v. Hetherington* (Alta.), 21594, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guillette c. Maheux* (Qué.), 21576, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hall v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21484, leave to appeal refused, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Haluik v. The Queen* (Man.), 20396, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Haunholter v. Law Society of Alberta* (Alta.), 21011, notice of discontinuance filed, 4.7.89, avis de désistement produit.
- Hayes v. The Queen* (Ont.), 19468, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Heal v. The Queen* (B.C.), 21492, notice of discontinuance filed, 7.9.89, avis de désistement produit.

- Hearn v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 21471, notice of discontinuance filed, 25.7.89, avis de désistement produit.
- Henfrey Samson Belair Ltd. v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (B.C.), 21595, leave to appeal refused with costs, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hepditch v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 21418, leave to appeal refused, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Hillman v. Canadian Commercial Bank* (Alta.), 21640, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Hutfield v. College of Physicians and Surgeons of the province of Alberta* (Alta.), 21466, leave to appeal refused with costs, 17.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Imbrook Properties Ltd. c. Montenay Inc.* (Qué.), 21511, leave to appeal refused with costs, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J. T. F. v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21587, leave to appeal granted, 7.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Jackson v. The Crown in right of Ontario* (Ont.), 21540, leave to appeal refused, 16.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Jeanjot c. Houde* (Qué.), 21580, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- K. M. M. v. K. N.* (Alta.), 21623, leave to appeal refused, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Kent v. Kent* (Man.), 19390, notice of discontinuance filed, 19.9.89, avis de désistement produit.
- Khaliq-Kareemi v. Maritime Medical Care Inc.* (N.S.), 21522, leave to appeal refused, 16.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Kieling v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 21490, leave to appeal refused, 26.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Kropa v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20811, notice of discontinuance filed, 15.11.89, avis de désistement produit.
- Lac d'amiante du Québec Ltée c. Procureur général du Québec* (Qué.), 21572, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laforce c. Bellemare* (Qué.), 21592, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laporte c. Kallos* (Qué.), 20962, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Laroche c. Vandet* (Qué.), 21600, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lecorps-Tremblay v. Appeal Board of the Public Service Commission* (F.C.A.)(Ont.), 20882, leave to appeal refused, 30.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Lee v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(Man.), 21519, leave to appeal refused, 26.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Lefebvre c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21579, leave to appeal refused, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Légère v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 21055, leave to appeal refused, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Lemire c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21618, leave to appeal refused, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Leveque v. The Queen* (B.C.), 19579, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Lofthouse v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20759, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Lukovich v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21344, leave to appeal refused, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- MacDonald v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21441, leave to appeal refused, 7.9.89, autorisation de pourvoi refusée.
- MacKinnon v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21527, leave to appeal refused, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- MacKintosh v. The Queen* (B.C.), 20927, notice of discontinuance filed, 17.10.89, avis de désistement produit.
- MacPhee v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 21395, leave to appeal refused with costs, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Martin (Gordon Clifford) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20727, notice of discontinuance filed, 11.10.89, avis de désistement produit.
- Martin (William Steward Arnold) v. Gray* (Man.), 21469, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Maska Auto Spring Ltée c. Corporation municipale du village de Ste-Rosalie* (Qué.), 21106, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- McGill v. The Queen* (Ont.), 19989, notice of discontinuance filed, 19.9.89, avis de désistement produit.
- McLaughlan v. Canadian Commercial Bank* (Alta.) 21575, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- McWhorther v. Registrar of the North Alberta Land Registration District* (Alta.), 21482, leave to appeal refused with costs, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meraw v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20635, notice of discontinuance filed, 6.9.89, avis de désistement produit.
- Messervey v. Reekie* (B.C.), 21548, leave to appeal refused with costs, 9.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens. The application to vary an order of this Court which refused leave to appeal is dismissed, [1990] S.C.R., vol. 1/La requête présentée en rectification d'une ordonnance de notre Cour rejetant une demande d'autorisation de pourvoi est rejetée, [1990] R.C.S., vol. 1.
- Miller v. Novick* (Sask.), 21509, leave to appeal refused, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Mireault c. Procureur général du Québec* (Qué.), 21646, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Monette c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21461, leave to appeal refused, 28.9.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Monk Corporation c. Island Fertilizers Ltd.* (C.A.F.)(Qué.), 21647, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Morrow v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21563, leave to appeal refused, 26.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Mount Royal/Walsh Inc. c. Ship Jensen Star* (C.A.F.)(Qué.), 21593, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipal Contracting Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 721* (N.S.), 21531, leave to appeal refused with costs, 16.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- National Anti-Poverty Organization v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 21585, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ng v. The Queen in right of Canada* (Crim.)(Alta.), 21534, leave to appeal refused, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Nguyen v. The Queen* (Crim.)(Man.), 21392, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Old St. Boniface Residents Association Inc. v. City of Winnipeg* (Man.), 21428, leave to appeal granted with costs, 3.8.89, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- O'Neil v. Farina* (B.C.), 21541, leave to appeal refused with costs, 9.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Hydro v. Canadian Union of Public Employees* (Ont.), 21567, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Hydro v. Energy Probe* (Ont.), 21496, leave to appeal refused with costs, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pacific Faith Fishing Co. v. Crown Life Insurance Co.* (B.C.), 21583, leave to appeal refused with costs, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Palmer v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 21577, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Papequash v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21589, leave to appeal refused, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Paul Magder Furs Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21498, leave to appeal refused, 9.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Peiroo v. Minister of Employment and Immigration* (Ont.), 21602, leave to appeal refused, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Penner v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Man.), 21605, leave to appeal refused, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Perera v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(Ont.), 21523, leave to appeal refused, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Petten v. Registrar of the Supreme Court* (Nfld.), 21476, leave to appeal refused with costs, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pilon c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21606, leave to appeal refused, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Potvin c. Caisse populaire St-Nicolas de Montréal* (Qué.), 21474, leave to appeal refused with costs, 28.9.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Société Radio-Canada* (Crim.)(Qué.), 21629, leave to appeal granted, 21.12.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Public Trustee for Saskatchewan v. Montreal Trust Co. of Canada* (Sask.), 21483, leave to appeal refused with costs, 17.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quinn v. Factran Financial Service Corporation* (Ont.), 21487, leave to appeal refused with costs, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Frohman* (Ont.), 20349, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- R. v. Harris* (Ont.), 21502, leave to appeal refused, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Logan* (Crim.)(Ont.), 21382, leave to appeal granted, 10.8.89, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Parent* (Crim.)(Qué.), 21565, leave to appeal refused, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Pham* (Ont.), 21467, leave to appeal refused, 5.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- R. Angus Alberta Ltd. v. Angus* (Alta.), 20915, notice of discontinuance filed, 27.7.89, avis de désistement produit.
- R. in right of British Columbia v. International Brotherhood of Boilermakers, Iron Shipbuilders, Blacksmiths, Forgers and Helpers* (B.C.), 21427, leave to appeal refused with costs, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Reekie (Patricia Kathleen) v. Messervey* (B.C.), 21549, leave to appeal refused with costs, 9.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens. The application to vary an order of this Court which refused leave to appeal is granted, [1990] S.C.R., vol. 1/La requête présentée en rectification d'une ordonnance de notre Cour rejetant une demande d'autorisation de pourvoi est accueillie, [1990] R.C.S., vol. 1.
- Reekie (Richard Page) v. Reekie* (B.C.), 21564, leave to appeal refused with costs, 9.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens. The application to vary an order of this Court which refused leave to appeal is dismissed, [1990] S.C.R., vol. 1/La requête présentée en rectification d'une ordonnance de notre Cour rejetant une demande d'autorisation de pourvoi est rejetée, [1990] R.C.S., vol. 1.
- Regina v. Sullivan* (Crim.)(B.C.), 21494, leave to appeal granted, 19.10.89, autorisation de pourvoi accordée.
- Rice v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 21517, leave to appeal refused, 28.9.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Robertshaw v. Grimshaw* (Man.), 21454, leave to appeal refused with costs, 17.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ross v. Minister of Labour* (N.B.), 21638, leave to appeal refused, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Trust Corporation v. Cox* (Ont.), 21561, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Salvation Army, Canada East v. Minister of Government Services* (Ont.), 19854, notice of discontinuance filed, 4.12.89, avis de désistement produit.
- Satiacum v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(B.C.), 21627, leave to appeal refused, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Save Richmond Farmland Society v. Corporation of the Township of Richmond* (B.C.), 21423, leave to appeal granted with costs, 3.8.89, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Shepherd v. Minister of Employment and Immigration* (Crim.)(Ont.), 21705, leave to appeal refused, 14.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Shinkaruk v. New Community Savings & Credit Union Ltd.* (Sask.), 21591, leave to appeal refused with costs, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Silver Spoon Desserts Enterprises Ltd. v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 21477, leave to appeal refused with costs, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Slavik v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20812, notice of discontinuance filed, 15.11.89, avis de désistement produit.
- Smith (Edwin K.) v. Reichold Ltd.* (B.C.), 21478, leave to appeal refused with costs, 17.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith (George Anthony) v. The Queen* (Crim)(Sask.), 21599, leave to appeal refused, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith (Pamela Iona) v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21539, leave to appeal refused, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(B.C.), 21556, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Southam Inc. c. Gagnon* (Qué.), 21566, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sparrow v. British Columbia Packers Ltd.* (B.C.), 21451, leave to appeal refused with costs, 13.7.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sra v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 21555, leave to appeal refused, 16.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- St. Mary's Cement Ltd. v. Ontario Hydro* (Ont.), 21569, leave to appeal refused, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Stromotich v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(B.C.), 21617, leave to appeal refused with costs, 23.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des employés des aciers Atlas (CSN) c. Beaulieu* (Qué.), 21415, leave to appeal refused with costs, 2.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taillefer c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21537, leave to appeal refused, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Tardi c. Caisse populaire d'Outremont* (Qué.), 21489, leave to appeal refused with costs, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Teodorowych v. Teodorowych* (Ont.), 21673, leave to appeal refused with costs, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thibodeau v. Thibodeau* (Ont.), 21571, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Todd c. Todd* (Qué.), 21506, leave to appeal refused with costs, 10.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. Stephenson* (Ont.), 21455, leave to appeal refused with costs, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Triple Five Corporation Ltd. v. First City Trust Co.* (Alta.), 21439, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turner v. Kremlin Canada Inc.* (Ont.), 21590, leave to appeal refused with costs, 21.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Food & Commercial Workers, Local 401 v. Canada Safeway Ltd.* (Alta.), 21443, leave to appeal refused with costs, 13.7.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vancouver (City of) v. Dressew Supply Ltd.* (B.C.), 21622, notice of discontinuance filed, 27.10.89, avis de désistement produit.
- Vancouver (City of) v. Samis* (B.C.), 21444, leave to appeal refused with costs, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vogel v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21504, leave to appeal refused, 31.8.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Voutsis v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 21520, leave to appeal refused, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Wainwright v. Wainwright* (N.S.), 21557, leave to appeal refused with costs, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ward v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21588, leave to appeal refused, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Warren v. City of Camrose* (Alta.), 21450, leave to appeal refused, 19.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Waugh v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21529, leave to appeal refused, 12.10.89, autorisation de pourvoi refusée.
- Wedgewood Village Estates Ltd. v. Hensfrey Samson Belair Ltd.* (B.C.), 21547, leave to appeal refused with costs, 30.11.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Werchel v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21493, notice of discontinuance filed, 24.8.89, avis de désistement produit.
- Wilson v. Halifax County—Bedford District School Board* (N.S.), 21581, leave to appeal refused with costs, 7.12.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Winfield Developments Ltd. v. City of Winnipeg* (Man.), 21521, leave to appeal refused with costs, 26.10.89, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

# TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Air Canada v. British Columbia (Re-hearing) .....	1067	Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), Alberta Government Telephones v. ....	225
Alberta Association of Architects, Chandler v. ....	848	Canada (Employment and Immigration Commission), Tétreault-Gadoury v. (Motion).....	1110
Alberta (Attorney General), Edmonton Journal v. ....	1326	Canada (Minister of Energy, Mines and Resources), Canada (Auditor General) v.....	49
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) .....	225	Canadian National Railway Co., Oregon Jack Creek Indian Band v.....	1069
Alberta Government Telephones, IBEW v.....	318	Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia (Re-hearing) .....	1067
Arthur D. Little Inc. v. Coopers & Lybrand (Application).....	981	Cassidy, R. v.....	345
Attorney General see also “Canada” or the name of province		Chandler v. Alberta Association of Architects .....	848
		Chartwell Shipping Ltd., Q.N.S. Paper Co. v.....	683
		Commission see also “Canada” or the name of province	
		Coopérative fédérée du Québec, Hémond v. ....	962
		Coopers & Lybrand (Application), Arthur D. Little Inc. v. ....	981
<b>B</b>			
Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng .....	429	Côté v. Marmon Group of Canada Inc.....	419
Black, R. v. ....	138	Côté Estate (Motion), Neveu v. ....	342
British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd....	24	Cumis Insurance Society Inc., Lejeune v. ....	1048
British Columbia, Just v.....	1228		
British Columbia (Re-hearing), Air Canada v. ....	1067	<b>D</b>	
British Columbia (Re-hearing), Canadian Pacific Air Lines Ltd. v.....	1067	D. (G.C.), R. v. ....	878
British Columbia v. Oregon Jack Creek Indian Band .....	1069	D. (L.E.), R. v. ....	111
Buttar, R. v. ....	1429	Daigle, Tremblay v. ....	530
		Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc. ....	419
		Debot, R. v. ....	1140
		Docherty, R. v. ....	941
<b>C</b>			
Caimaw v. Paccar of Canada Ltd. ....	983	<b>E</b>	
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) .....	49	Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) .	1326
Canada (Canadian Human Rights Commission), Syndicat des employés de production du Québec et l’Acadie v.....	879	E lance Steel Fabricating Co., Falk Bros. Industries Ltd. v. ....	778



	PAGE		PAGE
<b>F</b>		Lejeune v. Cumis Insurance Society Inc. ....	1048
Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co. ....	778	<b>M</b>	
<b>G</b>		M. (S.H.), R. v. ....	446
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General) .....	167	MacKay v. Manitoba .....	357
<b>H</b>		MacKeigan v. Hickman .....	796
Hall, R. v. ....	1117	Manitoba, MacKay v. ....	357
Hare, R. v. ....	1065	Manolakos, Rothfield v. ....	1259
Hearn, R. v. ....	1180	Marmon Group of Canada Inc., Côté v. ....	419
Hémond v. Coopérative fédérée du Québec .....	962	Minister see also "Canada" or the name of province	
Henfrey Samson Belair Ltd., British Columbia v. ....	24	Moose Jaw (City), Saskatchewan (Human Rights Commission) v. ....	1317
Hickman, MacKeigan v. ....	796	<b>N</b>	
<b>I</b>		Nelles v. Ontario .....	170
IBEW v. Alberta Government Telephones .....	318	Neveu v. Côté Estate (Motion) .....	342
International Corona Resources Ltd., Lac Minerals Ltd. v. ....	574	Nova Scotia (Attorney-General) v. Nova Scotia (Royal Commission Into Marshall Prosecution) .....	788
Ionson, R. v. ....	1073	Nova Scotia (Royal Commission Into Marshall Prosecution), Nova Scotia (Attorney General) v. ....	788
<b>J</b>		Nygaard, R. v. ....	1074
Just v. British Columbia .....	1228	<b>O</b>	
<b>K</b>		Office see also "Canada" or the name of province	
Kuet Leong Ng, Bank of Montreal v. ....	429	Olafson, Watkins v. ....	750
<b>L</b>		Ontario, Nelles v. ....	170
L. (J.E.), R. v. ....	510	Oregon Jack Creek Indian Band, British Columbia v. ....	1069
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. ....	574	Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co. ....	1069
Leaney, R. v. ....	393	<b>P</b>	
Lee, R. v. ....	1384	Paccar of Canada Ltd., Caimaw v. ....	983
		Paul-Émile Martel Inc., Dallaire v. ....	419
		Pinske, R. v. ....	979
		Protestant School Board of Greater Montreal v. Quebec (Attorney General) .....	167
		Provo, R. v. ....	3

	PAGE		PAGE
<b>Q</b>		<b>S</b>	
Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.....	683	Sarvaria, R. v. ....	1118
Quebec (Attorney General), Greater Montreal Protestant School Board v.....	167	Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Moose Jaw (City) .....	1317
Queen see also "R."		Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City) .....	1297
		Saskatoon (City), Saskatchewan (Human Rights Commission) v. ....	1297
		Scarff v. Wilson .....	776
		Schimmens, R. v. ....	1074
		Smith (Joey Leonard), R. v. ....	368
		Smith (Michael Harold), R. v. ....	1120
		St. John's Metropolitan Area Board, Tock v. ....	1181
		Stensrud, R. v. ....	1115
		Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission) .....	879
		Szlovak, R. v. ....	1114
<b>R</b>		<b>T</b>	
R. v. Black .....	138	The Queen see also "R."	
R. v. Buttar .....	1429	Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission) (Motion) .....	1110
R. v. Cassidy .....	345	Tock v. St. John's Metropolitan Area Board .....	1181
R. v. D. (G.C.) .....	878	Tremblay v. Daigle .....	530
R. v. D. (L.E.) .....	111		
R. v. Debot .....	1140	<b>U</b>	
R. v. Docherty .....	941	Union see also under abbreviated name	
R. v. Hall .....	1117		
R. v. Hare .....	1065	<b>W</b>	
R. v. Hearn .....	1180	Watkins v. Olafson .....	750
R. v. Ionson .....	1073	Wilson, Scarff v. ....	776
R. v. L. (J.E.) .....	510		
R. v. Leaney .....	393		
R. v. Lee .....	1384		
R. v. M. (S.H.) .....	446		
R. v. Nygaard .....	1074		
R. v. Pinske .....	979		
R. v. Provo .....	3		
R. v. Sarvaria .....	1118		
R. v. Schimmens .....	1074		
R. v. Smith (Joey Leonard) .....	368		
R. v. Smith (Michael Harold) .....	1120		
R. v. Stensrud .....	1115		
R. v. Szlovak .....	1114		
Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.) (Application to intervene) .....	335		
Rothfield v. Manolakos .....	1259		



## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Air Canada c. Colombie-Britannique (Nouvelle audition) .....	1067	Cassidy, R. c.....	345
Alberta Association of Architects, Chandler c. ....	848	Chandler c. Alberta Association of Architects .....	848
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) .....	225	Chartwell Shipping Ltd., Q.N.S. Paper Co. c.....	683
Alberta Government Telephones, FIOE c.....	318	Colombie-Britannique c. Bande indienne Oregon Jack Creek.....	1069
Alberta (Procureur général), Edmonton Journal c.	1326	Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.....	24
Arthur D. Little Inc. c. Coopers & Lybrand (Demande) .....	981	Colombie-Britannique, Just c. ....	1228
<b>B</b>		Colombie-Britannique (Nouvelle audition), Air Canada c.....	1067
Bande indienne Oregon Jack Creek, Colombie-Britannique c.....	1069	Colombie-Britannique (Nouvelle audition), Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c... ..	1067
Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada .....	1069	Commission des écoles protestantes du Grand Montréal c. Québec (Procureur général) .....	167
Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng .....	429	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Black, R. c. ....	138	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Bande indienne Oregon Jack Creek c.....	1069
Buttar, R. c.....	1429	Coopérative fédérée du Québec, Hémond c. ....	962
<b>C</b>		Coopers & Lybrand (Demande), Arthur D. Little Inc. c. ....	981
Caimaw c. Paccar of Canada Ltd. ....	983	Côté c. Marmon Group of Canada Inc.....	419
Canada (Commission canadienne des droits de la personne), Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c.....	879	Cumis Insurance Society Inc., Lejeune c. ....	1048
Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration), Tétreault-Gadoury c. (Requête).....	1110	<b>D</b>	
Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), Alberta Government Telephones c.....	225	D. (G.C.), R. c. ....	878
Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources), Canada (Vérificateur général) c.....	49	D. (L.E.), R. c. ....	111
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) .....	49	Daigle, Tremblay c. ....	530
<b>D</b>		Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc. ....	419
		Debot, R. c. ....	1140
		Docherty, R. c. ....	941
		<b>E</b>	
		Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général). .....	1326
		E lance Steel Fabricating Co., Falk Bros. Industries Ltd. c. ....	778

	PAGE		PAGE
<b>F</b>			
Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co. ....	778	Leaney, R. c. ....	393
FIOE c. Alberta Government Telephones.....	318	Lee, R. c. ....	1384
		Lejeune c. Cumis Insurance Society Inc. ....	1048
		Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique (Nouvelle audition)....	1067
<b>G</b>		<b>M</b>	
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général) .....	167	M. (S.H.), R. c.....	446
		MacKay c. Manitoba .....	357
		MacKeigan c. Hickman .....	796
		Manitoba, MacKay c. ....	357
		Manolacos, Rothfield c. ....	1259
		Marmon Group of Canada Inc., Côté c.....	419
		Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province	
		Moose Jaw (Ville), Saskatchewan (Human Rights Commission) c. ....	1317
<b>H</b>		<b>N</b>	
Hall, R. c. ....	1117	Nelles c. Ontario .....	170
Hare, R. c. ....	1065	Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Nouvelle-Écosse (Royal Commission Into Marshall Prosecution) .....	788
Hearn, R. c. ....	1180	Nouvelle-Écosse (Royal Commission Into Marshall Prosecution), Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. ....	788
Hémond c. Coopérative fédérée du Québec .....	962	Neveu c. Succession Côté (Requête) .....	342
Henfrey Samson Belair Ltd., Colombie-Britannique c. ....	24	Nygaard, R. c.....	1074
Hickman, MacKeigan c. ....	796		
		<b>O</b>	
		Office voir aussi «Canada» ou nom de la province	
		Olafson, Watkins c. ....	750
		Ontario, Nelles c. ....	170
<b>I</b>		<b>P</b>	
International Corona Resources Ltd., Lac Minerals Ltd. c. ....	574	Paccar of Canada Ltd., Caimaw c. ....	983
Ionson, R. c. ....	1073	Paul-Émile Martel Inc., Dallaire c. ....	419
		Pinske, R. c.....	979
		Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
		Provo, R. c. ....	3
<b>J</b>			
Just c. Colombie-Britannique .....	1228		
<b>K</b>			
Kuet Leong Ng, Banque de Montréal c. ....	429		
<b>L</b>			
L. (J.E.), R. c. ....	510		
Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd. ....	574		
La Reine voir aussi «R.»			

Q	PAGE	S	PAGE
Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.....	683	Sarvaria, R. c. ....	1118
Québec (Procureur général), Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c.....	167	Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Moose Jaw (Ville).....	1317
<b>R</b>		Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville).....	1297
R. c. Black.....	138	Saskatoon (Ville), Saskatchewan (Human Rights Commission) c.....	1297
R. c. Buttar.....	1429	Scarff c. Wilson.....	776
R. c. Cassidy.....	345	Schimmens, R. c. ....	1074
R. c. D. (G.C.).....	878	Smith (Joey Leonard), R. c. ....	368
R. c. D. (L.E.).....	111	Smith (Michael Harold), R. c. ....	1120
R. c. Debot.....	1140	St. John's Metropolitan Area Board, Tock c. ....	1181
R. c. Docherty.....	941	Stensrud, R. c.....	1115
R. c. Hall.....	1117	Succession Côté (Requête), Neveu c. ....	342
R. c. Hare.....	1065	Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission cana- dienne des droits de la personne).....	879
R. c. Hearn.....	1180	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R. c. Ionson.....	1073	Szlovak, R. c.....	1114
R. c. L. (J.E.).....	510	<b>T</b>	
R. c. Leaney.....	393	Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration) (Requête).....	1110
R. c. Lee.....	1384	Tock c. St. John's Metropolitan Area Board.....	1181
R. c. M. (S.H.).....	446	Tremblay c. Daigle.....	530
R. c. Nygaard.....	1074	<b>W</b>	
R. c. Pinske.....	979	Watkins c. Olafson.....	750
R. c. Provo.....	3	Wilson, Scarff c. ....	776
R. c. Sarvaria.....	1118		
R. c. Schimmens.....	1074		
R. c. Smith (Joey Leonard).....	368		
R. c. Smith (Michael Harold).....	1120		
R. c. Stensrud.....	1115		
R. c. Szlovak.....	1114		
Reine voir aussi «R.»			
Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.) (Demande d'intervention).....	335		
Rothfield c. Manolakos.....	1259		



# TABLE OF CASES CITED

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
Acrecrest Ltd. v. W. S. Hattrell & Partners (a firm) .....	[1983] 1 All E.R. 17 .....	1271
Agnew v. Ontario Association of Architects .....	(1987), 64 O.R. (2d) 8 .....	830
Air Canada v. British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 1161 .....	669
Air Canada v. Carson .....	[1985] 1 F.C. 209 .....	1313
Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes .....	[1989] 2 R.C.S. 225 .....	322, 332
Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission .....	[1989] 2 S.C.R. 225 .....	322, 332
Allard v. Monette .....	(1927), 66 C.S. 291 .....	561
Allen v. Gulf Oil Refining Ltd. ....	[1981] 1 All E.R. 353 .....	1225
Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd. ....	[1953] Q.B. 241 .....	1053
Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario, Re .....	(1986), 55 O.R. (2d) 522 .....	1382
American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B. ....	395 F.2d 622, (1968) .....	1012
American Ship Bldg. Co. v. Labor Board .....	380 U.S. 300 (1965) .....	1012
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd. ....	[1978] 2 S.C.R. 229 .....	759
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	924, 1382
Anns v. Merton London Borough Council .....	[1978] A.C. 728, 1235, 1252, 1266, 1285, 1293	
Argosy Marine Co. c. Le V/M «Jeannot D» .....	[1970] R.C. de l'É. 351 .....	710
Argosy Marine Co. v. SS "Jeannot D" .....	[1970] Ex. C.R. 351 .....	710
Arif v. City of Fredericton .....	(1986), 77 N.B.R. (2d) 34 .....	1201
Aris Steamship Co. v. Associated Metals & Minerals Corp. ....	[1980] 2 S.C.R. 322 .....	742
Arnold v. Teno .....	[1978] 2 S.C.R. 287 .....	765
Arrow Transfer Co. ....	[1974] 1 Can. L.R.B.R. 29 .....	263
Ashby v. White .....	(1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126 .....	767
Asoka Kumar David v. Abdul Cader .....	[1963] 3 All E.R. 579 .....	210
Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale c. Air Canada .....	Unreported/Inédit, Conseil canadien des rela- tions du travail, 18 Janvier 1988 .....	1012
Assurance-automobile—9 .....	[1984] C.A.S. 489 .....	562
Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B. ....	660 F.2d 304 (1981) .....	1012
Attorney-General v. T .....	(1983), 46 A.L.R. 275 .....	568



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Attorney-General for British Columbia v. Royal Bank of Canada and Island Amusement Co.....	[1937] 1 W.W.R. 273.....	305
Attorney-General for Ontario v. Winner.....	[1954] A.C. 541.....	257
Attorney General of British Columbia v. Smith.....	[1967] S.C.R. 702.....	475
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia.....	[1982] 2 S.C.R. 307.....	810
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre.....	[1982] 1 S.C.R. 175.....	1338, 1361
Attorney General of Quebec v. Labrecque.....	[1980] 2 S.C.R. 1057.....	969
Attorney General of Quebec v. Udeco Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 502.....	907
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada.....	[1979] 1 S.C.R. 218.....	793, 835
Auger v. Société Asbestos Ltée.....	Unreported/Inédit, S.C. Frontenac No. 235-05-000394-82, January 25, 1984.....	967
Avon v. The Queen.....	[1971] S.C.R. 650.....	418
<b>B</b>		
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd. ....	[1986] 1 S.C.R. 228.....	1287
Baby R, Re.....	(1988), 15 R.F.L. (3d) 225.....	569
Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd. ....	[1966] S.C.R. 282.....	1019
Bamford v. Turnley.....	(1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27.....	1191
Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd. ....	(1971), 24 D.L.R. (3d) 13.....	309
Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corp. (The Halcyon Isle).....	[1981] A.C. 221.....	721
Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 R.C.S. 1061.....	46
Barratt v. District of North Vancouver.....	[1980] 2 S.C.R. 418.....	1237, 1251
Barrisove v. McDonald.....	Unreported/Inédit, B.C.C.A., No. 490/74, November 1, 1974.....	217
Bates v. Lord Hailsham.....	[1972] 1 W.L.R. 1373.....	895
Beauregard v. Canada.....	[1986] 2 S.C.R. 56.....	825
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	489
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	489
Bhinder v. Canadian National Railway Co.....	[1985] 2 S.C.R. 561.....	1307
Bibeault v. McCaffrey.....	[1984] 1 S.C.R. 176.....	1015
Bishop v. Town of Gander.....	(1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310.....	1197
Blanchard v. Control Data Canada Ltd. ....	[1984] 2 S.C.R. 476.....	902, 1003, 1018
Blessing v. United States.....	447 F.S. 1160.....	1239
Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King.....	[1916] 1 A.C. 566.....	292
Borowski c. Canada (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 342.....	541, 571
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	541, 571
Bosada v. Pinos.....	(1984), 44 O.R. (2d) 789.....	195, 212
Boucher v. The Queen.....	[1955] S.C.R. 16.....	192
Bow, McLachlan and Co. v. The Ship "Camosun".....	(1908), 40 S.C.R. 418.....	723
Bridges & Salmon, Ltd. v. The "Swan".....	[1968] 1 Lloyd's Rep. 5.....	699, 711
British Columbia Development Corp. v. Friedmann, Ombudsman....	[1984] 2 S.C.R. 447.....	104

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Railway Co. ....	[1932] S.C.R. 161.....	261
British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council.....	Unreported/Inédit, British Columbia Court of Appeal, May 24, 1988 .....	1016
British Railways Board v. Pickin.....	[1974] A.C. 765 .....	87
Brooks v. The King .....	[1927] S.C.R. 633.....	399
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne) .....	[1988] 2 S.C.R. 279 .....	1313
Brouillette v. Canadian Human Rights Commission .....	(1986), 86 N.R. 393 .....	906
Burns v. Kelly Peters & Associates Ltd.....	(1987), 41 D.L.R. (4th) 577 .....	661
Butkans v. The Queen .....	[1972] 4 W.W.R. 262.....	954
Buysse v. Shelburne .....	(1984), 28 C.C.L.T. 1.....	1221

## C

C. v. S.....	[1987] 1 All E.R. 1230.....	568
Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480 .....	(1985), 11 CLRBR (NS) 68 .....	1012
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley .....	[1974] S.C.R. 592.....	435
Canadian Air Line Pilots Association v. Air Canada, Montreal, Quebec .....	(1977), 24 di 203.....	1037
Canadian Broadcasting Corporation v. The Queen .....	[1983] 1 S.C.R. 339 .....	294
Canadian Equipment Sales & Service Co. v. Continental Insurance Co. ....	(1975), 59 D.L.R. (3d) 333 .....	782
Canadian General Electric Co. v. Pickford & Black Ltd.....	[1972] S.C.R. 52.....	724
Canadian Industries Ltd. v. Development Appeal Board of Edmonton.....	(1969), 71 W.W.R. 635 .....	875
Canadian Motorways Ltd. v. Laidlaw Motorways Ltd.....	[1974] S.C.R. 675.....	494
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) .....	[1987] 1 S.C.R. 1114 .....	914
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 122.....	1347, 1364, 1374
Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada .....	(1982), 36 O.R. (2d) 229 .....	262
Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri.....	[1962] S.C.R. 609.....	1009
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227 .....	488, 1003
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne .....	[1978] 2 R.C.S. 141 .....	259
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission .....	[1978] 2 S.C.R. 141 .....	259
Car & General Insurance Corp. v. Therrien .....	[1969] Q.B. 144 .....	1055
Carey v. Ontario.....	[1986] 2 S.C.R. 637 .....	795, 843
Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n .....	(1983), 4 CLRBR (NS) 320 .....	996, 1040
Cashin c. Société Radio-Canada .....	[1984] 2 C.F. 209 .....	901, 916
Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1984] 2 F.C. 209 .....	901, 916
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147 .....	664
Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit.....	398 U.S. 74 (1970) .....	812
Charette v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 785 .....	1092

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd...	[1981] Ch. 105.....	649
Children's Aid Society for the District of Kenora and J.L., Re .....	(1981), 134 D.L.R. (3d) 249 .....	570
Children's Aid Society of the City of Belleville and T, Re .....	(1987), 59 O.R. (2d) 204 .....	569
Cité de Jonquière v. Munger.....	[1964] S.C.R. 45.....	871
City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.....	(1981), 127 D.L.R. (3d) 436 .	1216, 1221, 1225
City of Kamloops v. Nielsen .....	[1984] 2 S.C.R. 2 .....	1235, 1250, 1266, 1285, 1292
City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co. ....	[1923] S.C.R. 652.....	90
City of Manchester v. Farnworth .....	[1930] A.C. 171 .....	1195, 1212, 1224
City of Montreal v. Montreal Street Railway .....	[1912] A.C. 333 .....	257
City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.....	(1963), 45 W.W.R. 513 .....	1193, 1216
City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.....	[1966] S.C.R. 150.....	1224
City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada.....	[1905] A.C. 52 .....	258
City of Winnipeg and Ogelski, Re.....	(1986), 31 D.L.R. (4th) 161 .....	1312
Clarkson v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 383 .....	152, 376, 388, 1410
Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belle- ville, Re .....	(1976), 75 D.L.R. (3d) 33.....	830
Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.....	[1969] R.P.C. 41 .....	612, 635
Coggs v. Bernard .....	(1703), 2 Ld. Raym. 909, 92 E.R. 107 .....	714
Colpitts v. The Queen .....	[1965] S.C.R. 739 .....	399, 416
Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Mac- Donald Tobacco Inc.....	[1981] 1 R.C.S. 401 .....	904
Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke .....	[1982] 1 R.C.S. 202 .....	1304, 1319
Conroy v. Peden .....	(1921), 32 K.B. 476 .....	739
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum .....	[1979] 1 R.C.S. 754 .....	257
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission .....	[1979] 1 S.C.R. 754 .....	257
Corning Glass Works v. Brennan .....	417 U.S. 188 (1974) .....	925
Courville v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 847 .....	355
Crooke's Case .....	(1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540 .....	284
Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood .....	[1967] 1 W.L.R. 1421 .....	604, 659
Curran v. Northern Ireland Co-Ownership Housing Association Ltd.....	[1987] A.C. 718 .....	1274
Curry v. Dargie .....	(1984), 28 C.C.L.T. 93 .....	179, 207

## D

D. S. Ashe Trucking Ltd. v. Dominion Insurance Corp.....	(1966), 55 W.W.R. 321 .....	785
Dagg and Ontario Human Rights Commission, Re .....	(1979), 102 D.L.R. (3d) 155 .....	900
Dashchuk Lumber Ltd. v. Proman Projects Ltd.....	(1987), 59 Sask. R. 193.....	783
Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd. ....	[1980] 1 S.C.R. 1182 .....	42
De Lovio v. Boit .....	7 F. Cas. 418 (1815) .....	722
Dehler v. Ottawa Civic Hospital .....	(1979), 101 D.L.R. (3d) 686 .....	568
Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board .....	[1985] 1 S.C.R. 785 .....	32, 343
Dennis v. Charnwood Borough Council.....	[1982] 3 All E.R. 486.....	1294
Deputy Minister of Revenue v. Rainville.....	[1980] 1 S.C.R. 35 .....	31, 46
Deslauriers Construction Products Ltd., Re.....	(1970), 3 O.R. 599 .....	41
Devine c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 790 .....	707

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Devine v. Quebec (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 790 .....	707
Di Iorio v. Warden of Montreal Jail .....	[1978] 1 S.C.R. 152 .....	834
Diamond v. Hirsch .....	Unreported/Inédit, Man. Q.B., July 6, 1989 .....	569
Diplock's Estate, Re .....	[1948] Ch. 465; [1948] 2 All E.R. 318 .....	46
Director of Public Prosecutions v. Boardman .....	[1975] A.C. 421 .....	120
District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd. ....	[1965] S.C.R. 377 .....	1215
Doe v. Doe .....	314 N.E.2d 128 (1974) .....	572
Donnelly v. The King .....	(1947), 89 C.C.C. 237 .....	1097
Donoghue v. Stevenson .....	[1932] A.C. 562 .....	1286
Downing and Graydon, Re .....	(1978), 92 D.L.R. (3d) 355 .....	901, 933
Dowson & Mason Ltd. v. Potter .....	[1986] 2 All E.R. 418 .....	618
Drew Brown Ltd. c. Le navire "Orient Trader" .....	[1974] R.C.S. 1286 .....	724
Droste v. The Queen .....	[1984] 1 S.C.R. 208 .....	1084
Dubois v. The Queen .....	Unreported/Inédit, S.C.C., No. 18608, June 28, 1984 .....	1113
Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works .....	(1872), 41 L.J. Ex. 137 .....	830
Duval v. Seguin .....	[1972] 2 O.R. 686 .....	569

## E

Earl of Bedford's Case .....	(1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421 .....	569
Eccles v. Bourque .....	[1975] 2 S.C.R. 739 .....	831, 1156
Elliot v. Lord Joicey .....	[1935] A.C. 209 .....	569
Elliott v. The Queen .....	[1978] 2 S.C.R. 393 .....	19
Employment and Immigration Commission v. MacDonald Tobacco Inc. ....	[1981] 1 S.C.R. 401 .....	904
Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz v. Habitations C.J.C. Inc. ....	[1986] R.J.Q. 2671 .....	440
États-Unis d'Amérique c. Shephard .....	[1977] 2 R.C.S. 1067 .....	1065
Evans Products Co. v. Interstate Commerce Commission .....	729 F.2d 1107 (1984) .....	746

## F

F (in utero), Re .....	[1988] 2 W.L.R. 1288 .....	570
F. v. F. ....	Unreported/Inédit, Fam. Ct. Australia, July 12, 1989 .....	568
Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth ...	(1980), 40 N.S.R. (2d) 313 .....	1221
Fairway Life & Marine Insurance Ltd. v. Susan Darlene (The) .....	[1987] 2 F.C. 547 .....	726
Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd. ....	[1974] S.C.R. 933 .....	725
Family and Children's Services v. P. B. and M. B. ....	(1985), 49 R.F.L. (2d) 55 .....	830
Farr Inc. v. Tourloti Compania Naviera S.A. ....	[1985] 1 F.C. D-43 .....	732
Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) .....	[1988] 1 S.C.R. 1061 .....	46
Federal Wire and Cable Co., Re .....	(1960), 3 Steelworkers Arbitration Cases 276 .....	974
Fenn v. City of Peterborough .....	(1979), 25 O.R. (2d) 399 .....	766
Fitzgerald v. Casualty Co. of Canada .....	(1981), 31 Nfld. & P.E.I.R. 521 .....	783

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Florence Realty Co. v. The Queen .....	[1968] S.C.R. 42.....	627
Ford v. Quebec (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 712 .....	1339
Ford v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 231 .....	948
Fournier v. Canadian National Railway Co. ....	[1927] A.C. 167 .....	759
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99 .....	598, 644
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455 .....	1373
Fraser Edmunston Pty. Ltd. v. A.G.T. (Qld) Pty. Ltd.....	Unreported/Inédit, Queensland S.C., June 3, 1986.....	668
Fulton v. Energy Resources Conservation Board.....	[1981] 1 S.C.R. 153 .....	265

## G

G. v. R.....	[1977] C.A. 130 .....	121
Gannett Co. v. DePasquale .....	443 U.S. 368 (1979).....	1338, 1359
Gartland Steamship Co. v. The Queen .....	[1960] S.C.R. 315 .....	285
Gatewhite Ltd. v. Iberia Lineas Aereas de Espana SA .....	[1989] 1 All E.R. 944 .....	725
Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir .....	(1878), 3 App. Cas. 430.....	1193, 1207
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet.....	[1977] 2 S.C.R. 537 .....	968
General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. ....	[1975] 2 All E.R. 173 .....	619
German v. Major .....	(1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270.....	180, 212
Giguère v. Colas .....	(1915), 48 C.S. 198 .....	439
Girardet v. Crease & Co. ....	(1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361.....	597, 647
Glengoil Steamship Co. v. Pilkington .....	(1897), 28 S.C.R. 146 .....	728
Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada, Re..	(1984), 5 D.L.R. (4th) 634 .....	1374
Golten Marine Co. v. World Tide Shipping Corp. ....	1975 A.M.C. 160 .....	747
Goodbody v. Bank of Montreal .....	(1974), 47 D.L.R. (3d) 335 .....	650
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.....	[1956] S.C.R. 610.....	1019
Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne...	[1971] S.C.R. 997.....	299
Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co. ....	[1985] 1 A.C. 210 .....	1285, 1295
Graat v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 819 .....	409
Grand Bahama Petroleum Co. v. Canadian Transportation Agen- cies, Ltd.....	450 F. Supp. 447 (1978) .....	723
Gregoire v. Biddle .....	177 F.2d 579 (1949).....	212, 222
Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration .....	[1972] R.C.S. 577 .....	860, 870
Grillas v. Minister of Manpower and Immigration .....	[1972] S.C.R. 577 .....	860, 870
Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph.....	(1914), 18 D.L.R. 73 .....	1211
Guerin v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 335 .....	596, 644
Guillemette v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 356.....	21
Guillemette v. The Queen .....	Unreported/Inédit, S.C.C., No. 18145, March 6, 1984 .....	1113

## H

Hammerling v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 905.....	13
Hammersmith and City Railway Co. v. Brand .....	(1869), 38 L.J.Q.B. 265 .....	1206
Harelkin c. Université de Regina .....	[1979] 2 R.C.S. 561.....	92
Harelkin v. University of Regina.....	[1979] 2 S.C.R. 561.....	92

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Harmatiuk v. Pasqua Hospital .....	(1982), 4 C.H.R.R. D/1177 .....	930
Hebert v. The Queen .....	[1955] S.C.R. 120.....	1097
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.....	[1964] A.C. 465 .....	1287
Henly v. Mayor of Lyme .....	(1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.....	210
Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission .....	[1978] 1 S.C.R. 61 .....	268, 329
Hester v. MacDonald .....	[1961] S.C. 370.....	190
Heydon's Case.....	(1584), 3 Co. Rep. 7a; 76 E.R. 637.....	1375
Hicks v. Faulkner.....	(1878), 8 Q.B.D. 167 .....	193
Hill v. Peter Gorman Ltd.....	(1957), 9 D.L.R. (2d) 124.....	996
Hogan v. Kolisnyk.....	[1983] 3 W.W.R. 481 .....	786
Holt Renfrew and Co. v. Henry Singer Ltd.....	[1982] 4 W.W.R. 481 .....	743
Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.....	(1984), 55 A.L.R. 417 .....	596, 644
Huneault c. Société centrale d'hypothèques et de logement .....	(1981), 41 N.R. 214 .....	862, 869
Huneault v. Central Mortgage and Housing Corp.....	(1981), 41 N.R. 214 .....	862, 869
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	154, 1152, 1345, 1363,1376
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 426 .....	673

## I

IBEW v. Alberta Government Telephones.....	[1989] 2 S.C.R. 318 .....	236
Imbler v. Pachtman .....	424 U.S. 409 (1976) .....	178, 211, 222
In re Coomber .....	[1911] 1 Ch. 723 .....	670
In re Silver Bros., Ltd. ....	[1932] A.C. 514 .....	272
In re St. Nazaire Co. ....	(1879), 12 Ch. D. 88.....	860
In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit .....	783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986) .....	813, 842
Indian Towing Co. ....	350 U.S. 61 (1955) .....	1242
Instituto Cubano de Estabilizacion del Azucar v. The SS Theotokos.....	155 F. Supp. 945 (1957) .....	747
Inter City Glass Co. v. Attorney General of British Columbia .....	Unreported/Inédit, British Columbia Supreme Court, January 24, 1986 .....	1005
International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Air Canada .....	Unreported/Inédit, Canada Labour Relations Board, January 18, 1988 .....	1012
Inverness Railway and Coal Co. v. Jones .....	(1908), 40 S.C.R. 45 .....	728
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	1350, 1374
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. ....	[1986] 1 S.C.R. 752 .....	692, 694, 705

## J

Janet Estate and Kallos v. Saskatchewan Government Insurance.....	(1984), 30 Sask. R. 185.....	783
Joel v. Morison.....	(1834), 6 Car. & P. 501, 172 E.R. 1338.....	707
John Deere Plow Co. v. Wharton .....	[1915] A.C. 330 .....	571
John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada .....	[1962] S.C.R. 487.....	41
Jones v. Smith .....	278 So.2d 239 (1973) .....	572

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>K</b>		
K. v. K.....	[1933] 3 W.W.R. 351.....	569
Karavos v. Toronto .....	[1948] 3 D.L.R. 294.....	876
Keech v. Sandford.....	(1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223...	663
Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board .....	[1940] 1 K.B. 319.....	1251
Kent v. United States .....	383 U.S. 541 (1966).....	476
Kienapple v. The Queen .....	[1975] 1 S.C.R. 729.....	12
Knowles' Trial.....	(1692), 12 How. St. Tr. 1167.....	828, 840
Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique.....	[1974] R.C.S. 955.....	258
Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.....	[1974] S.C.R. 955.....	258
Korponay c. Procureur général du Canada .....	[1982] 1 R.C.S. 41 .....	1409
Korponay v. Attorney General of Canada.....	[1982] 1 S.C.R. 41 .....	1409
<b>L</b>		
Labelle v. Canada (Treasury Board).....	(1987), 76 N.R. 222 .....	906
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.....	[1949] A.C. 134 .....	908
Lachance v. Carey Canada Inc.....	D.T.E. 84T-53 .....	967
Landreville v. The Queen .....	[1977] 2 F.C. 726 .....	812
Lange v. Board of School Trustees of School District No. 42 (Maple Ridge).....	(1978), 9 B.C.L.R. 232 .....	863, 874
Langlois v. Meunier.....	[1973] C.S. 301.....	562
Latif v. Canadian Human Rights Commission.....	[1980] 1 F.C. 687 .....	914
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City).....	[1989] 1 S.C.R. 705 .....	1235
Lavoie v. Cité de Rivière-du-Loup.....	[1955] C.S. 452.....	562
Law Society of Upper Canada v. Skapinker .....	[1984] 1 S.C.R. 357 .....	341
Levesque v. Picard .....	(1985), 66 N.B.R. (2d) 87.....	179, 212
Lewis v. Grand Trunk Pacific Railway Co.....	(1913), 13 D.L.R. 152.....	867
Lewis v. Todd.....	[1980] 2 S.C.R. 694 .....	759
Liquid Veneer Co. v. Scott.....	(1912), 29 R.P.C. 639 .....	657
Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board.....	442 F.2d 742 (1971).....	1039
Lodger's International Ltd. v. O'Brien .....	(1983), 45 N.B.R. (2d) 342 .....	869
London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman.....	(1885), 11 App. Cas. 45.....	1211
London Passenger Transport Board v. Upson.....	[1949] A.C. 155 .....	1251
Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engi- neers, Local 115 .....	(1985), 68 B.C.L.R. 338 .....	1002
Lubbock Feed Lots, Inc. v. Iowa Beef Processors Inc.....	630 F.2d 250 (1980).....	746
Lui Mei Lin v. The Queen .....	[1989] 1 A.C. 288.....	1095
Luscar Collieries Ltd. v. McDonald.....	[1925] S.C.R. 460.....	258
<b>M</b>		
M. Hodge and Sons Ltd. v. Monaghan.....	(1983), 43 Nfld. & P.E.I.R. 162 .....	867
MacBain v. Lederman.....	[1985] 1 F.C. 856 .....	912

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
MacDonald v. City of Montreal .....	[1986] 1 S.C.R. 460 .....	458
Madill v. Lirette .....	[1987] R.J.Q. 993 .....	1055
Mahoney v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 834 .....	399
Makin v. Attorney-General for New South Wales .....	[1894] A.C. 57 .....	121
Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia .....	[1988] 2 S.C.R. 650 .....	774
Marrero v. City of Hialeah .....	625 F.2d 499 (1980) .....	188
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui .....	[1980] 1 R.C.S. 602 .....	896
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board .....	[1980] 1 S.C.R. 602 .....	896
McCrea v. White Rock .....	[1975] 2 W.W.R. 593 .....	1271
McDonald v. Rankin .....	(1890), 7 M.L.R. 44 .....	439
McErlean v. Sarel .....	(1987), 61 O.R. (2d) 396 .....	759
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough .....	[1976] 1 S.C.R. 718 .....	975, 1006, 1043
McKinley v. McKinley .....	[1960] 1 All E.R. 476 .....	830
McPherson v. McPherson .....	[1936] A.C. 177 .....	1365
Medhurst v. Medhurst .....	(1984), 9 D.L.R. (4th) 252 .....	569
Mersey Docks Harbour Board v. Turner (The "Zeta") .....	[1893] A.C. 468 .....	695
Metropolitan Asylum District v. Hill .....	(1881), 6 App. Cas. 193 .....	1208
Mezzo v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 802 .....	1065, 1117
Micosta S.A. v. Shetland Islands Council .....	[1986] S.L.T. 193 .....	711
Miida Electronics Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. ....	[1982] 1 F.C. 406 .....	713
Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc. ....	[1987] 4 W.W.R. 279 .....	1382
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863 .....	1126
Mills v. The Queen .....	Unreported/Inédit, S.C.C., No. 17818, November 24, 1983, .....	1113
Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand .....	[1979] 1 S.C.R. 495 .....	905
Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes, Ltd. ....	[1947] A.C. 109 .....	492
Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand .....	[1979] 1 R.C.S. 495 .....	905
Minto Construction Ltd. v. Gerling Global General Insurance Co. ....	(1978), 86 D.L.R. (3d) 147 .....	782
Miranda v. Arizona .....	384 U.S. 436 .....	389
Mitchell v. John Heine and Son Ltd. ....	(1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466 .....	194
Mock v. Brandanburg .....	(1988), 61 Alta. L.R. (2d) 235 .....	572
Montreal Tramways Co. v. Léveillé .....	[1933] S.C.R. 456 .....	560
Morgentaler v. The Queen .....	[1976] 1 S.C.R. 616 .....	550
Morier v. Rivard .....	[1985] 2 S.C.R. 716 .....	216, 221
Morris v. The Queen .....	[1983] 2 S.C.R. 190 .....	120
Mostyn v. Fabrigas .....	(1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021 .....	210
Moxness v. Saskatchewan Government Insurance Office .....	[1977] 3 W.W.R. 393 .....	785
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon .....	[1982] 2 S.C.R. 161 .....	42
Muschinski v. Dodds .....	(1985), 160 C.L.R. 583 .....	677

## N

N. & J. Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The "Santa Carina") .....	[1977] 1 Lloyd's Rep. 478 .....	699, 711
N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd. ....	[1986] R.D.J. 164 .....	443
N.L.R.B. v. Cone Mills Corp. ....	373 F.2d 595 (1967) .....	1012
N. M. Paterson & Sons Ltd. v. Mannix Ltd. ....	[1966] S.C.R. 180 .....	728



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
National Juice Co. v. Dominion Insurance Co.....	(1977), 18 O.R. (2d) 10 .....	785
Nelson v. Dahl.....	(1879), 12 Ch. D. 568.....	661
Nelsons Laundries Ltd. and Laundry, Dry Cleaning and Dye House Workers' International Union, Local No. 292, Re .....	(1964), 44 D.L.R. (2d) 463 .....	867
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police .....	[1979] 1 S.C.R. 311 .....	895, 904
Nicholson v. St. Denis .....	(1975), 8 O.R. (2d) 315 .....	616
Nichrotherm Electrical Co. v. Percy .....	[1957] R.P.C. 207.....	615
Nielsen v. Kaufmann .....	(1986), 54 O.R. (2d) 188 .....	766
Nissho Corp. v. Bank of British Columbia .....	(1987), 39 D.L.R. (4th) 453 .....	1382
Nixon v. Warner Communications, Inc.....	435 U.S. 589 (1978) .....	1338
Norcan Ltd. v. Lebrock .....	[1969] S.C.R. 665 .....	339
North Lethbridge Garage Ltd. v. Continental Casualty Co.....	[1930] 1 W.W.R. 491 .....	785
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada .....	[1980] 1 S.C.R. 115 .....	257
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada .....	[1980] 1 R.C.S. 115 .....	257
Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton.....	[1979] 1 R.C.S. 684 .....	902, 1014
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton .....	[1979] 1 S.C.R. 684 .....	902, 1014
Norwich Winterthur Insurance (Australia) Ltd. v. Con-Stan Indus- tries of Australia Pty. Ltd. ....	[1983] 1 N.S.W.L.R. 461 .....	661

## O

O'Hara v. British Columbia.....	[1987] 2 S.C.R. 591 .....	835
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 206 .....	712
Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke.....	[1982] 1 S.C.R. 202 .....	1304, 1319
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.....	[1989] 1 R.C.S. 206 .....	712
Operation Dismantle Inc. v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 441 .....	90
Operation Dismantle Inc. v. The Queen .....	Unreported/Inédit S.C.C., No. 18154, January 10, 1984 .....	1113
Oregon v. Elstad.....	470 U.S. 298.....	389
Owsley v. The Queen in right of Ontario.....	(1983), 34 C.P.C. 96 .....	179, 201

## P

P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada .....	[1976] 2 R.C.S. 739 .....	93
P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada .....	[1976] 2 S.C.R. 739.....	93
Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food .....	[1968] A.C. 997 .....	1029
Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.....	[1934] S.C.R. 186 .....	860
Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General).....	[1986] 2 F.C. 514 .....	1382
Parrot v. Thompson .....	[1984] 1 S.C.R. 57.....	425
Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd. ....	[1951] S.C.R. 852 .....	740
Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees .....	[1979] Q.B. 276 .....	567
Paton v. United Kingdom.....	(1980), 3 E.H.R.R. 408 .....	568
Pearson v. Lighthall .....	(1895), 7 C.S. 201.....	739
Peterboro Lock Mfg. Co., Re .....	(1954), 4 L.A.C. 1499 .....	1025
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834 .....	616, 670
Phoenix Paper Products Ltd., Re .....	(1983), 48 C.B.R. (N.S.) 113 .....	36

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Piercey v. General Bakeries Ltd.	(1986), 31 D.L.R. (4th) 373	337
Pincourt Restaurant Inc. v. United States Fire Insurance Co.	[1987] R.R.A. 444	1055
Posluns v. Toronto Stock Exchange	[1968] S.C.R. 330	863
Powers v. Coffeyville Livestock Sales Co.	665 F.2d 311 (1981)	746
Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish	[1966] S.C.R. 551	617, 671
Presco Industrial Ltd. v. Saskatchewan Government Insurance Office	(1967), 61 W.W.R. 637	786
Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California	478 U.S. 1 (1986)	1360
Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.	[1953] Ch. 149	1190
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	810
Procureur général du Québec c. Labrecque	[1980] 2 R.C.S. 1057	969
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218	793, 835
Province of Bombay v. City of Bombay	[1947] A.C. 58	276
Public Service Board v. Dionne	[1978] 2 S.C.R. 191	259

## R

R. v. A.	(1986), 3 Q.A.C. 16	483
R. v. Allan	(1982), 2 C.R.R. 46	1396
R. v. Ambrose	(1975), 25 C.C.C. (2d) 90	126
R. v. Amway Corp.	[1989] 1 S.C.R. 21	1345
R. v. Ancio	[1984] 1 S.C.R. 225	153, 1085
R. v. Anderson	(1984), 10 C.C.C. (3d) 417	147
R. v. Baig	[1987] 2 S.C.R. 537	375, 388
R. v. Ball	[1911] A.C. 47	121
R. v. Bara	(1981), 58 C.C.C. (2d) 243	951
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	1363, 1377
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	152, 1342, 1399
R. v. Boisvert (No. 2)	(1981), 63 C.C.C. (2d) 362	482
R. v. Bonin	(1989), 47 C.C.C. (3d) 230	1178
R. v. Bryant	(1984), 16 C.C.C. (3d) 408	1400
R. v. C.R.M.	(1986), 46 Man. R. (2d) 317	522
R. v. Chabot	(1985), 16 C.C.C. (3d) 483	1086
R. v. Chalifoux	(1973), 14 C.C.C. (2d) 526	351
R. v. Chamberlain	(1974), 15 C.C.C. (2d) 379	481
R. v. Chiplick	(1960), 128 C.C.C. 45	352
R. v. Chomenko	(1974), 18 C.C.C. (2d) 353	51
R. v. Clements	(1983), 5 C.C.C. (3d) 308	521
R. v. Cole	(1975), 25 C.C.C. (2d) 140	481
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	159, 980, 1148, 1160
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	1131
R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.	[1965] 1 O.R. 84	260
R. v. Courville	(1982), 2 C.C.C. (3d) 118	355
R. v. Crate	(1983), 7 C.C.C. (3d) 127	1408
R. v. Czuczman	(1986), 26 C.C.C. (3d) 43	1415

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Duke.....	(1985), 39 Alta. L.R. (2d) 313.....	409
R. v. Dymont.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	1345, 1363, 1376
R. v. E.S.R.....	(1985), 36 Man. R. (2d) 276.....	527
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	362, 1343, 1380, 1417
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.....	[1983] 2 S.C.R. 551.....	277
R. v. Farrant.....	[1983] 1 S.C.R. 124.....	1084
R. v. Flack.....	[1969] 1 C.C.C. 55.....	351
R. v. Gamble and Nichols.....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 415.....	1108
R. v. Genest.....	[1989] 1 S.C.R. 59.....	1363
R. v. Gladue.....	(1982), 2 C.C.C. (3d) 175.....	1396
R. v. Green.....	[1988] 1 S.C.R. 228.....	132
R. v. Groves.....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 429.....	198
R. v. Guberman.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 406.....	1159
R. v. Hertrich.....	(1982), 137 D.L.R. (3d) 400.....	409, 415
R. v. J.R.D.....	(1988), 17 Q.A.C. 81.....	485
R. v. Jacoy.....	[1988] 2 S.C.R. 548.....	1148, 1161
R. v. Jewitt.....	[1985] 2 S.C.R. 128.....	16
R. v. Kalanj.....	[1989] 1 S.C.R. 1594.....	1131
R. v. Kelly.....	(1985), 17 C.C.C. (3d) 419.....	1158
R. v. L.A.M.....	(1986), 33 C.C.C. (3d) 364.....	500
R. v. Lanigan.....	(1984), 53 N.B.R. (2d) 388.....	1098
R. v. Loyer and Blouin.....	[1978] 2 S.C.R. 631.....	13
R. v. M.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 538.....	484
R. v. M.A.Z.....	(1987), 35 C.C.C. (3d) 144.....	484
R. v. M. (S.H.).....	[1989] 2 S.C.R. 446.....	513, 518
R. v. Mack.....	[1988] 2 S.C.R. 903.....	17
R. v. Manninen.....	[1987] 1 S.C.R. 1233.....	154, 376, 382, 388, 1164
R. v. Marshall.....	(1983), 57 N.S.R. (2d) 286.....	837
R. v. McNamara.....	(1982), 66 C.C.C. (2d) 24.....	951
R. v. Mills.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	1412
R. v. Monteleone.....	[1987] 2 S.C.R. 154.....	1065, 1117
R. v. Moran.....	(1987), 21 O.A.C. 257.....	830, 841
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	1364, 542
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	120
R. v. Murray.....	[1967] S.C.R. 262.....	284
R. v. N.B.....	(1985), 21 C.C.C. (3d) 374.....	483
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	1342, 1347, 1374, 1417
R. v. Ouellette.....	[1980] 1 S.C.R. 568.....	277, 328
R. v. Paré.....	[1987] 2 S.C.R. 618.....	20
R. v. Pegelo.....	[1934] 2 D.L.R. 798.....	121
R. v. Piche.....	(1976), 31 C.C.C. (2d) 150.....	951
R. v. Playford.....	(1987), 24 O.A.C. 161.....	375
R. v. Pohoretsky.....	[1987] 1 S.C.R. 945.....	980
R. v. Prince.....	[1986] 2 S.C.R. 480.....	21
R. v. Pringle.....	[1989] 1 S.C.R. 1645.....	23
R. v. Proverbs.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 249.....	352
R. v. R.M.C.....	(1987), 33 C.C.C. (3d) 136.....	482
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 58.....	1126

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Ramirez .....	(1982), 9 W.C.B. 107 .....	1408
R. v. Rao .....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97 .....	1157
R. v. Robertson .....	[1987] 1 S.C.R. 918 .....	120, 131
R. v. Rogers .....	[1984] 6 W.W.R. 89 .....	1415
R. v. Ross .....	[1989] 1 S.C.R. 3 ..... 154, 377, 384, 388, 1147, 1413	
R. v. Ryan .....	(1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27, 190 A.P.R. 27 .....	1408
R. v. S.J.H. ....	(1986), 76 N.S.R. (2d) 163 .....	484
R. v. Sault Ste. Marie .....	[1978] 2 S.C.R. 1299 .....	951
R. v. Saunders .....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 532 .....	1178
R. v. Seymour .....	(1954), 38 Cr. App. R. 68 .....	20
R. v. Sieben .....	[1987] 1 S.C.R. 295 .....	980
R. v. Simmons .....	[1988] 2 S.C.R. 495 ..... 159, 363, 1147, 1161, 1363	
R. v. Smith .....	(1975), 28 C.C.C. (2d) 368 .....	482, 527
R. v. Smith .....	[1987] 1 S.C.R. 1045 .....	706
R. v. Stalder .....	[1981] 2 N.S.W.L.R. 9 .....	135
R. v. Stone .....	(1985), 22 C.C.C. (3d) 249 .....	952
R. v. Strachan .....	[1988] 2 S.C.R. 980 ..... 161, 1148, 1161, 1178	
R. v. Sugg .....	(1986), 28 C.C.C. (3d) 569 .....	954
R. v. Tarrant .....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 219 .....	1414
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613 .....	82, 154, 1159
R. v. Thompson .....	(1954), 110 C.C.C. 95 .....	121
R. v. Toews .....	[1985] 2 S.C.R. 119 .....	948
R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd. ....	[1960] O.R. 497 .....	259
R. v. Treacy .....	(1944), 30 Cr. App. R. 93 .....	1097
R. v. Tremblay .....	[1987] 2 S.C.R. 435 ..... 155, 375, 385, 413	
R. v. Turpin .....	[1989] 1 S.C.R. 1296 .....	1382, 1399
R. v. Tzimopoulos .....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 304 .....	1415
R. v. Upston .....	[1988] 1 S.C.R. 1083 .....	390
R. v. Vaillancourt .....	[1987] 2 S.C.R. 636 .....	1089
R. v. W.Y. ....	(1988), 4 W.C.B. (2d) 267 .....	484
R. v. Welsh .....	(1977), 32 C.C.C. (2d) 363 .....	1101
R. v. Whyte .....	[1988] 2 S.C.R. 3 .....	1345
R. v. Widdifield .....	(1963), 6 Crim. L.Q. 152 .....	1084
R. v. Williams .....	(1973), 12 C.C.C. (2d) 453 .....	121
Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne .....	[1984] 2 R.C.S. 407 .....	900, 918
Radulesco v. Canadian Human Rights Commission .....	[1984] 2 S.C.R. 407 .....	900, 918
Reekie v. Messervey .....	Unreported/Inédit, British Columbia Court of Appeal, May 5, 1989 .....	766
Reference re Alberta Statutes .....	[1938] S.C.R. 100 .....	1373
Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) ....	[1987] 1 S.C.R. 1148 .....	706
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.) .....	[1987] 1 S.C.R. 313 .....	1004, 1354
Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.) .....	[1989] 1 S.C.R. 922 .....	1382
Régie des services publics c. Dionne .....	[1978] 2 R.C.S. 191 .....	259
Reid v. Canadian Farm Loan Board .....	[1937] 4 D.L.R. 248 .....	306
Reinking, Re .....	(1984), 3 O.A.C. 137 .....	830

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	1004, 1354
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148	706
Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault	[1986] R.D.J. 32	443
Riches v. Director of Public Prosecutions	[1973] 2 All E.R. 935	190, 212
Richman v. McMurtry	(1983), 41 O.R. (2d) 559	179, 201
Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia	448 U.S. 555 (1980)	1359
Rickard v. The Queen	[1970] S.C.R. 1022	21
Rickards v. Lothian	[1913] A.C. 263	1189
Ridge v. Baldwin	[1964] A.C. 40	863
Robichaud v. Canada (Treasury Board)	[1987] 2 S.C.R. 84	914
Robin Line Steamship Co. v. Canadian Stevedoring Co.	[1928] S.C.R. 423	710
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	207, 219, 1029
Rowntree Co. v. Paulin Chambers Co.	[1968] S.C.R. 134	493
Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft	(1976), 1 C.C.L.T. 299	1192, 1219, 1225
Royal Commission into Metropolitan Toronto Police Practices and Ashton, Re	(1975), 64 D.L.R. (3d) 477	794
Royal Trust Co. v. Tucker	[1982] 1 S.C.R. 250	40
Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.	[1952] 4 D.L.R. 719	1192
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	571, 1020, 1336
Rylands v. Fletcher	(1868), L.R. 3 H.L. 330	1187, 1204

## S

Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports	[1978] 1 R.C.S. 61	268, 329
Sabb Inc. v. Shipping Ltd.	[1976] 2 F.C. 175	732
Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.	(1948), 65 R.P.C. 203	610, 656
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	1088
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Moose Jaw (City)	[1989] 2 S.C.R. 1317	1305
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)	[1989] 2 S.C.R. 1297	1318
Saskatchewan Power Corp. v. TransCanada Pipelines Ltd.	[1979] 1 S.C.R. 297	258
Scarff v. Wilson	[1989] 2 S.C.R. 776	766
Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)	[1987] 2 S.C.R. 289	1197, 1221, 1225
Schenck v. The Queen in Right of Ontario	(1981), 34 O.R. (2d) 595	1197, 1221
Schiffahrtsgesellschaft Leonhardt & Co. v. A. Bottacchi S.A. De Navegacion	773 F.2d 1528 (1985)	723
Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations, Re	(1980), 28 O.R. (2d) 764	340
Scott v. Scott	[1913] A.C. 417	1365
Scott v. Smith	(1931), 4 M.P.R. 23	830
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	1020
Seager v. Copydex, Ltd. (No. 2)	[1969] 2 All E.R. 718	671, 610
Selvarajan v. Race Relations Board	[1976] 1 All E.R. 12	899
Shaver v. The Queen	(1977), 4 B.C.L.R. 354	956
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	896, 905
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	896, 905
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1985] 1 F.C. 253	870

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	1378
Smallwood v. Sparling.....	[1982] 2 S.C.R. 686 .....	795
Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen .....	[1953] 2 S.C.R. 95 .....	1030
Société Radio-Canada c. La Reine .....	[1983] 1 R.C.S. 339 .....	294
Société Radio-Canada v. Syndicat canadien de la Fonction publique	[1988] R.J.Q. 932.....	973
Solosky v. The Queen .....	[1978] 1 F.C. 609 .....	340
Solowan v. Solowan .....	(1953), 8 W.W.R. 288.....	569
Sous-ministre du Revenu c. Rainville .....	[1980] 1 R.C.S. 35 .....	31, 46
Soya G.m.b.H. Kommanditgesellschaft v. White.....	[1982] 1 Lloyd's Rep. 136.....	712
Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec) .....	[1988] 2 S.C.R. 1015 .....	272, 302
Spinelli v. United States.....	393 U.S. 410 (1969).....	1169
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219.....	[1986] 1 S.C.R. 704 .....	976
St. Helen's Smelting Co. v. Tipping.....	(1865), 11 H.L.C. 642.....	1192
St. Lawrence Metal and Marine Works Inc. v. Canadian Fairbanks- Morse Co. ....	[1956] S.C.R. 717.....	728
Staranchuk v. The Queen.....	Unreported/Inédit, S.C.C., No. 17931, Decem- ber 16, 1983.....	1113
Steeves v. Fitzsimmons.....	(1975), 66 D.L.R. (3d) 203 .....	569
Stephens v. Village of Richmond Hill.....	[1956] O.R. 88 .....	1215
Sunday Times case.....	Eur. Court H. R., judgment of 26 April 1979, Series A No. 30.....	1349
Sutherland Shire Council v. Heyman .....	(1985), 60 A.L.R. 1.....	1241, 1285
Sweitzer v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 949 .....	121
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227 .....	488, 1003
Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 204 v. Produits forestiers E.B. Eddy Ltée.....	[1988] R.D.J. 614.....	973
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée.....	[1959] S.C.R. 206 .....	975, 1043
Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux-Montréal .....	[1977] 2 S.C.R. 568 .....	977
Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. v. Nadeau .....	[1985] C.A. 62 .....	969

## T

Talbot v. General Television Corp. Pty. Ltd. ....	[1980] V.R. 224 .....	618
Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council .....	[1983] 1 All E.R. 1159.....	1225
Taylor v. Kavanagh .....	640 F.2d 450 (1981) .....	188
Tehno-Impex v. Gebr van Weelde Scheepvaartkantoor BV .....	[1981] 2 All E.R. 669.....	721
Telegram Publishing Co. and Zwelling, Re.....	(1975), 67 D.L.R. (3d) 404.....	1009, 1041
Temple v. Bulmer.....	[1943] S.C.R. 265 .....	86
Temple v. City of Melville .....	(1979), 105 D.L.R. (3d) 305 .....	1221, 1225
Terlecki v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 483.....	11
Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques.....	[1981] 1 S.C.R. 94.....	89
The "Aquila".....	(1798), 1 C. Rob. 37, 165 E.R. 87 .....	718
The Beldis.....	[1936] P. 51 .....	721
The Gas Float Whitton No. 2.....	[1896] P. 42.....	717

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
The "Goring" .....	[1987] 2 Lloyd's Rep. 15 .....	721
The Heinrich Bjorn .....	(1885), 10 P.D. 44 .....	721
The King v. Pease .....	(1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66 .....	1206
The "Lanarkshire" .....	(1855), 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, 164 E.R. 380 .....	732
The "Milan" .....	(1861), Lush. 388, 167 E.R. 167 .....	732
The "Milford" .....	(1858), Swab. 362, 166 E.R. 1167 .....	720
The "Neptune" .....	(1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354 .....	719
The Onward .....	(1873), L.R. 4 A. & E. 38 .....	733
The Queen v. Canadian Vickers Ltd. ....	[1978] 2 F.C. 675 .....	724
The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks .....	[1899] 1 Q.B. 909 .....	206
The Queen in right of Ontario v. Jennings .....	[1966] S.C.R. 532 .....	768
The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners .....	[1968] S.C.R. 118 .....	258, 308
The Rebecca .....	20 F. Cas. 373 (1831) .....	732
The "Renard" .....	(1778), Hay & M. 222, 165 E.R. 51 .....	718
The Riga .....	(1872), L.R. 3 A. & E. 516 .....	720
The Ripon City .....	[1897] P. 226 .....	721
The Ship Pacifico v. Winslow Marine Railway and Shipbuilding Co. ....	[1925] Ex. C.R. 32 .....	723
The "Sennar" (No. 2) .....	[1984] 2 Lloyd's Rep. 142 .....	721
The Ship "Terukawa Maru" v. Co-operated Dried Fruit Sales Pty. Ltd. ....	(1972), 126 C.L.R. 170 .....	723
The Sylph .....	(1867), L.R. 2 A. & E. 24 .....	717
Thellusson v. Woodford .....	(1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030 .....	569
Thompson v. Sénécal .....	(1894), 3 Q.B. 455 .....	437
Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George) .....	[1978] 2 S.C.R. 267 .....	765
Tito v. Waddell (No. 2) .....	[1977] 3 All E.R. 129 .....	600, 651
Tojo Maru (Owners) v. N.V. Bureau Wijsmuller (The Tojo Maru) ..	[1972] A.C. 242 .....	711
Toronto Transportation Commission v. The King .....	[1949] S.C.R. 510 .....	284
Trans Barwil Agencies (UK) Ltd. v. John S. Braid & Co. ....	[1989] S.L.T. 73 .....	711
Trask v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 655 .....	154
Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec .....	[1967] S.C.R. 697 .....	1030
Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, Re .....	(1983), 147 D.L.R. (3d) 637 .....	862, 872

## U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault .....	[1988] 2 S.C.R. 1048 .....	1000, 1033
U.E.W. and DeVilbiss Ltd. ....	[1976] 2 CLRBR 101 .....	1038
Unident v. Delong, Joyce and Ash Temple Ltd. ....	(1981), 50 N.S.R. (2d) 1 .....	616
United Dominions Corp. v. Brian Pty. Ltd. ....	(1985), 59 A.L.J.R. 676 .....	601, 653
United States of America v. Cotroni .....	[1989] 1 S.C.R. 1469 .....	1374
United States of America v. Shephard .....	[1977] 2 S.C.R. 1067 .....	1065
United States v. Nixon .....	418 U.S. 683 (1974) .....	843

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
United States v. S.A. Empresa De Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines).....	467 U.S. 797 (1984) .....	1243
United States v. Washington .....	431 U.S. 181 .....	89
Universal Steam Navigation Co. v. James McKelvie & Co. ....	[1923] A.C. 492 .....	699
Unterreiner v. Wilson .....	(1982), 40 O.R. (2d) 197 .....	211
Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc. ....	531 F.2d 224 (1976) .....	1320
<b>V</b>		
V & G Polled Herefords v. Lloyd's Non-Marine Underwriters .....	(1986), 51 Sask. R. 81 .....	783
V.G.M. Holdings, Ltd., Re .....	[1941] 3 All E.R. 417 .....	866
Valente v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 673 .....	825, 841
Valkenburg, K.-G. v. The S.S. Henry Denny .....	295 F.2d 330 (1961) .....	747
Van Gelder's Patent, Re .....	(1888), 6 R.P.C. 22 .....	215
Vaughan v. Taff Valley Railway Co. ....	(1860), 29 L.J. Ex. 247 .....	1193, 1206
Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth .....	(1986), 54 O.R. (2d) 494 .....	1198
Vézeau v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 277 .....	355
Ville de Kamloops c. Nielsen .....	[1984] 2 R.C.S. 2 .....	1235, 1250, 1266, 1285, 1292
Voisard and the Queen, Re .....	(1978), 43 C.C.C. (2d) 570 .....	1403
<b>W</b>		
Waddington v. Leicester Council for Voluntary Services .....	[1977] 2 All E.R. 633 .....	925
Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America .....	(1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 .....	1031
Walter v. Selte .....	(1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849 ..	1191
Warne v. Province of Nova Scotia .....	(1969), 1 N.S.R. (2d) 27 .....	214
Watkins v. Olafson .....	[1989] 2 S.C.R. 750 .....	776
Westcan Stevedoring Ltd. c. Le navire Armar .....	[1973] C.F. 1232 .....	709
Westcan Stevedoring Ltd. v. The ship Armar .....	[1973] F.C. 1232 .....	709
Whalley v. Whalley .....	(1981), 122 D.L.R. (3d) 717 .....	572
Whiteman v. Canada (Canadian Human Rights Commission) .....	(1987), 9 C.H.R.R. D/4944 .....	906
Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry .....	(1979), 11 C.C.L.T. 82 .....	1220
Wildman v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 311 .....	1094
Wilkinson v. Ellis .....	484 F. Supp. 1072 (1980) .....	187
Wilson v. The Queen .....	[1983] 2 S.C.R. 594 .....	21
Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd. ....	[1951] S.C.R. 887 .....	572
Wolfe Stevedores (1968) Ltd. v. Joseph Salter's Sons Ltd. ....	(1970), 2 N.S.R. (2d) 269 .....	742
<b>Y</b>		
Yaselli v. Goff .....	12 F.2d 396 (1926) .....	223
Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong .....	[1988] A.C. 175 .....	1235, 1285
<b>Z</b>		
Zanatta v. McCleary .....	[1976] 1 N.S.W.L.R. 230 .....	830





# STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>C</b>	
Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, c. A-23		Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5	
s. 1(c) .....	225	s. 11 .....	1074
s. 1(d) .....	225	Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1	
s. 4(1) .....	225	s. 108 .....	318
s. 4(2) .....	225	s. 109(1) .....	318
s. 4(3) .....	225	s. 109(2) .....	318
s. 42(1) .....	225	s. 109(3) .....	318
Alberta Regulation, 175/83		s. 109(4) .....	318
s. 11 .....	848	s. 124 .....	318
Architects Act, R.S.A. 1980, c. A-44.1		Canadian Charter of Rights and Freedoms	
s. 39 .....	848	s. 1 .....	357, 1140, 1326, 1384
Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34		s. 2(b) .....	357, 1326
s. 7 .....	49	s. 7 .....	530
s. 13 .....	49	s. 8 .....	1140
s. 14 .....	49	s. 10(b) .....	138, 368, 1140
<b>B</b>		s. 11(b) .....	1115, 1120
Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3		s. 11(d) .....	796
s. 47(a) .....	24	s. 11(f) .....	1384
s. 107(1)(j) .....	24	s. 15 .....	335, 357, 1326
Building and Plumbing By-law of The Corporation of The City of Vernon, Number 2450, 1976		s. 24 .....	1114, 1120
s. 101 .....	1259	s. 24(1) .....	1140
s. 300 .....	1259	s. 24(2) .....	138, 368, 1140
s. 600 .....	1259	Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33	
s. 700 .....	1259	s. 11 .....	879
s. 800 .....	1259	s. 36 .....	879
s. 1000 .....	1259	Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble	
s. 1001 .....	1259	s. 1 .....	530
Bylaw of The City of Saskatoon To Provide For Superannuation of The Employees of The Fire Department, City By-law 5585		s. 2 .....	530
s. 5.1 .....	1297	Civil Code of Lower Canada	
		art. 18 .....	530
		art. 338 .....	530
		art. 345 .....	530
		art. 411 .....	429
		art. 608 .....	530
		art. 771 .....	530
		art. 772 .....	530
		art. 838 .....	530

	PAGE		PAGE
art. 945.....	530	s. 613(3).....	3
art. 1053.....	419	s. 613(4)(a).....	345
art. 1713.....	429	s. 613(4)(b)(i).....	345
art. 1715.....	683	s. 613(4)(b)(ii).....	345
art. 1716.....	683	s. 613(8).....	3
art. 2224.....	419	s. 617(b).....	796
art. 2231.....	419	s. 623(1).....	3
art. 2262(2).....	419	s. 663(2).....	941
art. 2488.....	1048	s. 666(1).....	941
art. 2500.....	1048	s. 772(1).....	941
art. 2543.....	530	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
art. 2566.....	1048	s. 434.....	1429
Constitution Act, 1867		Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86	
s. 91(27).....	796	s. 2.....	1228
s. 91(29).....	225	s. 3(2).....	1228
s. 92(10)(a).....	225, 318		
s. 92(14).....	796	<b>E</b>	
s. 96.....	796	Elections Finances Act, S.M. 1982-83-84, c. 45.....	357
s. 99.....	796		
s. 100.....	796	<b>F</b>	
s. 101.....	796	Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7	
s. 129.....	796	s. 2 "Canadian maritime law".....	683
Constitution Act, 1982		s. 22.....	683
s. 52(2).....	335	s. 22(2)(m).....	683
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34		Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27	
s. 19.....	941	s. 37(1).....	1140
s. 85.....	345		
s. 150(1).....	3	<b>H</b>	
s. 150(2).....	3	Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167	
s. 150(3).....	3	s. 8.....	1228
s. 150(4).....	3		
s. 178.16.....	1074	<b>I</b>	
s. 212(a)(i).....	1074	Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23	
s. 212(a)(ii).....	1074	s. 16.....	225, 318
s. 212(b).....	1074	s. 28.....	225
s. 212(c).....	1074	Interpretation Act, R.S.S. 1978, c. I-11	
s. 214(2).....	1074	s. 11.....	778
s. 236(1).....	941		
s. 246.1(1).....	3		
s. 246.1(2).....	3		
s. 526.1.....	1384		
s. 613(1)(a)(i).....	3		
s. 613(1)(a)(ii).....	3, 393		
s. 613(1)(a)(iii).....	3		
s. 613(1)(b)(i).....	3		
s. 613(1)(b)(iii).....	393, 1074		
s. 613(2)(a).....	3		
s. 613(2)(b).....	3		

	PAGE		PAGE
<b>J</b>		s. 4 .....	796
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, Part II.....	796	<b>R</b>	
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1		Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2	
s. 30 .....	1326	s. 5 .....	225
s. 31 .....	1326	s. 320(1).....	225
<b>L</b>		s. 320(11).....	225
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212		s. 320(12).....	225
s. 27(1).....	983	Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540	
s. 27(2).....	983	r. 124 .....	170
s. 33 .....	983	r. 126 .....	170
s. 46(a).....	983	Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74	
Labour Code, R.S.Q., c. C-27		s. 18(a).....	335
s. 1(f).....	962	s. 18(c).....	335
s. 65 .....	962	s. 32 .....	1110
s. 66 .....	962	<b>S</b>	
s. 67 .....	962	Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1	
s. 100.....	962	s. 16(1) .....	1297, 1317
s. 139.....	962	s. 16(4).....	1297
<b>M</b>		s. 16(7) .....	1297, 1317
Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, c. 280		s. 18 .....	1297, 1317
s. 14 .....	1228	s. 30(1)(a).....	1317
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, Division (5)		s. 32 .....	1297
s. 734 .....	1259	s. 32(1).....	1317
s. 740 .....	1259	Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26	
Municipalities Act, S.N. 1979, c. 33		s. 109 .....	778
s. 154(1).....	1181	Saskatchewan Regulation 216/79	
s. 154(2).....	1181	s. 1(a).....	1297
s. 154(3).....	1181	s. 1(b) .....	1297, 1317
<b>P</b>		Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388	
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393		s. 18(1).....	24
s. 5 .....	170	s. 18(2).....	24
s. 6 .....	170	Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 .....	796
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, c. 250		s. 55(4).....	335
s. 3 .....	796	Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
		s. 58 .....	342
		s. 59(1).....	342

	PAGE		PAGE
<b>W</b>			
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437		s. 34.....	335
s. 10.....	335		
s. 11.....	335	<b>Y</b>	
Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48		Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110	
s. 32.....	335	s. 3.....	446
		s. 16.....	446, 510

# LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, chap. A-23		art. 8.....	1140
art. 1c).....	225	art. 10b) .....	138, 368, 1140
art. 1d).....	225	art. 11b) .....	1115, 1120
art. 4(1).....	225	art. 11d).....	796
art. 4(2).....	225	art. 11f).....	1384
art. 4(3).....	225	art. 15 .....	335, 357, 1326
art. 42(1).....	225	art. 24 .....	1114, 1120
Alberta Regulation, 175/83		art. 24(1).....	1140
art. 11.....	848	art. 24(2) .....	138, 368, 1140
Architects Act, R.S.A. 1980, chap. A-44.1		Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, préambule	
art. 39.....	848	art. 1.....	530
<b>B</b>			
Building and Plumbing By-Law of The Corporation of The City of Vernon, Number 2450, 1976		art. 2.....	530
art. 101.....	1259	Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1	
art. 300.....	1259	art. 108.....	318
art. 600.....	1259	art. 109(1).....	318
art. 700.....	1259	art. 109(2).....	318
art. 800.....	1259	art. 109(3).....	318
art. 1000.....	1259	art. 109(4).....	318
art. 1001.....	1259	art. 124.....	318
Bylaw of The City of Saskatoon To Provide For Superannuation of The Employees of The Fire Department, Règlement municipal 5585		Code civil du Bas-Canada	
art. 5.1.....	1297	art. 18.....	530
<b>C</b>			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 338.....	530
art. 1 .....	357, 1140, 1326, 1384	art. 345.....	530
art. 2b) .....	357, 1326	art. 411.....	429
art. 7.....	530	art. 608.....	530
		art. 771.....	530
		art. 772.....	530
		art. 838.....	530
		art. 945.....	530
		art. 1053.....	419
		art. 1713.....	429
		art. 1715.....	683
		art. 1716.....	683
		art. 2224.....	419
		art. 2231.....	419
		art. 2262(2).....	419
		art. 2488.....	1048
		art. 2500.....	1048
		art. 2543.....	530
		art. 2566.....	1048

	PAGE		PAGE
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46		<b>H</b>	
art. 434.....	1429		
Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34		Highway Act, R.S.B.C. 1979, chap. 167	
art. 19.....	941	art. 8.....	1228
art. 85.....	345		
art. 150(1).....	3	<b>I</b>	
art. 150(2).....	3	Interpretation Act, R.S.S. 1978, chap. I-11	
art. 150(3).....	3	art. 11.....	778
art. 150(4).....	3		
art. 178.16.....	1074	<b>J</b>	
art. 212a(i).....	1074	Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1	
art. 212a(ii).....	1074	art. 30.....	1326
art. 212b.....	1074	art. 31.....	1326
art. 212c.....	1074		
art. 214(2).....	1074	<b>L</b>	
art. 236(1).....	941	Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212	
art. 246.1(1).....	3	art. 27(1).....	983
art. 246.1(2).....	3	art. 27(2).....	983
art. 526.1.....	1384	art. 33.....	983
art. 613(1)a(i).....	3	art. 46a.....	983
art. 613(1)a(ii).....	3, 393	Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33	
art. 613(1)a(iii).....	3	art. 11.....	879
art. 613(1)b(i).....	3	art. 36.....	879
art. 613(1)b(iii).....	393, 1074	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 613(2)a.....	3	art. 91(27).....	796
art. 613(2)b.....	3	art. 91(29).....	225
art. 613(3).....	3	art. 92(10)a.....	225, 318
art. 613(4)a.....	345	art. 92(14).....	796
art. 613(4)b(i).....	345	art. 96.....	796
art. 613(4)b(ii).....	345	art. 99.....	796
art. 613(8).....	3	art. 100.....	796
art. 617b.....	796	art. 101.....	796
art. 623(1).....	3	art. 129.....	796
art. 663(2).....	941	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 666(1).....	941	art. 52(2).....	335
art. 772(1).....	941	Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23	
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27		art. 16.....	225, 318
art. 1f).....	962	art. 28.....	225
art. 65.....	962		
art. 66.....	962		
art. 67.....	962		
art. 100.....	962		
art. 139.....	962		
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86			
art. 2.....	1228		
art. 3(2).....	1228		

PAGE	PAGE	
	<b>M</b>	
Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27		
art. 37(1) .....	1140	
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7		
art. 2 «droit maritime canadien» .....	683	
art. 22 .....	683	
art. 22(2)m) .....	683	
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), chap. S-26		
art. 58 .....	342	
art. 59(1) .....	342	
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19	796	
art. 55(4) .....	335	
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3		
art. 47a) .....	24	
art. 107(1)j) .....	24	
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5		
art. 11 .....	1074	
Loi sur le financement des campagnes électorales, L.M. 1982-83-84, chap. 45	357	
Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, chap. 34		
art. 7 .....	49	
art. 13 .....	49	
art. 14 .....	49	
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2		
art. 5 .....	225	
art. 320(1) .....	225	
art. 320(11) .....	225	
art. 320(12) .....	225	
Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393		
art. 5 .....	170	
art. 6 .....	170	
Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110		
art. 3 .....	446	
art. 16 .....	446, 510	
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), chap. J-1, partie II	796	
	<b>M</b>	
	Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, chap. 280	
	art. 14 .....	1228
	Municipal Act, R.S.B.C. 1979, chap. 290, section (5)	
	art. 734 .....	1259
	art. 740 .....	1259
	Municipalities Act, S.N. 1979, chap. 33	
	art. 154(1) .....	1181
	art. 154(2) .....	1181
	art. 154(3) .....	1181
	<b>P</b>	
	Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, chap. 250	
	art. 3 .....	796
	art. 4 .....	796
	<b>R</b>	
	Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74	
	art. 18a) .....	335
	art. 18c) .....	335
	art. 32 .....	1110
	Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540	
	r. 124 .....	170
	r. 126 .....	170
	<b>S</b>	
	Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1	
	art. 16(1) .....	1297, 1317
	art. 16(4) .....	1297
	art. 16(7) .....	1297, 1317
	art. 18 .....	1297, 1317
	art. 30(1)a) .....	1317
	art. 32 .....	1297
	art. 32(1) .....	1317



	PAGE	<b>W</b>	PAGE
Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, chap. S-26			
art. 109.....	778	Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437	
Saskatchewan Regulation 216/79		art. 10.....	335
art. 1a) .....	1297	art. 11.....	335
art. 1b) .....	1297, 1317	Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48	
Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388		art. 32.....	335
art. 18(1) .....	24	art. 34.....	335
art. 18(2) .....	24		

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abbott, Charles (later Lord Tenterden). <i>A Treatise of the Law Relative to Merchant Ships and Seamen</i> , 14th ed. By the late James Perronet Aspinall, Butler Aspinall and Hubert Stuart Moore. London: Butterworths, 1901 .....	717
Abella, Rosalie A. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services du Canada, 1984.....	930
Abella, Rosalie A. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.....	929
Arthurs, H. W., D. D. Carter and H. J. Glasbeek. <i>Labour Law and Industrial Relations in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.....	1034
Aubry et Rau. <i>Droit civil français</i> , t. 6, 7 <sup>e</sup> éd. Sous la direction de Paul Esmein et André Ponsard. Paris: Librairies techniques, 1975 .....	740
Austin, R. P. "Commerce and Equity — Fiduciary Duty and Constructive Trust" (1986), 6 <i>O.J.L.S.</i> 444 .....	644
Baril, Alain. <i>Évaluation des coûts encourus par la Direction générale des services judiciaires suite à un procès par jury</i> . Février 1988 .....	1420
Baudouin, Jean-Louis. "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975), 53 <i>Can. Bar Rev.</i> 715.....	729
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> . Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1985 .....	425
Baudouin, Jean-Louis et Yvon Renaud. <i>Code civil annoté</i> , vol. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.....	564
Baudouin, Louis. <i>Le Droit civil de la Province de Québec: Modèle vivant de Droit comparé</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1953 .....	728
Béliveau, Pierre and Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. <i>On Criminal Procedure</i> . Translated by Josef Muskatel. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1982 .....	192, 481
Béliveau, Pierre et Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. <i>Traité de procédure pénale</i> . Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981.....	192, 481
Belleau, Claude. "Réflexions sur les origines et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurance" (1987), 21 <i>R.J.T.</i> 223 .....	1057
Bentham, Jeremy. <i>Rationale of Judicial Evidence</i> , vol. 1. London: Hunt & Clarke, 1827 .....	1358
Bentham, Jeremy. <i>Treatise on Judicial Evidence</i> . London: J. W. Paget, 1825 .....	1360
Birks, Peter. <i>An Introduction to the Law of Restitution</i> . Oxford: Clarendon Press, 1985 .....	670
Birks, Peter. "Restitutionary damages for breach of contract: <i>Snepp</i> and the fusion of law and equity," [1987] <i>Lloyd's Mar. &amp; Com. L.Q.</i> 421 .....	651
<i>Black's Law Dictionary</i> , 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, " <i>functus officio</i> " .....	866
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book 4. W. D. Lewis, ed. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1897 .....	1420

Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768... 1338, 1358	
Bloustein, Edward J. "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser" (1964), 39 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 962.....	1362
Blumrosen, Ruth G. "Wage Discrimination, Job Segregation, and Title VII of the Civil Rights Act of 1964" (1979), 12 <i>U. Mich. J. L. Ref.</i> 2397.....	931
Bowker, Marjorie Montgomery. "Waiver of Juveniles to Adult Court Under the Juvenile Delinquents Act: Applicability of Principles to Young Offenders Act" (1987), 29 <i>Crim. L.Q.</i> 368.....	463, 475
<i>Bowstead on Agency</i> , 15th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1985.....	742
Braën, André. "Le droit maritime du Québec à l'aube de la codification" (1985), 16 <i>R.G.D.</i> 429.....	717
Brown, Craig and Julio Menezes. <i>Insurance Law in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	1060
Brownlie, Ian. <i>Principles of Public International Law</i> , 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.....	299
Bryant, Alan W. "The Adversary's Witness: Cross-Examination and Proof of Prior Inconsistent Statements" (1984), 62 <i>Can. Bar Rev.</i> 43.....	1105
Camerlynck, G. H. <i>Le contrat de travail</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Dans G. H. Camerlynck, éd., <i>Droit du travail</i> , t. 1. Paris: Dalloz, 1982.....	438
Campbell, Colin L. <i>The Advocates' Society Journal</i> , Aug. 1988.....	596
Canada. Auditor General. <i>Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.....	62
Canada. Auditor General. <i>Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.....	64
Canada. Comité du ministère de la Justice sur la délinquance juvénile. <i>Délinquance juvénile au Canada</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1965.....	501
Canada. Comité du ministère du Solliciteur général sur les propositions formulées en remplacement de la Loi sur les jeunes délinquants. <i>Loi sur les Jeunes qui ont des démêlés avec la Justice</i> . Ottawa: Ministère du Solliciteur général, 1975.....	476
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Les crimes contre le fœtus</i> (Document de travail 58). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1989.....	543
Canada. Commission de réforme du droit du Canada. <i>La Cour fédérale: contrôle judiciaire</i> (Document de travail 18). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1977.....	905
Canada. Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency. <i>Juvenile Delinquency in Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1965.....	501
Canada. Law Reform Commission. <i>Crimes Against the Foetus</i> (Working Paper 58). Ottawa: Law Reform Commission, 1989.....	543
Canada. Law Reform Commission of Canada. <i>Federal Court: Judicial Review</i> (Working Paper 18). Ottawa: Law Reform Commission, 1977.....	905
Canada. Solicitor General's Committee on Proposals for new legislation to replace the Juvenile Delinquents Act. <i>Young Persons in Conflict with the Law</i> . Ottawa: Ministry of the Solicitor General, 1975.....	476
Canada. Statistics Canada. <i>Divorce: Law and the Family in Canada</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.....	1344
Canada. Statistics Canada. <i>Marriages and Divorces: Vital Statistics 1985</i> , vol. II. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.....	1344
Canada. Statistics Canada. <i>Marrying and Divorcing: A Status Report for Canada</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.....	1344
Canada. Statistique Canada. <i>Divorce: La loi et la famille au Canada</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, Canada, 1983.....	1344

Canada. Statistique Canada. <i>Le mariage et le divorce: Examen de la situation au Canada</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1988.....	1344
Canada. Statistique Canada. <i>Mariages et divorces: La statistique de l'état civil 1985</i> , vol. II. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986.....	1344
Canada. Vérificateur général. <i>Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.....	62
Canada. Vérificateur général. <i>Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1983.....	64
Cane, Peter. <i>An Introduction to Administrative Law</i> . Oxford: Clarendon Press, 1986.....	95
Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. <i>Collective Bargaining Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.....	1033
<i>Carver's Carriage by Sea</i> , vol. 1, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982.....	745
Catala, Nicole et Jacques Aaron. <i>Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise</i> . Paris: Librairies techniques, 1971.....	438
Chao, Andrée. "Réflexions sur la "Identity of Carrier Clause"" (1967), 19 <i>D.M.F.</i> 12.....	740
<i>Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report</i> . Quebec: George E. Desbarats, 1865.....	729
<i>Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire</i> . Québec: George E. Desbarats, 1865.....	729
Cohen, Anne Elizabeth. "Access to Pretrial Documents Under the First Amendment" (1984), 84 <i>Colum. L. Rev.</i> 1813.....	1340
Crane, Brian. <i>Practice and Advocacy in the Supreme Court</i> . Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983.....	340
Cross, Sir Rupert. <i>Cross on Evidence</i> , 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.....	120
De Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.....	89, 909
Delaporte J. B. et P. N. Riffé-Caubray. <i>Les pandectes françaises</i> , t. 6. Paris: Riffé-Caubray, 1804.....	560
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	31, 825
Edwards, John Ll. J. <i>The Attorney General, Politics and the Public Interest</i> . London: Sweet & Maxwell, 1984.....	191
Feldthusen, Bruce and Keith McNair. "General Damages in Personal Injury Suits: The Supreme Court's Trilogy" (1978), 28 <i>U. of T. L.J.</i> 381.....	766
Filosa, John C. "Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes," [1983] <i>U. Ill. L. Rev.</i> 977.....	185
Finn, Paul D. <i>Fiduciary Obligations</i> . Sydney: Law Book Co., 1977.....	595
Finn, Paul D. "The Fiduciary Principle," Victoria Law School Conference Lecture, 1988.....	644
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.....	193, 1222
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.....	1189, 1225
Frankel, Tamar. "Fiduciary Law" (1983), 71 <i>Calif. L. Rev.</i> 795.....	644
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Agency</i> , 5th ed. London: Butterworths, 1983.....	742
Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. <i>Restitution</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	677
Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 <i>Yale L. J.</i> 475.....	1363
Galligan, D. J. <i>Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion</i> . Oxford: Clarendon Press, 1986.....	1028

Garant, Patrice. "Droits fondamentaux et justice fondamentale". Dans <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Édité par Gérard-A. Beaudoin et Edward Ratushny. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989 ....	564
Garant, Patrice. "Fundamental Rights and Fundamental Justice". In <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Edited by Gérard-A. Beaudoin and Ed Ratushny. Toronto: Carswells, 1989 .....	564
Gautreau, J. R. Maurice. "Demystifying the Fiduciary Mystique" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 1 .....	644
Glenn, H. Patrick. "Maritime Law — Federal Court Jurisdiction — Canadian Maritime Law — Relationship to Civil and Common Law: <i>ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.</i> " (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 360 .....	715
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986 .....	615, 676
Gorton, Lars and Rolf Ihre and Arne Sandevrn. <i>Shipbroking and Chartering Practice</i> , 2nd ed. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1984 .....	739
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris: Robert, 1986, "exiger", "imposer" .....	477
Grange, Samuel. "Good Faith in Commercial Transactions," in <i>Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends</i> . Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ontario: De Boo, 1985 .....	666
Gross, Hyman. "The Concept of Privacy" (1967), 42 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 34 .....	1363
Gurry, Francis. <i>Breach of Confidence</i> . Oxford: Clarendon Press, 1984 .....	615, 657
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975 .....	660
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983 .....	284
Hardy, Anne E. <i>Crown Priority in Insolvency</i> . Toronto: Carswells, 1986 .....	43
Hill, D. J. <i>Freight Forwarders</i> . London: Stevens & Sons, 1972 .....	739
Hoffmann, L. H. "Similar Facts After <i>Boardman</i> " (1975), 91 <i>L.Q.R.</i> 193 .....	123
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 .....	810
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985 .....	265, 281, 292
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown</i> . Sydney: Law Book Co., 1971 .....	284
Holding, John D. "The Relationship Between Recent Trends in Tort Litigation and the Current Insurance Crisis in Canada" (1986), 54 <i>Assurances</i> 435 .....	1249
Holdsworth, Sir William. <i>A History of English Law</i> , vol. I, 7th ed. Revised by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956 .....	717
Holdsworth, Sir William. <i>A History of English Law</i> , vol. XVI. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co. and Sweet & Maxwell, 1966 .....	720
Howland, W. G. C. <i>et al.</i> "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988" (1989), 23 <i>L. Soc. Gaz.</i> 4 .....	1344
Jacob, Nicolas. <i>Les assurances</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1979 .....	1062
Javillier, Jean-Claude. <i>Manuel de droit du travail</i> . Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986 .....	438
Jones, Peter F. M. "The Forwarder — Principal or Agent, a Carrier or Not?". Dans <i>Conférences commémoratives Meredith 1986, Le droit maritime: problèmes d'actualité — au Canada/États-Unis/étranger</i> . Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: De Boo, 1987 .....	748
Jones, Peter F. M. "The Forwarder — Principal or Agent, a Carrier or Not?". In <i>Meredith Memorial Lectures 1986, Current Problems in Maritime Law Canada/United States/International</i> . Faculty of Law, McGill University, Don Mills, Ont.: De Boo, 1987 .....	748
<i>Jowitt's Dictionary of English Law</i> , 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, "functus officio" .....	866

Jull, Kenneth. "Clarkson v. R.: Do We Need a Legal Emergency Department?" (1987), 32 <i>McGill L.J.</i> 359 ...	389
Kennedy, J. "Equity in a Commercial Context". In P. D. Finn, ed., <i>Equity and Commercial Relationships</i> . Sydney: Law Book Co., 1987 .....	595
Keyserlingk, Edward W. "A Right of the Unborn Child to Prenatal Care — The Civil Law Perspective" (1982), 13 <i>R.D.U.S.</i> 49 .....	557
Keyserlingk, Edward W. <i>The Unborn Child's Right to Prenatal Care: A Comparative Law Perspective</i> . Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1983 .....	563
Klar, Lewis. "Negligence — Reactions Against Alleged Excessive Imposition of Liability — A Turning Point?" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 159 .....	1250
Klinck, Dennis R. "The Rise of the 'Remedial' Fiduciary Relationship: A Comment on <i>International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.</i> " (1988), 33 <i>McGill L.J.</i> 600 .....	644
Knoppers, Bartha Maria. <i>Conception artificielle et responsabilité médicale: une étude de droit comparé</i> . Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986 .....	541
Kouri, Robert P. "Réflexions sur le statut juridique du fœtus" (1980–81), 15 <i>R.J.T.</i> 193 .....	560
Lambert-Faivre, Yvonne. <i>Droit des assurances</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1985 .....	1062
Lederman, W. R. "Telecommunications and the Federal Constitution of Canada", in H. Edward English, ed., <i>Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government</i> . Toronto: Methuen, 1973 .....	292
Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 <i>Can. Bar Rev.</i> 769, 1139 .....	811
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988 .....	1222
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988 ....	1222
Linden, Allen M. "Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization" (1966), 4 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 196	1193
Lindley, Curtis Holbrook. <i>A Treatise on the American Law Relating to Mines and Mineral Lands</i> , 2nd ed. Reprint of 2nd ed., 1903. New York, Arno Press, 1972 .....	668
Lorimier de, Charles Chamilly et Charles Albert Vilbon. <i>La bibliothèque du Code civil de la Province de Québec</i> , t. 3. Montréal: Presses à vapeur de la Minerve, 1874 .....	557
Luppino, Anthony J. "Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity" (1982), 34 <i>Stan. L. Rev.</i> 487 .....	185
Manning, Morris. "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] <i>L.S.U.C. Lectures</i> 571 .....	191
Martel, Maurice et Paul. <i>La compagnie au Québec: les aspects juridiques</i> . Montréal: Éditions Thélème, Inc., 1982 .....	442
Mason, Sir Anthony. "Themes and Prospects". In Paul D. Finn, ed. <i>Essays in Equity</i> . Sydney: Law Book Co., 1985 .....	644
May, Richard. <i>Criminal Evidence</i> . London: Sweet & Maxwell, 1986 .....	1099
Mayrand, Albert. <i>L'inviolabilité de la personne humaine</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1975 .....	563
Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. <i>Leçons de droit civil</i> , t. 3, vol. 2, 5 <sup>e</sup> éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1980 .....	740
McCamus, John D. "The Role of Proprietary Relief in the Modern Law of Restitution," in <i>The Cambridge Lectures 1987</i> . Conference of the Canadian Institute for Advanced Legal Studies, 1987, held at the Cambridge University, England. Frank E. McArdle, ed. Montréal: Yvon Blais, 1989 .....	632
McLaren, John P. S. "Nuisance in Canada", in A. M. Linden, ed., <i>Studies in Canadian Tort Law</i> . Toronto: Butterworths, 1968 .....	1194
McLeod, J. G. <i>The Conflict of Laws</i> . Calgary: Carswells, 1983 .....	299
McNairn, Colin H. H. "Comment" (1978), 56 <i>Can. Bar Rev.</i> 145 .....	273
McNairn, Colin H. H. <i>Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1977 .....	287

McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> . Agincourt, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1974.....	1095, 1097
Mewett, Alan W. and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.....	960
Mignault, P.-B. "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation" (1935), 1 <i>U. of T.L.J.</i> 104.....	739
Mignault, P.-B. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 8. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.....	737
Morgan, Brian G. "Proof of Facts in Charter Litigation," in R. J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987.....	363
Morley, Jane. "Transfer of Children to the Ordinary Criminal Courts: A Case of Legislative Limbo" (1979), 5 <i>Queen's L.J.</i> 288.....	501
Moussa, Abdel Rafea A. <i>Le consignataire du navire en droit français et égyptien</i> . Paris: L.G.D.J., 1983.....	740
Müller-Freienfels, W. "Comparative Aspects of Undisclosed Agency" (1955), 18 <i>Mod. L. Rev.</i> 33.....	740
Murphy, T. H. "Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith" (1977), 39 <i>U. Pitt. L. Rev.</i> 1.....	1036
Nelson, Bruce A. and Edward M. Opton and Thomas E. Wilson. "Wage Discrimination and the "Comparable Worth" Theory in Perspective" (1980), 13 <i>U. Mich. J. L. Ref.</i> 233.....	932
Note, "Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits" (1977), 52 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 173.....	186
Ong, D. S. K. "Fiduciaries: Identification and Remedies" (1986), 8 <i>U. of Tasm. L. Rev.</i> 311.....	600
Ontario. Ontario Task Force on Insurance. <i>Final Report of the Ontario Task Force on Insurance</i> . Toronto: The Task Force, 1986.....	1248
Osborne, Philip. "A Critical Evaluation of Liability Insurance, Litigation and Personal Injury Compensation: The Lessons and Choices for Ontario." Study prepared for the Ontario Task Force on Insurance and cited in <i>Final Report of the Ontario Task Force on Insurance</i> . Toronto: The Task Force, 1986.....	1249
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. 19, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.....	662
Pépin, Gilles et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.....	867, 905, 1029
Picard, Maurice et André Besson. <i>Les assurances terrestres</i> , t. 1, 5 <sup>e</sup> éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.....	1059
Pilkington, Marilyn L. "Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), 62 <i>Can. Bar. Rev.</i> 517.....	195
Pineau, Jean. "La Législation maritime canadienne et le Code civil québécois" (1968), 14 <i>McGill L. J.</i> 26.....	726
Prosser, W. L. "Privacy" (1960), 48 <i>Calif. L. Rev.</i> 383.....	1362
Prosser, W. L. "The Principle of <i>Rylands v. Fletcher</i> ," in <i>Selected Topics on the Law of Torts</i> . Buffalo: Hein & Co., 1982.....	1190
Rea, Samuel A., Jr. "Economic Perspectives on the Liability Insurance Crisis," in <i>Insurance Law</i> . Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1987. Don Mills, Ont.: De Boo, 1987.....	1250
Reid, Robert F. and Hillel David. <i>Administrative Law and Practice</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.....	489
<i>Restatement of the Law (Second): Agency 2d</i> , vol. 2. Adopted and Promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1958.....	699, 745
Reynolds, F. M. B. "The Demise Clause ( <i>The Jalamohan</i> )," [1988] <i>Lloyd's Mar. &amp; Com. L.Q.</i> 285.....	745
Rivet, Michèle. "La situation juridique de l'enfant non encore né au Canada (Droit civil)". Dans <i>Travaux du treizième Colloque international de droit comparé</i> (tenu à Ottawa (Canada) 3 et 4 octobre 1975). Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1978.....	555
Rivet, Michèle. "The Legal Position of the Unborn Child in Canada (Civil Law)". In <i>Proceedings of the Thirteenth International Symposium on Comparative Law</i> (held in Ottawa (Canada) October 3-4, 1975). Ottawa: University of Ottawa Press, 1978.....	555

Rodière, René. <i>Traité général de droit maritime: affrètements &amp; transports</i> , t. 3. Paris: Librairie Dalloz, 1970.....	740
Rodière, René. <i>Traité général de droit maritime: introduction &amp; armement</i> . Paris: Dalloz, 1976.....	740
<i>Salmond on the Law of Torts</i> , 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.....	1190
Schiff, Stanley. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.....	1366
Shepherd, J. C. <i>The Law of Fiduciaries</i> . Toronto: Carswells, 1981.....	597
Shepherd, J. C. "Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships" (1981), 97 <i>L.Q.R.</i> 51.....	644
Stoljar, Samuel. "A Re-examination of Privacy" (1984), 4 <i>Legal Studies</i> 67.....	1362
Story, Joseph. <i>Commentaries on the Law of Agency</i> , Boston: Little, Brown. Co., 1839.....	731
Stradiotto, Rino A. "Canadian Perspectives on Tort Law: Personal Injury Damages" (1988), 46 <i>The Advocate</i> 737.....	1250
Street, Harry. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1976.....	1203
Swinton, Katherine. "Federalism and Provincial Government Immunity" (1979), 29 <i>U. of T. Law Journal</i> 1..274, 300	
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations: contrat et responsabilité</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.....	422
Tarnopolsky, Walter S. <i>Discrimination and the Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1982.....	897, 925
Tetley, William. <i>Marine Cargo Claims</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.....	745
Tetley, William. <i>Maritime Liens and Claims</i> . London: Business Law Communications Ltd., 1985.....	716
Tetley, William. "Responsibility of Freight Forwarders," [1987] <i>Eur. Trans. L.</i> 79.....	748
<i>Traité de Droit civil du Québec</i> , t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal: Wilson & Lafleur, 1952..	735
Trebilcock, Michael J. "The Insurance — Deterrence Dilemma of Modern Tort Law: Trends in North American Tort Law and Their Implications for the Current Liability Crisis." Study prepared for the Ontario Task Force on Insurance and cited in <i>Final Report of the Ontario Task Force on Insurance</i> . Toronto: The Task Force, 1986.....	1248
Troplong, M. <i>Droit civil expliqué</i> , t. 16. Paris: Charles Hingray, 1846.....	440
United Kingdom. Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes. <i>Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes</i> . London: King's Printer, 1912.....	1372
United Kingdom. Select Committee on the Matrimonial Causes. <i>Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill</i> . London: King's Printer, 1923.....	1372
Walton, Frederick Parker. <i>Le domaine de l'interprétation du Code civil du Bas-Canada</i> . Traduit par Maurice Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980.....	729
Walton, Frederick Parker. <i>The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada</i> . Toronto: Butterworths, © 1907, 1980.....	729
Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890), 4 <i>Harv. L. Rev.</i> 193.....	1362
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.....	44, 616, 648
Watt, David. <i>Law of Electronic Surveillance in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1979.....	1093
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences</i> . Toronto: Carswells, 1980.....	1010
Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 <i>U. of T.L.J.</i> 1.....	596, 644
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.....	1358
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8 (McNaughton rev.) Boston: Little, Brown, 1961.....	840
Williams, David W. "Non-natural Use of Land" (1973), 32 <i>Cambridge L.J.</i> 310.....	1189



Wiswall, F. L. <i>The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800</i> . Cambridge: University Press, 1970.....	716
Zweigert, Konrad and Hein Kötz. <i>An Introduction to Comparative Law</i> , t. 2. Translated from German by Tony Weir. Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1977.....	740

**Neil Tock and Linda Tock** *Appellants*

v.

**St. John's Metropolitan Area Board**  
*Respondent*INDEXED AS: TOCK *v.* ST. JOHN'S METROPOLITAN AREA BOARD

File No.: 20267.

1989: January 31; 1989: December 7.

Present: Dickson C.J. and McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Torts — Nuisance — Public body — Defence of statutory authority — Basement flooded when sewer blocked — Installation and operation of sewer sanctioned by statute — Whether or not municipality liable for damages in nuisance — The Municipalities Act, S.N. 1979, c. 33, s. 154(1), (2), (3).*

Appellants' house was serviced by the water and sewer system operated by the respondent board. On a day of exceptionally heavy rainfall, appellants discovered that a large amount of water had entered their basement, immediately notified the Board and vainly attempted to pump the water out themselves. Two employees of the Board inspected the storm sewer, determined that it was blocked and a crew located and removed the blockage. The water drained from the basement shortly afterwards but substantial damage had been incurred.

The trial judge found that appellants' right of enjoyment of their property had been seriously interfered with and allowed their claim in nuisance. He also found that the collection and drainage of water from rain or other sources constituted a non-natural user of land within the meaning of the rule in *Rylands v. Fletcher*. The Newfoundland Court of Appeal reversed this judgment. The issue of negligence was not in issue at the Court of Appeal or in this Court. At issue here was whether the rule in *Rylands v. Fletcher* was applicable. Also at issue was whether a nuisance existed and if the defence of

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

**Neil Tock et Linda Tock** *Appelants*

c.

**St. John's Metropolitan Area Board** *Intimée*RÉPERTORIÉ: TOCK *c.* ST. JOHN'S METROPOLITAN AREA BOARD

N° du greffe: 20267.

1989: 31 janvier; 1989: 7 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest,

L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

*Responsabilité délictuelle — Nuisance — Organisme public — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Sous-sol inondé en raison de l'obstruction d'un égout — Installation et exploitation du réseau d'égouts sanctionnées par une loi — La municipalité est-elle responsable des dommages selon les règles de la nuisance? — The Municipalities Act, S.N. 1979, chap. 33, art. 154(1), (2), (3).*

Le domicile des appelants est relié au réseau d'aqueduc et d'égouts exploité par la municipalité intimée. Au cours d'une journée de pluies exceptionnellement abondantes, les appelants ont découvert qu'une grande quantité d'eau s'était infiltrée dans leur sous-sol. Ils ont immédiatement avisé la Commission de ce fait et ont vainement tenté d'évacuer l'eau eux-mêmes au moyen d'une pompe. Deux employés de la Commission ont inspecté l'égout pluvial et ont constaté qu'il était bloqué. Une équipe a repéré l'endroit de l'obstruction et a débloqué l'égout. Peu de temps après, l'eau s'est écoulée du sous-sol qui avait alors subi des dommages importants.

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu atteinte grave au droit des appelants de jouir de leur bien-fonds et il a accueilli leur demande fondée sur les règles de la nuisance. Il a également conclu que la canalisation et le drainage de l'eau provenant de la pluie ou d'autres sources constituaient un usage non naturel du bien-fonds au sens de la règle formulée dans l'arrêt *Rylands v. Fletcher*. La Cour d'appel de Terre-Neuve a infirmé cette décision. La question de la négligence n'a été soulevée ni en Cour d'appel ni devant notre Cour. La question en l'espèce est de savoir si la règle de l'arrêt

\* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

statutory authority applied in the circumstances to absolve the municipality of liability arising in nuisance.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.:* The rule in *Rylands v. Fletcher* had no application here.

The flooding of the appellants' basement would clearly have been an actionable nuisance if the parties had been two private individuals. Different considerations applied, however, because respondent was a municipality. The crucial question was whether or not the respondent was able to rely on the defence of statutory authority. *The Municipalities Act*, which authorized the respondent to construct, operate and maintain the sewage system, conferred a power but did not impose a duty. This distinction is relevant to the question of respondent's liability in nuisance.

The following principles, which were established in the early cases, should be reaffirmed. Firstly, if the legislation imposes a duty and the nuisance is the inevitable consequence of discharging that duty, then the nuisance is itself authorized and there is no recovery in the absence of negligence. Secondly, if the legislation merely confers an authority but is specific as to the manner or location of doing the thing authorized and the nuisance is the inevitable consequence of doing the thing authorized in that way or in that location, the nuisance is itself authorized and there is no recovery absent negligence. On the other hand, if the legislation confers an authority on a public body and also gives it a discretion, not only whether or not to do the thing authorized but also how to do it and in what location, then if that public body decides to do the thing authorized, it must do it in a manner and at a location which will avoid the creation of a nuisance. If the public body implements the thing authorized in a way or at a location which gives rise to a nuisance, it will be liable therefor, whether there is negligence or not. The more recent cases, to the extent that they are inconsistent with these principles, should not be followed.

The inevitable consequences doctrine will only protect the public body if the statute ordered the thing to be done or authorized it to be done in a particular manner

*Rylands v. Fletcher* est applicable. Le pourvoi porte également sur la question de savoir s'il y avait nuisance et si le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur s'applique dans les circonstances pour déga-  
a ger la municipalité de toute responsabilité fondée sur la nuisance.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé:* La règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* ne s'applique pas en l'espèce.  
b

L'inondation du sous-sol des appelants aurait clairement constitué une nuisance donnant ouverture à une action s'il s'était agi de deux particuliers. Cependant, des considérations différentes s'appliquent parce que l'intimée est une municipalité. La question essentielle est de savoir si l'intimée peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. *The Municipalities Act* qui permettait à l'intimée de construire, d'ex-  
c ploiter et d'entretenir le réseau d'égouts conférait un pouvoir, mais n'imposait pas une obligation. Cette distinction est pertinente au regard de la question de la responsabilité de l'intimée selon les règles de la nuisance.  
d

Il convient de réaffirmer les principes suivants qui ont été établis dans les premiers arrêts. Premièrement, si la loi impose une obligation dont l'exécution a pour conséquence inévitable de causer une nuisance, la nuisance est alors elle-même autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence. Deuxièmement, si la loi ne fait que donner une autorisation, mais précise que la chose autorisée doit être faite d'une certaine manière ou à un endroit donné et que la nuisance est la conséquence inévitable de la chose autorisée qui est faite de la manière prévue ou à l'endroit donné, la nuisance est elle aussi autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence. Par contre, si la loi donne une autorisation à l'organisme public et lui accorde également un pouvoir discrétionnaire non seulement pour décider de faire ou non la chose autorisée, mais également pour décider comment la faire et à quel endroit, et que l'organisme décide ensuite de faire la chose autorisée, il doit la faire d'une manière et à un endroit qui ne causeront pas de nuisance. Si l'organisme public fait la chose d'une manière ou dans un endroit qui cause une nuisance, il sera alors responsable, qu'il y ait négligence ou non. Dans la mesure où les décisions plus récentes sont incompatibles avec ces principes, elles ne devraient pas être suivies.  
e  
f  
g  
h  
i

La théorie des conséquences inévitables ne protégera l'organisme public que si la loi en question ordonnait ou permettait qu'une chose soit faite d'une manière ou à un

or location. It should not be extended to cases where the public body was perfectly free to exercise its statutory authority without violating private rights. It is only in cases where the public body has no choice as to the way in which or the place where it engages in the nuisance-causing activity that the inevitable consequences doctrine protects it. For only in such cases can it be said that the legislature has authorized any nuisance which is the inevitable consequence of the public body's carrying out its mandate.

The legislation in this case was purely permissive. It authorized a sewage system to be constructed but did not specify how or where it was to be done. The respondent was accordingly obliged to construct and operate the system in strict conformity with private rights. It did not do so. The defence of statutory authority is not available to it and the appellants are entitled to recover.

*Per Dickson C.J. and La Forest J.:* The rule in *Rylands v. Fletcher* cannot be invoked where the user is not inappropriate to the place where it is maintained.

The flooding here would constitute a compensable nuisance if this case had been between private individuals. It was not reasonable to deny compensation to the appellant because the damage was suffered at the hands of a body exercising statutory authority. The law of nuisance as it relates to the defence of statutory authority should be reformulated in functional terms.

A claim for nuisance arising out of the action of a public body that has been sanctioned by statute should be dealt with rather like claims in nuisance between two private individuals. Given all the circumstances, is it reasonable to refuse to compensate the aggrieved party for the damage he has suffered? If the legislature wishes to shift the risk from a public authority to the individual, it can do so in express terms. The legislature should not be presumed to authorize a serious nuisance and no weight should be accorded a showing by the public body that damage was inevitable. The determination that damage was inevitable does not provide a rationale for concluding that it is reasonable to demand of the person whom misfortune has singled out that he or she pay for the damage concerned. The costs of damage that is an inevitable consequence of the provision of services that benefit the public at large should be borne equally by all those who profit from the service.

endroit particuliers. Son application ne devrait pas être étendue aux cas où l'organisme public était tout à fait libre d'exercer l'autorisation que lui conférait la loi sans violer les droits de particuliers. C'est seulement dans les cas où l'organisme public n'a pas le choix d'exercer son activité à l'origine d'une nuisance de la façon dont il le fait et à l'endroit où il le fait que la théorie des conséquences inévitables le protège. Car c'est seulement dans ces cas qu'on peut affirmer que le législateur a autorisé la nuisance qui est la conséquence inévitable de l'exercice du mandat de l'organisme public.

En l'espèce, la loi était de nature purement facultative. La loi autorisait la construction d'un réseau d'égouts sans préciser comment et où il devait être construit. L'intimée avait donc l'obligation de construire et d'exploiter le système en se conformant strictement aux droits des particuliers. Elle ne l'a pas fait. Elle ne peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur et les appelants ont droit à une réparation.

*Le juge en chef Dickson et le juge La Forest:* La règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* ne peut être invoquée dans le cas d'un usage non approprié d'un endroit.

En l'espèce, l'inondation constituerait une nuisance pouvant donner lieu à une indemnisation s'il s'agissait d'un différend opposant deux particuliers. Il n'était pas raisonnable de refuser d'indemniser les appelants parce que le préjudice qu'ils ont subi a été causé par un organisme qui exerçait un pouvoir conféré par la loi. Les règles applicables à la nuisance, relativement au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, devraient être reformulées en termes fonctionnels.

Une demande fondée sur la nuisance causée par un acte d'un organisme public autorisé par la loi devrait être plutôt traitée comme s'il s'agissait d'une action fondée sur la nuisance et opposant deux particuliers. Compte tenu de toutes les circonstances, est-il raisonnable de refuser d'indemniser la partie lésée pour le préjudice qu'elle a subi? Si le législateur veut transférer au particulier le risque assumé par des autorités publiques, il peut le faire expressément. On ne doit pas présumer que le législateur autorise une nuisance grave et il ne faut pas accorder de l'importance à la démonstration par l'organisme public que le préjudice était inévitable. Le fait d'établir que le préjudice était inévitable ne permet pas de conclure qu'il est raisonnable d'exiger de la personne malchanceuse qu'elle paie pour le préjudice en question. Les coûts du préjudice qui découle inévitablement des services offerts à l'avantage du public devraient être assumés de la même façon par tous ceux qui en profitent.

The defence of statutory authority is not deprived of all vigour. A public body will not be subject to a claim in nuisance because a work is constructed in a particular place if the legislature has authorized it to be built there. Nor can landowners complain about ordinary disturbances or loss of amenity that necessarily results from the construction or operation of a statutorily authorized work, provided it is built and operated with all reasonable care and skill.

A useful distinction exists between isolated and infrequent occurrences which inflict heavy material damage on a single victim and those ordinary disturbances which have a broad and general impact on the public at large. Damage attributable to a calamitous event should be viewed as a part of the overall cost of providing a beneficial service to the community and should be placed on the body that undertakes it. That body can defray the cost among its subscribers or increase the frequency of inspections to forestall the occurrence of such calamities.

*Per Sopinka J.:* The state of the law with respect to the defence of statutory authority should not be departed from except for good reason and on the basis of substantial unanimity. The rationale of this defence is that if the legislature expressly or implicitly says that a work can be carried out which can only be done by causing a nuisance, then the legislation has authorized an infringement of private rights. If no compensation provision is included in the statute, all redress is barred. A work is authorized by statute, whether the statute is mandatory or permissive, if the work is carried out in accordance with the statute.

The burden of proof with respect to the defence of statutory authority is on the party advancing the defence. It is not an easy one and factual difficulties will be resolved against the defendant. The defendant must negate that there are alternate methods of carrying out the work and the fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance. It is insufficient for the defendant to negate negligence. The standard is a higher one. It was not met in this case.

Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'est pas dépouillé de toute force. Un organisme public ne pourra faire l'objet d'une action fondée sur la nuisance en raison de la construction d'un ouvrage à un endroit donné, si le législateur a permis qu'il soit construit à cet endroit. Les propriétaires de biens-fonds voisins ne peuvent pas non plus se plaindre des troubles ou de la perte de jouissance ordinaires qu'ils subissent nécessairement en raison de la construction ou de l'exploitation d'un ouvrage autorisé par le législateur, pourvu qu'il soit construit et exploité en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables.

Une distinction utile existe entre des événements isolés et rares qui causent de lourds dommages matériels à une seule victime et les troubles ordinaires qui ont des répercussions générales sur le grand public. Le préjudice imputable à un événement désastreux devrait être perçu comme une partie du coût global d'un service qui est offert à l'avantage de la collectivité et devrait être défrayé par l'organisme qui l'assume. Cet organisme est en mesure de défrayer le coût en le répartissant entre ses usagers ou d'augmenter la fréquence des inspections pour empêcher que de tels événements désastreux se produisent.

*Le juge Sopinka:* Il ne faudrait s'écarter de l'état du droit en ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur que s'il existe de bonnes raisons de le faire et à la condition qu'il y ait unanimité dans l'ensemble. Le raisonnement sur lequel repose ce moyen de défense est que, si le législateur a dit expressément ou implicitement qu'un ouvrage peut être exécuté et qu'il ne peut l'être sans causer de nuisance, la loi autorise donc une violation des droits des particuliers. Si la loi ne contient aucune disposition d'indemnisation, toute réparation est refusée. Un ouvrage est autorisé par la loi, peu importe que celle-ci soit de nature impérative ou facultative, si l'ouvrage est exécuté en conformité avec cette loi.

Le fardeau de preuve relatif au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur incombe à la partie qui l'invoque. Ce n'est pas un fardeau dont il est facile de s'acquitter et les difficultés qu'il suscite dans les faits seront résolues au détriment du défendeur. Le défendeur doit établir qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter l'ouvrage et le fait qu'un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S'il n'existe qu'un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu'il était pratiquement impossible d'éviter la nuisance. Il ne suffit pas que le défendeur établisse l'absence de négligence. La norme est plus sévère. On n'y a pas satisfait en l'espèce.

## Cases Cited

By Wilson J.

**Distinguished:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66; **considered:** *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193; *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.* (1963), 45 W.W.R. 513, aff'd (1964), 50 W.W.R. 415, aff'd [1966] S.C.R. 150; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft* (1976), 1 C.C.L.T. 299, aff'd [1979] 2 W.W.R. 462; *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82; **referred to:** *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73; *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] S.C.R. 377; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313; *Buyse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), aff'd (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), aff'd *sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289.

By La Forest J.

**Distinguished:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; **referred to:** *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263; *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149; *Walter v. Selfe* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849; *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27; *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719; *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), aff'd (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), aff'd *sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Bishop v. Town*

## Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

**Distinction d'avec les arrêts:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66; **arrêts examinés:** *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193; *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.* (1963), 45 W.W.R. 513, conf. par (1964), 50 W.W.R. 415, conf. par [1966] R.C.S. 150; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft* (1976), 1 C.C.L.T. 299, conf. par [1979] 2 W.W.R. 462; *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82; **arrêts mentionnés:** *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73; *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] R.C.S. 377; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313; *Buyse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), conf. par (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), conf. *sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289.

Citée par le juge La Forest

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; **arrêts mentionnés:** *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263; *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149; *Walter v. Selfe* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849; *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27; *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719; *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), conf. par (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), conf. *sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Bishop v. Town*

of Gander (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310; *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494; *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34.

By Sopinka J.

**Referred to:** *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353; *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159.

#### Statutes and Regulations Cited

*Municipalities Act*, S.N. 1979, c. 33, s. 154 (1), (2), (3).

#### Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.  
 Linden, Allen M. "Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization" (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196.  
 McLaren, John P. S. "Nuisance in Canada", in A. M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.  
 Prosser, W. L. "The Principle of *Rylands v. Fletcher*," in *Selected Topics on the Law of Torts*. Buffalo: Hein & Co., 1982.  
*Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.  
 Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.  
 Williams, David W. "Non-natural Use of Land" (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 133, 190 A.P.R. 133, allowing an appeal from a judgment of Adams C.J. Dist. Ct. (1983), 45 Nfld. & P.E.I.R. 197, 132 A.P.R. 197. Appeal allowed.

Kevin Stamp, for the appellants.

*Town of Gander* (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310; *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494; *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34.

<sup>a</sup> Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462; *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353; *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159.

#### Lois et règlements cités

<sup>d</sup> *Municipalities Act*, S.N. 1979, chap. 33, art. 154(1), (2), (3).

#### Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.  
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988.  
 Linden, Allen M. «Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization» (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196.  
 McLaren, John P. S. «Nuisance in Canada», in A. M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.  
 Prosser, W. L. «The Principle of *Rylands v. Fletcher*», in *Selected Topics on the Law of Torts*. Buffalo: Hein & Co., 1982.  
*Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.  
 Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.  
 Williams, David W. «Non-natural Use of Land» (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310.

<sup>i</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 133, 190 A.P.R. 133, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge en chef Adams de la Cour de district (1983), 45 Nfld. & P.E.I.R. 197, 132 A.P.R. 197.  
<sup>j</sup> Pourvoi accueilli.

Kevin Stamp, pour les appelants.

*Thomas J. O'Reilly, Q.C., and Paul M. McDonald*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest J. were delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises the important question whether a municipal authority which operates and maintains a sewer may, in the absence of negligence on its part, incur liability to a person whose property is damaged as a result of flooding caused by a random blockage of the sewer.

#### Facts

The appellants, Neil and Linda Tock, have a house in East Meadows in the St. John's Metropolitan Area. The respondent, the St. John's Metropolitan Area Board, operates the water and sewer system in the area.

In the early afternoon of October 10, 1981, a day of exceptionally heavy rainfall, the Tocks discovered that a large amount of water had entered their basement. They immediately notified the Board and attempted, in vain, to pump the water out themselves. Two employees of the Board came to inspect the storm sewer in the vicinity and determined that the sewer was blocked. A crew was summoned and by early evening it had located and removed the blockage. Within ten to fifteen minutes of the removal, the water drained from the basement which had, by this time, incurred substantial damage.

The Tocks brought an action against the Board in the District Court of Newfoundland. They claimed that the obstruction was caused by the negligence of the Board in the construction or maintenance of the storm sewer, relying on the doctrine of *res ipsa loquitur*. They also invoked the rule in *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, and in the alternative, alleged that the Board was liable on a claim for nuisance.

*Thomas J. O'Reilly, c.r., et Paul M. McDonald*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef  
a Dickson et du juge La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi porte sur la question importante de savoir si une municipalité qui exploite et entretient un réseau d'égouts peut, en l'absence de négligence de sa part, être tenue responsable envers une personne dont le bien-fonds est endommagé par suite d'une inondation causée par une obstruction imprévue du réseau d'égouts.

#### Les faits

Les appelants, Neil et Linda Tock, possèdent une maison à East Meadows dans l'agglomération urbaine de St. John's. L'intimé, la St. John's Metropolitan Area Board (la «Commission»), exploite un réseau d'aqueduc et d'égouts dans le secteur.

Au début de l'après-midi du 10 octobre 1981, une journée de pluies exceptionnellement abondantes, les Tock ont découvert qu'une grande quantité d'eau s'était infiltrée dans leur sous-sol. Ils ont immédiatement avisé la Commission de ce fait et ont vainement tenté d'évacuer l'eau eux-mêmes au moyen d'une pompe. Deux employés de la Commission sont venus inspecter l'égout pluvial situé dans le voisinage et ont constaté qu'il était bloqué. Une équipe envoyée sur les lieux a, en début de soirée, repéré l'endroit de l'obstruction et débloqué l'égout. Au cours des dix à quinze minutes qui suivirent le déblocage, l'eau s'est écoulée du sous-sol qui, à ce moment, avait subi des dommages importants.

Les Tock ont intenté une action contre la Commission devant la Cour de district de Terre-Neuve. Invoquant la théorie du *res ipsa loquitur*, ils ont prétendu que l'obstruction résultait de la négligence de la Commission dans la construction ou l'entretien de l'égout pluvial. Ils ont également invoqué la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, et subsidiairement, ils ont allégué que la Commission était responsable selon les règles de la nuisance.



The Courts Below

The trial judge, Adams C.J. Dist. Ct., held that the flooding was caused by the blockage and not by the exceptionally heavy rainfall. He went on to dismiss the claim in negligence, holding that the Board had not been negligent in the construction, maintenance or operation of the storm sewer. He did, however, hold that the escape of the water into the Tock's residence constituted a serious interference with their right of enjoyment of their property and, in consequence, allowed the claim in nuisance. In his opinion, the collection and drainage of water from rain or other sources constituted a non-natural user of land within the meaning of the rule in *Rylands v. Fletcher*. In the result, the trial judge awarded the Tocks a total of \$13,456.11 in damages.

The Newfoundland Court of Appeal reversed this judgment. Gushue J.A., writing for a unanimous court, held that the rule in *Rylands v. Fletcher* had no application. In his view, the provisioning of an indispensable service such as a water and sewer system could not be held to constitute a non-natural user of land within the meaning of the rule.

On the question of nuisance, Gushue J.A. expressed the view that a claim in nuisance would not lie against a municipal corporation for damage resulting from a service provided under statutory authority if that body could establish that the occurrence complained of was inevitable in the sense that it could not have been avoided by the exercise of all reasonable and available expertise and care in the design, construction and operation of the service. On the facts, he concluded that the Board had satisfied the onus of demonstrating that it had done everything that could reasonably be expected to avoid the occurrence.

The question of negligence was not in issue in the Court of Appeal. Nor was it raised on the appeal to this Court. I turn then to an examination of the other grounds.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge en chef Adams de la Cour de district a conclu en première instance que l'inondation résultait de l'obstruction et non des pluies exceptionnellement abondantes. Il a rejeté la demande fondée sur la négligence pour le motif que la Commission n'avait pas fait preuve de négligence dans la construction, l'entretien ou l'exploitation de l'égout pluvial. Il a cependant conclu que l'écoulement de l'eau dans la résidence des Tock portait sérieusement atteinte à leur droit de jouir de leur bien-fonds et, par conséquent, il a accueilli la demande fondée sur les règles de la nuisance. À son avis, la canalisation et le drainage de l'eau provenant de la pluie ou d'autres sources constituaient un usage non naturel du bien-fonds au sens de la règle formulée dans l'arrêt *Rylands v. Fletcher*. En définitive, le juge de première instance a accordé aux Tock la somme de 13 456,11 \$ en dommages-intérêts.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a infirmé cette décision. Le juge Gushue, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, a conclu que la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* ne s'appliquait pas. À son avis, la fourniture d'un service indispensable comme un réseau d'aqueduc et d'égouts ne pouvait constituer un usage non naturel d'un bien-fonds au sens de la règle.

Sur la question de la nuisance, le juge Gushue a exprimé l'avis qu'une action fondée sur la nuisance ne pourrait être intentée contre une municipalité pour les dommages résultant d'un service autorisé par le législateur si cet organisme pouvait établir que l'événement dont on se plaint était inévitable en ce sens qu'on n'aurait pas pu l'éviter en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables et possibles dans la conception, la construction et l'exploitation du service. Dans les faits, il a conclu que la Commission s'était acquittée du fardeau d'établir qu'elle avait fait tout ce qui était raisonnable pour prévenir cet événement.

La question de la négligence n'a été soulevée ni en Cour d'appel, ni devant notre Cour. Je vais donc examiner les autres moyens.

### The Rule in *Rylands v. Fletcher*

As noted above, the Court of Appeal held that the trial judge erred in holding that the construction of a sewer system would trigger the application of the rule in *Rylands v. Fletcher* on the ground that the sewer constituted a non-natural user of land. I share the conclusion of the Court of Appeal.

The definitive statement of the meaning to be ascribed to Lord Cairn's qualification in *Rylands v. Fletcher*, at pp. 338-39, that strict liability would only attach in respect of "non-natural user" of land is generally agreed to be that of Moulton L.J. in *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263, at p. 280. Moulton L.J. thus expressed himself:

It is not every use to which land is put that brings into play that principle. It must be some special use bringing with it increased danger to others, and must not merely be the ordinary use of the land or such a use as is proper for the general benefit of the community.

The courts, as noted by Fleming, *The Law of Torts*, 6th ed., at p. 308, have, on the basis of this qualification, interpreted the notion of non-natural user as a flexible concept that is capable of adjustment to the changing patterns of social existence.

In the evolution of the patterns of social existence since the formulation of the rule in *Rylands v. Fletcher*, one of the most salient developments has been the ever-increasing degree of involvement by all levels of government in land planning. The point is nicely put by Williams in his article "Non-natural Use of Land" (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310, at p. 319, when he argues that the existence of planning authorities which ensure that virtually all development of land occurs pursuant to planning decisions "puts the question of land use into a completely different context to that in which Messrs. Rylands and Horrocks built their little reservoir".

### La règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher*

Comme je l'ai déjà souligné, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en décidant que la construction d'un réseau d'égouts déclenchait l'application de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* parce que le réseau d'égouts constituait un usage non naturel d'un bien-fonds. Je partage la conclusion de la Cour d'appel.

On s'entend généralement pour reconnaître que le sens qu'il faut définitivement donner à la réserve exprimée par lord Cairn dans l'arrêt *Rylands v. Fletcher*, aux pp. 338 et 339, selon laquelle la responsabilité stricte ne s'applique que lorsqu'il y a «usage non naturel» d'un bien-fonds, est celui que le lord juge Moulton lui a attribué dans l'arrêt *Rickards v. Lothian*, [1913] A.C. 263, à la p. 280. Le lord juge Moulton s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Ce ne sont pas tous les usages auxquels un bien-fonds peut servir qui font entrer ce principe en jeu. Il doit s'agir d'un usage particulier qui comporte un danger accru pour autrui, et non de l'usage ordinaire du bien-fonds ou d'un usage susceptible de produire un avantage général pour la collectivité.

Comme l'a souligné Fleming, dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts*, 6<sup>e</sup> éd., à la p. 308, les tribunaux ont, en fonction de cette réserve, interprété la notion d'usage non naturel de façon souple pour qu'elle puisse s'adapter aux modes changeants de la vie en société.

La participation toujours plus importante de tous les paliers de gouvernement à l'aménagement du territoire constitue l'une des caractéristiques les plus remarquables de l'évolution des modes de vie en société depuis la formulation de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher*. Williams, dans son article intitulé «Non-natural Use of Land» (1973), 32 *Cambridge L.J.* 310, à la p. 319, exprime cela avec justesse lorsqu'il soutient que l'existence d'organismes d'aménagement qui veillent à ce que presque tout l'aménagement du territoire se fasse conformément aux décisions prises en la matière [TRADUCTION] «situe la question de l'usage des biens-fonds dans un contexte tout à fait différent de celui dans lequel MM. Rylands et Horrocks ont construit leur petit réservoir».

Public sewerage and drainage systems are an indispensable part of the infrastructures necessary to support urban life, and it is clear in my mind that the storm sewer in question here was constructed pursuant to planning decisions of the very sort alluded to in Williams' comments. As such, it would be difficult to conceive of a user of land falling more squarely within those that may be said to be ordinary and proper for the general benefit of the community; see the *obiter* remarks of Lord Denning to the same effect in *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149, at p. 189.

In summary, if, as argued by Prosser at p. 147 of his essay "The Principle of *Rylands v. Fletcher*," in *Selected Topics on the Law of Torts*, the touchstone for the application of the rule in *Rylands v. Fletcher* is to be damage occurring from a user inappropriate to the place where it is maintained (Prosser cites the example of the pig in the parlour), I would hold that the rule cannot be invoked where a municipality or regional authority, acting under the warrant of statute and pursuant to a planning decision taken in good faith, constructs and operates a sewer and storm drain system in a given locality.

To characterize a given use of land as appropriate to that locality does not, however, provide an answer to the question whether damage occasioned by that activity constitutes a nuisance. It is to that question that I now turn.

#### Nuisance

Generically, as *Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston, at p. 50, notes, "nuisances are caused by an act or omission, whereby a person is unlawfully annoyed, prejudiced or disturbed in the enjoyment of land". The same passage makes it clear that a nuisance may take a variety of forms, ranging from actual physical damage to land to interference with the health,

Les systèmes publics d'écoulement des eaux usées et des eaux de ruissellement constituent une partie indispensable des infrastructures nécessaires à la vie urbaine et je suis certain que l'égout pluvial en question a été construit conformément à des décisions d'aménagement du même type que celles dont Williams parle. Comme tel, il serait difficile d'imaginer un usage d'un bien-fonds qui s'inscrive plus clairement à l'intérieur de ceux qu'on pourrait qualifier d'ordinaires et de susceptibles de produire un avantage général pour la collectivité; voir l'opinion incidente exprimée dans le même sens par lord Denning dans l'arrêt *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.*, [1953] Ch. 149, à la p. 189.

En résumé, si, comme le prétend Prosser, à la p. 147 de son essai intitulé «The Principle of *Rylands v. Fletcher*,» dans *Selected Topics on the Law of Torts*, la pierre angulaire de l'application de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* doit être le préjudice qui résulte d'un usage non approprié d'un endroit (Prosser cite l'exemple d'un porc dans un salon), je suis d'avis d'affirmer que la règle ne peut être invoquée lorsqu'une municipalité ou un organisme régional, agissant en conformité avec une loi et en application d'une décision d'aménagement prise de bonne foi, construit et exploite un système d'écoulement des eaux usées et des eaux de ruissellement dans une localité donnée.

Qualifier un usage donné d'un bien-fonds de convenable pour cette localité n'apporte cependant pas de réponse à la question de savoir si le préjudice causé par cette activité constitue une nuisance. C'est à cette question que je vais maintenant passer.

#### La nuisance

Comme on le souligne dans l'ouvrage *Salmond on the Law of Torts*, 17<sup>e</sup> éd. par R. F. V. Heuston, à la p. 50, généralement, [TRADUCTION] «des nuisances sont causées par un acte ou une omission qui a pour effet d'importuner illégalement une personne, de lui faire subir un préjudice ou de la déranger dans la jouissance de son bien-fonds». Le même passage explique clairement qu'une nuisance peut revêtir différentes formes, des dommages matériels au bien-fonds au préjudice à la santé,

comfort or convenience of the owner or occupier of land.

The assessment whether a given interference should be characterized as a nuisance turns on the question, simple to state but difficult to resolve, whether in the circumstances it is reasonable to deny compensation to the aggrieved party. The courts have traditionally approached this problem of reconciling conflicting uses of land with an eye to a standard based, in large part, on the formulations of Knight Bruce V.-C. in *Walter v. Selfe* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849, and Bramwell B. in *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27, at pp. 83-84 and at pp. 32-33 respectively. There it was observed that the very existence of organised society depended on a generous application of the principle of "give and take, live and let live". It was therefore appropriate to interpret as actionable nuisances only those inconveniences that materially interfere with ordinary comfort as defined according to the standards held by those of plain and sober tastes. In effect, the law would only intervene to shield persons from interferences to their enjoyment of property that were unreasonable in the light of all the circumstances.

The courts are thus called upon to select among the claims for interference with property and exclude those based on the prompting of excessive "delicacy and fastidiousness", to employ the terms of Knight Bruce V.-C. The courts attempt to circumscribe the ambit of nuisance by looking to the nature of the locality in question and asking whether the ordinary and reasonable resident of that locality would view the disturbance as a substantial interference with the enjoyment of land. Among the criteria employed by the courts in delimiting the ambit of the tort of nuisance are considerations based on the severity of the harm, the character of the neighbourhood, the utility of the defendant's conduct, and the question whether the plaintiff displayed abnormal sensitivity.

au confort ou aux commodités du propriétaire ou de l'occupant du bien-fonds.

Pour déterminer si une atteinte donnée devrait être qualifiée de nuisance, la question, qu'il est facile de formuler mais à laquelle il est difficile de répondre, est de savoir si, dans les circonstances, il est raisonnable de refuser toute indemnité à la partie lésée. Traditionnellement, les tribunaux ont abordé ce problème de réconciliation des usages incompatibles d'un bien-fonds en tenant compte d'une norme fondée en grande partie sur les formulations du vice-chancelier Knight Bruce dans l'arrêt *Walter v. Selfe* (1851), 4 De G. & Sm. 315, 64 E.R. 849, et du baron Bramwell dans l'arrêt *Bamford v. Turnley* (1862), 3 B. & S. 66, 122 E.R. 27, aux pp. 83 et 84 et aux pp. 32 et 33 respectivement. Dans ce dernier arrêt, on a fait remarquer que l'existence même d'une société organisée dépendait d'une application libérale du principe des [TRADUCTION] «concessions mutuelles et de la tolérance». Il était donc approprié de dire que les nuisances qui pouvaient donner lieu à une action étaient formées des seuls inconvénients qui préjudiciaient sensiblement au confort ordinaire selon les normes de ceux qui ont un goût simple et réservé. En effet, le droit n'interviendrait que pour protéger les personnes des atteintes à leur droit de jouir du bien-fonds qui seraient déraisonnables compte tenu de toutes les circonstances.

Les tribunaux sont donc appelés à faire un choix parmi les demandes fondées sur l'atteinte à la propriété et à exclure celles qui découlent [TRADUCTION] «d'un caprice ou d'une exigence» excessifs, pour reprendre les termes du vice-chancelier Knight Bruce. Les tribunaux ont tenté de définir la portée de la nuisance en examinant la nature de la localité en question et en se demandant si le résident ordinaire et raisonnable de cette localité considérerait l'inconvénient comme une atteinte importante à la jouissance du bien-fonds. Parmi les critères utilisés pour déterminer l'étendue du délit de nuisance, les tribunaux ont tenu compte de la gravité du préjudice, des particularités du voisinage, de l'utilité du comportement du défendeur et de l'existence chez le demandeur d'une sensibilité anormale.

It is important to bear in mind, however, that these criteria find their greatest application in cases where the interference complained of does not consist of material damage to property but rather interference with tranquility and amenity, i.e., what Westbury L.C. in *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, at p. 650, classified as "nuisance . . . productive of sensible personal discomfort . . . anything that discomposes or injuriously affects the senses or the nerves". Where "material damage" is concerned, it is clear that the criteria adverted to above are to be applied with great circumspection; see *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719, at pp. 729-30 per McRuer C.J.H.C. In the presence of actual physical damage to property, the courts have been quick to conclude that the interference does indeed constitute a substantial and unreasonable interference with the enjoyment of property. As put by Westbury L.C. in *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping*, *supra*, at pp. 650-51:

. . . the submission which is required from persons living in society to that amount of discomfort which may be necessary for the legitimate and free exercise of the trade of their neighbours, would not apply to circumstances the immediate result of which is sensible injury to the value of the property.

On the basis of the foregoing considerations, I conclude that the escape of water at issue here would clearly constitute a compensable nuisance were this a case opposing two private individuals. The same view was taken by McIntyre J.A., later of this Court, in the very similar case of *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (B.C.C.A.) The question thus becomes that of determining whether it is reasonable to deny compensation to the appellants because of the fact that they suffered the damage at the hands of a body exercising statutory authority. This requires a consideration of the defence of statutory authority.

Il est cependant important de garder à l'esprit que l'application de ces critères est des plus utiles dans les cas où l'atteinte dont on se plaint consiste non pas en un préjudice matériel à la propriété, mais plutôt en un trouble de la tranquillité et de la jouissance, c'est-à-dire ce que le lord chancelier Westbury a qualifié, dans l'arrêt *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, à la p. 650, de [TRADUCTION] «nuisance [...] à l'origine d'un malaise personnel appréciable [...] tout ce qui trouble ou a un effet négatif sur les sens ou les nerfs». Lorsqu'il est question d'un «préjudice matériel», il est clair que les critères mentionnés précédemment doivent être appliqués avec beaucoup de circonspection; voir l'arrêt *Russell Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron Co.*, [1952] 4 D.L.R. 719, aux pp. 729 et 730, le juge en chef McRuer de la Haute Cour. En présence d'un véritable préjudice matériel à la propriété, les tribunaux n'ont pas hésité à conclure qu'il s'agit vraiment d'une atteinte importante et déraisonnable à la jouissance de la propriété. Comme l'affirme le lord chancelier Westbury dans l'arrêt *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping*, précité, aux pp. 650 et 651:

[TRADUCTION] . . . l'on ne peut exiger que des personnes supportent une situation dont le résultat immédiat est un préjudice appréciable à la valeur de la propriété de la même façon que les personnes vivant en société doivent supporter le dérangement qui peut être nécessaire pour l'exercice légitime et libre du commerce de leurs voisins.

g

Compte tenu des considérations précédentes, je conclus que l'eau qui s'est échappée en l'espèce constitue clairement une nuisance qui pourrait donner lieu à une indemnisation s'il s'agissait d'un différend opposant deux particuliers. Le juge McIntyre, plus tard juge de notre Cour, a exprimé le même point de vue dans l'arrêt très semblable *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (C.A.C.-B.) La question est donc de savoir s'il est raisonnable de refuser d'accorder une indemnité aux appelants pour le motif que le préjudice qu'ils ont subi a été causé par un organisme qui exerçait un pouvoir conféré par la loi. Cela nous oblige à examiner le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur.

Statutory Authority

Briefly put, the test applied by the courts when faced with the decision whether a nuisance may be defended on the ground that it was created pursuant to the exercise of statutory authority takes the form of inquiring whether the statute expressly or impliedly authorizes the damage complained of, and whether the public or other body concerned has established that the damage was inevitable. This was the test applied by this Court in *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150.

The approach to this defence, though considerably refined, is a legacy of the Victorian age. The gist of the doctrine as it then emerged was to the effect that in the absence of negligence no action would lie for damage occasioned by a body acting within the confines of its statutory authority. Negligence, it may be noted, was understood in a special sense as the failure on the part of the body to observe all precautions consistent with the carrying out of the activity in question; see *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, *passim*. The *locus classicus* is that of Blackburn L.J. in *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), at pp. 455-56:

For I take it, without citing cases, that it is now thoroughly well established that no action will lie for doing that which the legislature has authorized, if it be done without negligence, although it does occasion damage to anyone; but an action does lie for doing that which the legislature has authorized, if it be done negligently. And I think that if by a reasonable exercise of the powers, either given by statute to the promoters, or which they have at common law, the damage could be prevented it is, within this rule, "negligence" not to make such reasonable exercise of their powers. I do not think that it will be found that any of the cases (I do not cite them) are in conflict with that view of the law.

In his essay "Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization" (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196, at pp. 202 *et seq.*, Professor, now Justice, Linden makes the point that the formulation of the doctrine of immunity reposed on a

L'autorisation du législateur

En bref, le critère que les tribunaux appliquent lorsqu'ils ont à décider si, en défense à une action fondée sur la nuisance, il est possible de prétendre que celle-ci résulte de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, prend la forme d'un examen pour déterminer si la loi autorise expressément ou implicitement le préjudice reproché et si le public ou un autre organisme intéressé a établi que le préjudice était inévitable. C'est ce critère que notre Cour a appliqué dans l'arrêt *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150.

La façon d'aborder ce moyen de défense nous vient de l'époque victorienne, bien que considérablement affinée depuis. La théorie apparue à l'époque prévoyait essentiellement qu'en l'absence de négligence aucune action ne pouvait être intentée pour le préjudice causé par un organisme qui agissait conformément aux pouvoirs que lui conférait la loi. Il convient de noter que la négligence revêtait un sens particulier, celui de l'omission de la part de l'organisme de prendre toutes les précautions conformes à l'exercice de l'activité en question; voir l'arrêt *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, *passim*. L'extrait classique est celui du lord juge Blackburn dans l'arrêt *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), aux pp. 455 et 456:

[TRADUCTION] Car je tiens pour acquis, sans mentionner la jurisprudence, qu'il est maintenant très bien établi qu'aucune action ne peut être intentée à l'égard d'une activité que le législateur a permise si celle-ci est exercée sans négligence, bien qu'elle cause un préjudice à quelqu'un; mais une action peut être intentée si l'activité permise par le législateur est exercée de façon négligente. Et j'estime que si par un exercice raisonnable des pouvoirs que la loi confère aux promoteurs ou que ceux-ci possèdent en *common law* le préjudice pouvait être évité, ils agiraient, selon cette règle, avec «négligence» s'ils n'exerçaient pas raisonnablement leurs pouvoirs. Je ne crois pas qu'il y ait conflit entre la jurisprudence (je ne la cite pas) et cette conception du droit.

Dans son article intitulé «Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization» (1966), 4 *Osgoode Hall L.J.* 196, aux pp. 202 *et suiv.*, le professeur Linden, maintenant juge, affirme que la formulation de la théorie de l'immunité repose sur

supposed divination of legislative intent, for the statutes which authorized undertakings were normally silent as to the effect of the legislation on tort liability. As he notes, the emergence in the 19th century of a doctrine conferring substantial immunities on public authorities corresponded to then pressing policy reasons. He states at p. 199:

Perhaps the most important policy reason for the creation of the immunity was the desire to promote industrial expansion and to refrain from saddling infant industries with legal responsibility for their non-negligent conduct. Legislative authority was generally used in cases involving semi-public activities such as railways, roadbuilding, canals and hospitals. These types of enterprise were even more vital to the economy than were other industries and thus deserving of additional protection from civil liability.

It is clear, however, that the concern that the imposition of tort liability would nullify the ability of public and semi-public bodies to carry out what was authorized by the legislature has waned in this century, giving way, in considerable measure, to the notion that it is unreasonable to immunize these bodies from tort liability. As Linden, *op. cit.*, at p. 202 puts it, the broad immunity previously given public bodies is now in the process of "contraction and decay". The rationale for this shift may be said to lie in the perception that, when an individual suffers damage attributable to such a body, it is only just that the cost of this damage should be absorbed by it and thus become a charge on all those who benefit from the service, rather than being laid at the feet of the hapless individual who has been injured or incurred damage; see McLaren, "Nuisance in Canada", in A. M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*, at p. 372.

This shift away from the notion that public authorities as such should enjoy an immunity from liability in tort was effected by means of a number of techniques developed by the courts for eliciting the supposed intent of the legislature; see McLaren, *op. cit.*, at pp. 372-73; Linden, *op. cit.*, at pp. 201 *et seq.* Thus, liability has turned on the question whether the statute should be characterized as

une prétendue divination de l'intention du législateur, car les lois qui autorisaient des entreprises étaient habituellement silencieuses quant à l'effet de la législation sur la responsabilité délictuelle.

<sup>a</sup> Comme il le souligne, l'apparition au XIX<sup>e</sup> siècle d'une théorie conférant des immunités importantes aux autorités publiques répondait aux raisons de principe urgentes à l'époque. Il affirme à la p. 199:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Il est possible que la raison de principe la plus importante à l'origine de la création de l'immunité ait été le désir de promouvoir le développement industriel et le refus d'imposer aux industries naissantes une responsabilité légale pour leur conduite non négligente. L'autorisation du législateur était généralement invoquée lorsqu'il s'agissait d'activités semi-publiques comme dans les cas des chemins de fer, de construction de routes, de canaux et d'hôpitaux. Ces genres d'entreprises étaient même beaucoup plus essentielles à l'économie que d'autres secteurs et méritaient donc une protection supplémentaire contre une responsabilité civile.

Il est cependant clair que la crainte que l'imposition d'une responsabilité civile rende les organismes publics et semi-publics incapables d'exercer les activités autorisées par le législateur a diminué au cours de ce siècle pour céder le pas, dans une très large mesure, à la notion selon laquelle il est déraisonnable d'exonérer ces organismes de toute responsabilité civile. Comme l'affirme Linden, *op. cit.*, à la p. 202, l'immunité générale dont jouissaient les organismes publics auparavant est en voie de disparition. On peut dire que la raison de ce changement est la perception que, lorsqu'un individu subit un préjudice attribuable à ce genre d'organisme, il n'est que juste que le coût de ce préjudice soit assumé par celui-ci et soit donc réparti entre tous ceux qui bénéficient du service, plutôt que par l'individu malchanceux qui a été lésé ou qui a subi le préjudice; voir McLaren, «Nuisance in Canada», dans A. M. Linden, éd., *Studies in Canadian Tort Law*, à la p. 372.

<sup>i</sup> Cet abandon de l'idée que les autorités publiques devraient comme telles bénéficier d'une immunité contre la responsabilité civile s'est réalisé grâce à un certain nombre de techniques que les tribunaux ont mises au point pour découvrir l'intention présumée du législateur; voir McLaren, *op. cit.*, aux pp. 372 et 373; Linden, *op. cit.*, aux pp. 201 et suiv. Ainsi, la responsabilité dépendait

mandatory or permissive, the basis for the distinction being the premise that, where the legislature has merely accorded a power as opposed to having mandated the doing of a particular thing in a given locality, it is to be supposed that the power is meant to be exercised in strict conformity with individual rights.

Again, rather than applying a presumption that the authorizing statute impliedly sanctioned the invasion of individual rights, the courts have sought to determine whether the nuisance would inevitably arise from the construction or operation of the authorized work. Damage is said to be "inevitable" when the body responsible for it establishes to the satisfaction of the court that it was demonstrably impossible to avoid the damage inasmuch as it had carried out its operations with a degree of skill and care commensurate with current scientific and technical knowledge, but with due allowance for practical considerations bearing on time and expense. On proof of inevitability, a plaintiff is denied redress. Viscount Dunedin put it this way in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), at p. 183:

When Parliament has authorized a certain thing to be made or done in a certain place, there can be no action for nuisance caused by the making or doing of that thing if the nuisance is the inevitable result of the making or doing so authorized. The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense.

Though the words of Viscount Dunedin have now taken on the aura of dogma, the question of what is meant by inevitability invites scrutiny.

In the case before us, the Court of Appeal took the view that a statutory body would establish the inevitability of damage on a showing that it had not been negligent in its operation of the system in

de la question de savoir si la loi devait être qualifiée d'impérative ou de facultative, la distinction reposant sur le principe que lorsque le législateur a simplement conféré un pouvoir et non prescrit l'exercice d'une certaine activité dans un lieu donné, il faut supposer que le pouvoir doit être exercé en stricte conformité avec les droits des particuliers.

Une fois encore, au lieu d'appliquer la présomption que la loi habilitante a implicitement sanctionné la violation des droits des particuliers, les tribunaux ont cherché à déterminer si la nuisance découlerait inévitablement de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage permis. On dit que le préjudice est «inévitable» lorsque l'organisme qui en est responsable convainc le tribunal qu'il était manifestement impossible de l'éviter en ce sens que l'organisme a agi en exerçant des compétences et une diligence proportionnelles aux connaissances scientifiques et techniques contemporaines, mais en tenant dûment compte de considérations pratiques relatives aux délais et aux coûts. S'il y a preuve que le préjudice était inévitable, on refuse réparation au demandeur. Dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), le vicomte Dunedin affirme, à la p. 183:

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement a permis qu'une chose donnée soit faite à un endroit donné, il ne peut y avoir d'action fondée sur la nuisance causée par la chose qui est faite si la nuisance est le résultat inévitable de la chose autorisée. Le fardeau d'établir que le résultat est inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l'égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n'est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l'état des connaissances scientifiques à l'époque, compte tenu également d'une saine appréciation, qu'on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût.

Bien que les propos du vicomte Dunedin aient maintenant valeur de dogme, la question de savoir ce qu'on entend par caractère inévitable exige examen.

En l'espèce, la Cour d'appel a adopté le point de vue selon lequel un organisme créé par la loi établirait le caractère inévitable du préjudice en démontrant qu'il n'a pas été négligent dans l'ex-



question. This emerges from the following passages from its decision, at pp. 136 and 139:

As a general rule, municipal authorities have not been held liable in nuisance by the courts if the municipality has been authorized by the Legislature to construct and maintain an undertaking or work, the nature of which may involve interference with the rights of individuals, where negligence has not been demonstrated.

I think it unnecessary to go to either extreme to establish inevitability because in my view what is really meant by inevitability is "unavoidability". Thus, a municipal corporation, acting under statutory authority, may successfully defend an action in nuisance if it can establish that the occurrence complained of was inevitable in the sense that it could not have been avoided by the exercise of all reasonable and available expertise and care in the design, construction and operation of the works from which the nuisance emanated. This obviously comes very close to stating that the onus on the municipality is to disprove negligence . . .

It is established that there was no negligence by the municipality and I am unable to conclude that the municipality created any nuisance. As stated, the mere fact of the interference with the respondent's land does not in my view create a nuisance because, while unfortunate, there was no "unreasonableness" which can be ascribed to the appellant municipality.

The problem with this approach is that it directs the focus of the inquiry solely on the conduct of the defendant. Yet the fundamental issue before the court in a claim for nuisance is not whether the defendant has acted prudently. Rather, the issue for determination is whether, on a consideration of all the circumstances, it is reasonable or unreasonable to award compensation for the damage suffered. McIntyre J.A., as he then was, put the point well in *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, *supra*, when after noting (at pp. 465-66) that the most carefully designed industrial plant operated with the greatest care could cause a nuisance, he added, at p. 467:

In my opinion the rationale for the law of nuisance in modern times, whatever its historical origins may have

exploitation du système en question. Cela ressort des extraits suivants de son arrêt, aux pp. 136 et 139:

[TRADUCTION] En règle générale, les tribunaux n'ont pas, en l'absence d'une preuve de négligence, déclaré des autorités municipales coupables de nuisance lorsque le législateur avait autorisé la municipalité à construire et à entretenir une entreprise ou un ouvrage de nature à porter atteinte aux droits des particuliers.

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de faire appel aux extrêmes pour établir le caractère inévitable parce qu'à mon avis ce qu'on entend vraiment par caractère inévitable c'est ce qui est «inéluctable». Par conséquent, une corporation municipale qui agit en vertu de l'autorité de la loi peut avoir gain de cause en défense à une action fondée sur la nuisance si elle établit que l'événement dont on se plaint était inévitable en ce sens qu'on n'aurait pas pu l'éviter en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables et possibles dans la conception, la construction et l'exploitation des ouvrages à l'origine de la nuisance. Manifestement, cela revient presque à dire qu'il incombe à la municipalité d'établir qu'il n'y a pas eu négligence . . .

La preuve démontre que la municipalité n'a pas été négligente et je suis incapable de conclure que la municipalité est à l'origine d'une nuisance. Comme je l'ai dit, le simple fait qu'il y ait atteinte au bien-fonds de l'intimé ne crée pas, à mon avis, une nuisance parce que, bien que la situation soit regrettable, on ne peut reprocher à la municipalité appelante d'avoir agi de façon «déraisonnable».

Le problème que soulève cette interprétation, c'est qu'elle fait porter l'examen sur la seule conduite du défendeur. Or, la question fondamentale dont est saisie la cour dans une action fondée sur la nuisance n'est pas de savoir si le défendeur a agi avec prudence. Il s'agit plutôt de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, il est raisonnable ou déraisonnable d'accorder une indemnité pour le préjudice subi. Le juge McIntyre, plus tard juge de notre Cour, a clairement exposé ce point dans l'arrêt *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, précité, lorsqu'il a ajouté, après avoir souligné (aux pp. 465 et 466) que l'usine la mieux conçue et exploitée de façon la plus prudente pouvait être à l'origine d'une nuisance, à la p. 467:

[TRADUCTION] À mon avis, la raison d'être de la règle de la nuisance à notre époque moderne, peu

been, is the provision of a means of reconciling certain conflicting interests in connection with the use of land, even where the conflict does not result from negligent conduct. It protects against the unreasonable invasion of interests in land.

The meaning of what constitutes an "unreasonable" invasion accordingly cannot turn on the sole question whether the defendant has taken reasonable care in the circumstances.

I would therefore respectfully reject the view of the Court of Appeal that the test whether a given occurrence is "inevitable" turns on whether the accident was bound to occur despite the exercise of "reasonable and available expertise and care in the design, construction and operation of the works from which the nuisance emanated". The test for inevitability does not, in my view, centre on whether a particular infrastructure with all its deficiencies is bound to produce occurrences of the nature complained of. What Viscount Dunedin's statement in the *City of Manchester* case invites the courts to do, as I see it, is to take a broad view of the matter and to ask whether, having regard both to the technical knowledge available to the public body concerned, and the limitations of cost, it was demonstrably impossible for it to provide the service without causing a nuisance. This is obviously a question of quite a different order from asking whether it was demonstrably impossible for that body, with the equipment it had in place or with the level of service it chose to provide, to avoid causing the damage through the exercise of due care.

The invitation proffered by Lord Dunedin has been accepted by a number of Canadian courts; see especially *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, *supra*; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *aff'd* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *aff'd sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Bishop v. Town of Gander* (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310 (Nfld. S.C.) These courts, while according due

importe ses origines historiques, est de prévoir un moyen de concilier certains intérêts opposés en rapport avec l'usage de biens-fonds, même lorsque le conflit ne résulte pas d'une conduite négligente. Elle protège contre l'atteinte déraisonnable aux droits sur les biens-fonds.

Par conséquent, le sens de ce qui constitue une atteinte «déraisonnable» ne peut dépendre de la seule question de savoir si le défendeur a fait preuve de diligence raisonnable dans les circonstances.

En toute déférence, je rejetterais donc l'opinion de la Cour d'appel que le critère applicable pour déterminer si un événement donné est «inévitabile» consiste à déterminer si l'accident devait nécessairement se produire même en exerçant «toute la diligence et toutes les compétences raisonnables et possibles dans la conception, la construction et l'exploitation des ouvrages à l'origine de la nuisance». À mon avis, le critère applicable pour déterminer le caractère inévitable n'est pas axé sur la question de savoir si une infrastructure particulière avec tous ses défauts doit nécessairement produire les événements dont on se plaint. Si je comprends bien, le vicomte Dunedin, dans l'affaire *City of Manchester*, invite les tribunaux à aborder la question dans un sens large et à se demander si, compte tenu à la fois des connaissances techniques dont disposait l'organisme public en question et des restrictions de coûts, il était manifestement impossible pour cet organisme de fournir un service sans causer de nuisance. Il s'agit évidemment d'une question tout à fait différente de celle de savoir s'il était manifestement impossible pour cet organisme, compte tenu du matériel dont il disposait ou de la qualité du service qu'il avait choisi d'offrir, d'éviter de causer le préjudice en faisant preuve de diligence raisonnable.

Un certain nombre de tribunaux canadiens se sont rendus à l'invitation de lord Dunedin; voir particulièrement les arrêts *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, précité; *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *conf. par* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *conf. sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Bishop v. Town of Gander* (1986), 60 Nfld. and P.E.I.R. 310 (C.S.T.-N.) Tout en respectant

respect to the traditional garb in which the defence of statutory authority was clothed, were not dissuaded from reformulating the law to meet modern conditions and values. Some courts, however, including, with deference, the Court of Appeal in this case, appear to have been misled by the traditional verbiage and failed to follow this development; see, for example, *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494 (Ont. Dist. Ct.)

The truth is that there is an air of unreality and contrivedness to the defence of statutory authority in this context, however one may seek to rationalize it. Where the statute in question does not expressly exempt a body for damages in nuisance, or, in the alternative, does not provide for a compensation scheme of its own or contain other clear legislative indications, I doubt that divination of an unexpressed intent of the legislature can shed much light on the question whether the person who has suffered damage should be denied compensation. At this remove from the 19th century, therefore, it would seem appropriate to reformulate the law in more functional terms. To give one instance, I would reject the notion that the distinction as to whether a statute is permissive or mandatory is, without more, determinative. Thus, if one looks at the statute authorizing the storm drain in question here, it is clear that the statute is framed in permissive terms. By application of the traditional test, this would ground the presumption that the sewer was meant to be built in strict conformity with private rights, whereas, had the statute been mandatory, the operative presumption would have been that the statutory powers were merely to be exercised without negligence, as that term was defined earlier. But I cannot see how liability for nuisance can credibly be said to depend on whether the legislature has conferred a general power to build sewers that, on all accounts, it must be taken to know will be built as and where the demand arises, or whether it goes to the trouble of passing a special enactment to authorize each sewer in turn. Whatever statutory route is taken will result in the construction of sewerage and drainage facilities in the same locations, and the nature of the authorization cannot, in all reason, have any

la manière traditionnelle dont le moyen de défense de l'autorisation du législateur était présenté, ces tribunaux n'ont pu s'empêcher de reformuler le droit pour respecter les conditions et valeurs contemporaines. Cependant, certains tribunaux, dont, en toute déférence, la Cour d'appel en l'espèce, paraissent avoir été induits en erreur par le verbiage traditionnel et n'ont pas suivi ce courant; voir, par exemple, l'arrêt *Vergamini v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1986), 54 O.R. (2d) 494 (C. dist. Ont.)

En vérité, le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur semble, dans ce contexte, quelque peu irréaliste et artificiel, peu importe la façon dont on tente de le rationaliser. Si la loi en cause n'exonère pas expressément un organisme du préjudice qui découle de la nuisance, ou subsidiairement, si elle ne comporte pas en soi un régime d'indemnisation ni d'autres indications législatives claires, je doute que la divination d'une intention non exprimée du législateur puisse faciliter considérablement la tâche de savoir s'il faut refuser d'indemniser la personne qui a subi un préjudice. Par conséquent, à notre époque, il semblerait approprié de reformuler le droit en termes plus fonctionnels. Pour n'en donner qu'un exemple, je serais d'avis de rejeter la notion que la distinction entre une loi facultative ou impérative est, sans plus, déterminante. Par conséquent, si on examine la loi qui autorise en l'espèce l'installation de l'égout pluvial, il est clair que la formulation de cette loi permet l'exercice d'une faculté. Si on appliquait le critère traditionnel, la présomption que l'égout devait être construit en stricte conformité avec les droits des particuliers serait fondée, alors que, si la loi avait été impérative, la présomption applicable aurait été que les pouvoirs législatifs n'avaient qu'à être exercés sans négligence au sens où ce terme a été défini précédemment. Mais je ne comprends pas comment on peut plausiblement affirmer que la responsabilité pour nuisance dépend de la question de savoir si le législateur a conféré un pouvoir général de construire des égouts qui, de toute façon, il faut le reconnaître, sont construits là et quand il y a une demande pour ce service, ou de celle de savoir s'il faut se donner la peine d'adopter chaque fois une loi spéciale pour autoriser la construction d'un égout. Peu importe

bearing on the question whether compensation is owed, or is not owed, for damage suffered as a consequence of the operation of the sewer.

Turning to the question of inevitability, it seems to me that, in strict logic, most nuisances stemming from activities authorized by statute are in fact inevitable. Certainly, if one is to judge from the frequency with which storm drain and sewer cases occur in the reports, it would seem a safe conclusion that blockage of such systems is inevitable if one accepts this to mean that it is demonstrably impossible to operate these systems without such occurrences. But what escapes me is why any particular importance should be accorded this fact when weighing a nuisance claim against a statutory authority. The fact that the operation of a given system will inevitably visit random damage on certain unfortunate individuals among the pool of users of the system does not tell us why those individuals should be responsible for paying for that damage.

This rationale was recently adverted to by Robins J. in *Schenck v. The Queen in Right of Ontario, supra*, where fruit farmers successfully sued the Ontario Government in nuisance for damage resulting to their orchards adjacent to provincial highways from the application of salt to the highways to permit winter travel. In reasons successively approved by the Ontario Court of Appeal and this Court, Robins J. perceptively observed that arguments about inevitability are essentially arguments about money. This was recently followed in *Bishop v. Town of Gander, supra*, which involved a ruptured water main. There, Barry J. had this to say, at p. 332:

In the case of *Schenck v. The Queen* (supra), the basis of the argument against the assumption of liability by

le moyen législatif choisi, il y aura construction de systèmes d'écoulement des eaux usées et des eaux de ruissellement aux mêmes endroits et la nature de l'autorisation ne peut, en toute logique, influencer sur la question de savoir si une indemnité est due ou non pour le préjudice subi par suite de l'exploitation de l'égout.

Quant à la question du caractère inévitable, il me semble qu'en toute logique la plupart des nuisances qui découlent des activités autorisées par la loi sont en fait inévitables. Il est sûr que si on se fie à la fréquence avec laquelle on trouve dans les rapports judiciaires des décisions relatives aux systèmes d'écoulement des eaux de ruissellement et des eaux usées, on pourrait, semble-t-il, conclure à coup sûr que l'obstruction de ces systèmes est inévitable si l'on entend par cela qu'il est manifestement impossible de les exploiter sans que de tels événements se produisent. Ce qui m'échappe cependant, c'est pourquoi il faudrait accorder une importance particulière à ce fait lorsqu'on soupèse une demande fondée sur la nuisance en fonction de l'autorisation du législateur. Le fait que l'exploitation d'un système donné cause inévitablement et au hasard un préjudice à certains individus malchanceux parmi tous les usagers du système ne nous explique pas pourquoi ces individus devraient avoir à payer pour ces dommages.

Le juge Robins a récemment fait état de ce raisonnement dans l'arrêt *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, précité, où des arboriculteurs fruitiers ont eu gain de cause dans l'action fondée sur la nuisance qu'ils avaient intentée contre le gouvernement ontarien pour les dommages causés à leurs vergers par le sel épandu sur les routes avoisinantes pour permettre la circulation en hiver. Dans des motifs que la Cour d'appel de l'Ontario et notre Cour ont approuvés successivement, le juge Robins a fait remarquer avec perspicacité que les arguments relatifs au caractère inévitable portent essentiellement sur une question d'argent. Ce raisonnement a été suivi dans la récente décision *Bishop v. Town of Gander*, précitée, qui portait sur la rupture d'une conduite principale d'eau. Voici ce que le juge Barry a dit, à la p. 332:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Schenck v. The Queen* (précité), le fondement de l'argument pour refuser de

the municipality, as in this instance, was essentially one of money, i.e. the high cost of paying the resulting damages or of avoidance of the risk of damage. If courts were to accept that contention, municipalities would be able to economise on such expensive capital works as water systems without responsibility to its citizens for the losses sustained by them in consequence of nuisances so caused.

Constraints of time and money will always militate against the building of absolutely failsafe systems (on the assumption that such systems are possible) and the maintaining of the best conceivable inspection system. Accordingly, a public authority charged with operating any service will inevitably have to strike a balance between the need to give due consideration to factors bearing on efficiency and thrift, and the need to protect persons and property from damage that the system in question is likely to cause. In a word, it will be necessary to make compromises, and I have no reason to doubt that these compromises will take into account the possibility of a certain amount of inevitable damage. This, it seems to me, is bound to occur where the costs of preventing predictable damage far outweigh the actual costs of that damage. To take one example, a public authority, depending on the nature of the threat posed to life and limb, might incur considerable difficulty in justifying to its ratepayers a decision to disburse annually an extra million dollars for a program of inspection that stood merely to forestall damage of one hundred thousand dollars. But the decision not to inspect in such circumstances does not change the fact that the resultant damage should properly be viewed as a cost of running the system. Similarly, in *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, there were no doubt alternative ways to make highways passable in winter, but they probably came at substantially greater cost. If one can judge from the almost universal use of salt in this country, there was no realistic alternative. To my mind, the flaw in the inevitability test, as traditionally expressed, is that it does not take due account of

reconnaître la responsabilité de la municipalité, comme en l'espèce, portait essentiellement sur une question d'argent, c'est-à-dire sur le coût élevé des dommages causés ou sur le coût élevé pour prévenir le risque qu'un dommage se produise. Si les tribunaux acceptaient cette prétention, les municipalités pourraient faire des économies sur des projets aussi coûteux et importants que des systèmes de canalisation d'eau, sans assumer de responsabilité envers ses citoyens pour les pertes que ceux-ci subissent par suite des nuisances ainsi causées.

Des contraintes de temps et d'argent vont toujours jouer contre la construction de systèmes absolument sûrs (dans la mesure où il est possible d'en construire) et le maintien du meilleur système d'inspection possible. Par conséquent, les autorités publiques chargées d'exploiter un service devront inévitablement établir l'équilibre entre les facteurs qui influent sur le rendement et l'économie, et la nécessité de protéger les personnes et les biens contre tout préjudice que le système en question est susceptible de leur causer. En un mot, il sera nécessaire de faire des compromis et je suis certain qu'on tiendra compte, dans ces compromis, de la possibilité d'un certain préjudice inévitable. Il me semble que cela se produira nécessairement si les coûts de prévention du préjudice prévisible dépassent largement les coûts réels de ce préjudice. Pour ne citer qu'un exemple, des autorités publiques peuvent, selon la nature de la menace qui est faite à la vie des gens, éprouver d'énormes difficultés à justifier auprès de leurs contribuables la décision de consacrer annuellement un million de dollars supplémentaires à un programme d'inspection dont le but n'est que de prévenir un dommage de cent mille dollars. Mais la décision de ne pas procéder à l'inspection dans ces circonstances ne change pas le fait que le préjudice qui résulte devrait être considéré à bon droit comme un coût d'exploitation du système. De même, dans l'arrêt *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, il ne faisait pas de doute qu'il y avait d'autres façons de rendre les routes praticables en hiver mais le coût était vraisemblablement beaucoup plus élevé. Compte tenu de l'usage presque universel du sel dans ce pays, il n'y avait aucune autre solution réaliste. À mon avis, la lacune que comporte le critère du caractère inévitable, tel qu'il était formulé traditionnellement, réside dans le fait qu'il ne tient pas suffisamment compte du fait que le préjudice «inévitable»

the fact that "inevitable" damage is often nothing but a hidden cost of running a given system.

In short, I question the applicability to the facts of the instant case of the defence of statutory authority as it is conventionally formulated. Where, as here, the authorizing statute does not specifically provide that a right of action in nuisance is taken away (see *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34 (Q.B.), for an example of a statute that does take away such a right), I see no point in donning the cloak of a soothsayer to plumb the intent of the legislature. After all, if the legislature wishes to shift the risk from a public authority to the individual, it can do so in express terms. I see no reason why it should be presumed to be authorizing a serious nuisance. Nor do I accept that any weight should be accorded a showing by the public body that damage was inevitable. The determination that damage was inevitable, in the sense in which that term was defined earlier, does not provide a rationale for concluding that it is reasonable to demand of the person whom misfortune has singled out that he or she pay for the damage concerned. The costs of damage that is an inevitable consequence of the provision of services that benefit the public at large should be borne equally by all those who profit from the service.

Rather than approaching the matter in this way, I think the best way to resolve the problem is to proceed rather as one does when facing a claim in nuisance between two private individuals, and ask whether, given all the circumstances, it is reasonable to refuse to compensate the aggrieved party for the damage he has suffered. When the problem is stated in this fashion, I fail to see any reason that would compel this result on the facts of this case.

This does not denude the defence of statutory authority of all vigour. If, as Lord Dunedin explained, the legislature has authorized the construction of a work at a particular place, the owner of neighbouring land cannot complain if that work is built there. Similarly, if the legislature authorizes the construction of a work, such as a sewerage system, the adjacent landowners cannot complain

n'est souvent rien de plus qu'un coût caché de l'exploitation d'un système donné.

Bref, je doute que le moyen de défense de l'autorisation du législateur tel qu'il est formulé habituellement s'applique aux faits en l'espèce. Lorsque, comme en l'espèce, la loi habilitante ne prévoit pas expressément la suppression d'un droit d'action fondé sur la nuisance (voir l'arrêt *Arif v. City of Fredericton* (1986), 77 N.B.R. (2d) 34 (B.R.), pour un exemple d'une loi qui supprime un tel droit), je ne vois pas l'utilité de jouer les devins pour sonder l'intention du législateur. Après tout, si le législateur veut transférer au particulier le risque assumé par des autorités publiques, il peut le faire expressément. Je ne vois pas pourquoi on devrait présumer qu'il autorise une nuisance grave. Je ne puis accepter non plus qu'il faille accorder de l'importance à la démonstration par l'organisme public que le préjudice était inévitable. Le fait d'établir que le préjudice était inévitable, au sens où ce terme a été défini précédemment, ne permet pas de conclure qu'il est raisonnable d'exiger de la personne malchanceuse qu'elle paie pour le préjudice en question. Les coûts du préjudice qui découle inévitablement des services offerts à l'avantage du public en général devraient être assumés de la même façon par tous ceux qui en profitent.

Au lieu d'aborder la question de cette façon, j'estime que le meilleur moyen de résoudre le problème est de procéder plutôt comme s'il s'agissait d'une action fondée sur la nuisance et opposant deux particuliers, et de se demander, compte tenu de toutes les circonstances, s'il est raisonnable de refuser d'indemniser la partie lésée pour le préjudice qu'elle a subi. Lorsque le problème est formulé de cette façon, je ne vois pas pourquoi on devrait arriver à ce résultat compte tenu des faits de l'espèce.

Cela ne dépouille pas de toute force le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. Si, comme l'a expliqué lord Dunedin, le législateur a autorisé la construction d'un ouvrage à un endroit donné, le propriétaire d'un bien-fonds voisin ne peut porter plainte si l'ouvrage est construit à cet endroit. De même, si le législateur autorise la construction d'un ouvrage comme un réseau

of ordinary disturbances or loss of amenity that necessarily results to them from its construction or operation if it is built and operated with all reasonable care and skill. To permit action by a landowner in such circumstances (assuming this can be regarded as a nuisance) would in effect be to deny the statutory mandate. Again, if a municipality is given statutory authority to construct a garbage dump, landowners in the vicinity where it is built will not suffer an actionable wrong from unavoidable smells emitted from the dump or increased traffic from trucks. But if toxic waste escapes into their basements or wells, this would pose a completely different issue.

The damage in the present case is attributable to a single calamitous event which, in turn, finds its origin in the operation by the respondent of a service of undoubted public utility. This circumstance in itself provides no rationale for denying compensation. As McIntyre J.A. put it in *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, *supra*, at p. 468, this would have the effect of visiting a disproportionate share of the cost of the beneficial service on the hapless individual who suffered the damage. As I earlier observed, damage attributable to a calamitous event such as the flooding that occurred here should rather be viewed as what it in fact is, a part of the overall cost of providing a beneficial service to the community. As such it is appropriate, in my view, that the obligation of meeting such costs be placed on the body that undertakes it. That body, unlike its hapless victim, is in a position to defray the cost by spreading it among all subscribers to the system. In the alternative, if the authority is to bear the costs of accidents of this nature, it may realize that it is more cost-effective to forestall their occurrence by increasing the frequency of inspections.

d'égouts, les propriétaires de biens-fonds voisins ne peuvent se plaindre des troubles ou de la perte de jouissance ordinaires qu'ils subissent nécessairement en raison de sa construction ou de son exploitation, s'il est construit et exploité en exerçant toute la diligence et toutes les compétences raisonnables. Permettre au propriétaire d'un bien-fonds d'intenter une action dans ces circonstances (à supposer que cela puisse être perçu comme une nuisance) reviendrait en fait à nier l'existence du mandat conféré par la loi. Encore une fois, si une municipalité se voit conférer le pouvoir légal d'aménager un dépotoir, les propriétaires fonciers qui résident à proximité de ce dépotoir ne subiront pas un préjudice ouvrant droit à des poursuites en raison des odeurs inévitables que dégage ce dépotoir ou de la circulation accrue de camions. Mais la situation sera tout à fait différente si des déchets toxiques s'infiltrèrent dans leurs sous-sols ou leurs puits.

En l'espèce, le préjudice est imputable à un seul événement désastreux qui, de son côté, trouve son origine dans l'exploitation par l'intimée d'un service qui est manifestement un service public. Ce fait ne permet pas en soi de refuser l'indemnisation. Comme le juge McIntyre de la Cour d'appel l'a dit dans l'arrêt *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, précité, à la p. 468, cela aurait pour effet de faire assumer par la victime innocente qui a subi le préjudice une part disproportionnée du coût d'un service avantageux pour la collectivité. Comme je l'ai déjà souligné, le préjudice imputable à un événement désastreux, comme l'inondation en l'espèce, devrait plutôt être perçu comme ce qu'il constitue en réalité, c'est-à-dire comme une partie du coût global d'un service qui est offert à l'avantage de la collectivité. Comme tel, j'estime qu'il est approprié que l'obligation de défrayer ces coûts soit imposée à l'organisme qui l'assume. Cet organisme, contrairement à la victime innocente, est en mesure de défrayer le coût en le répartissant entre tous les usagers du système. Subsidièrement, si l'organisme doit défrayer les coûts des accidents de cette nature, il constatera peut être qu'il est plus économique de prévenir ces accidents en augmentant la fréquence des inspections.

I do not share the qualms of the Court of Appeal that to hold the respondent liable in this instance, in the absence of a showing that it was negligent, will make of it an "absolute insurer in respect of all its works". To evoke this spectre of indeterminate liability is, with respect, to lose sight of the fact that a plaintiff does not, as a matter of course, win an action in nuisance on a mere showing that he has suffered damage as a result of interference with the use or enjoyment of his land; see the *Royal Anne* case, *supra*, at p. 467; see also *Street on Torts*, at p. 225. There is always the question whether the injury is one for which it is reasonable or unreasonable to award compensation, and this holds true whether the defendant is a private individual or a statutory body. I see no reason to doubt that in many cases the courts, when called upon to strike a balance between the interests of the private citizen and a statutory body, will conclude that it is appropriate that the interests of the private citizen yield to those of the public at large.

Without purporting to formulate a hard and fast rule, it seems to me that a useful distinction exists between isolated and infrequent occurrences which inflict heavy material damage on a single victim, such as we are concerned with in this case, and those ordinary disturbances diffuse in their effect and having a broad and general impact on the comfort, convenience and material well-being of the public at large. We all have to put up with a certain degree of inconvenience, and indeed some material harm as a price of living in organized society. We accept, for example, that we can look to no one for redress because salt on the roads causes our cars to rust out in five years, but as *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, *supra*, has shown, it is unreasonable that an individual's land be subjected to random and severe damage from that activity without compensation. The test for recovery in nuisance, after all, is whether the effect of the activity on a landowner's enjoyment of property is unreasonable or not. I, therefore, see no ground for viewing a finding of liability on the part of the Board as in any way a floodgates decision that stands, in the long term, to compro-

Je ne partage pas les inquiétudes de la Cour d'appel que le fait de tenir l'intimée responsable en l'espèce, en l'absence d'une preuve qu'elle a été négligente, fera d'elle un [TRADUCTION] «véritable assureur à l'égard de tous ses ouvrages». En toute déférence, évoquer ce spectre de la responsabilité absolue, c'est perdre de vue le fait que le demandeur n'a pas automatiquement gain de cause dans une action fondée sur la nuisance après avoir fait la preuve qu'il a subi un préjudice par suite d'une atteinte à l'usage ou à la jouissance de son bien-fonds; voir l'arrêt *Royal Anne*, précité, à la p. 467; voir également *Street on Torts*, à la p. 225. La question de savoir si le préjudice subi en est un qui peut raisonnablement donner lieu à une indemnité demeure toujours, et cela est vrai peu importe que le défendeur soit un particulier ou un organisme créé par une loi. Je suis certain que dans plusieurs instances, les tribunaux appelés à établir l'équilibre entre les intérêts d'un citoyen et ceux d'un organisme créé par la loi vont conclure qu'il est approprié que les intérêts du citoyen cèdent le pas devant ceux du public en général.

Sans vouloir formuler une règle absolue, j'estime qu'il est possible d'établir une distinction utile entre des événements isolés et rares qui causent un grave préjudice matériel à une seule victime, comme c'est le cas en l'espèce, et les troubles ordinaires aux effets diffus qui influent de manière générale sur le confort, la commodité et le bien-être matériel du public en général. Nous devons tous tolérer une certaine mesure de désagrément et même de préjudice matériel comme prix de la vie en société organisée. Par exemple, nous acceptons de ne pouvoir nous adresser à personne pour obtenir réparation pour le sel épandu sur nos routes qui fait en sorte que nos véhicules rouillent en cinq ans, mais comme on l'a vu dans l'arrêt *Schenck v. The Queen in Right of Ontario*, précité, il est déraisonnable que le bien-fonds d'un particulier ait à subir des dommages graves causés au hasard par cette activité sans que ce dernier puisse être indemnisé. Le critère applicable à l'indemnisation pour nuisance consiste, après tout, à déterminer si l'effet d'une activité sur la jouissance d'un bien-fonds par son propriétaire est déraisonnable ou non. Par conséquent, je ne vois pas pourquoi le fait



mise the ability of statutory authorities duly to carry out their legislative mandates.

### Disposition

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge. The appellants are entitled to their costs throughout.

The judgment of Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my colleague, Justice La Forest, and, while I agree with his proposed disposition of the appeal, I have reservations about his approach to the law of nuisance as it applies to public bodies acting under statutory authority. The facts are set out in detail by my colleague and I need not repeat them here.

I agree with my colleague's conclusion that the rule in *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, has no application to this case but that the appellants are entitled to recover from the respondent in nuisance. I agree with him also that the Court of Appeal erred in concluding that if the respondent could show that it had not been negligent, then it could not be liable in nuisance.

I do not, however, share La Forest J.'s view that this Court should, or indeed can, on this appeal virtually abolish the defence of statutory authority for policy reasons and treat municipalities exercising statutory authority in the same way as private individuals. Such a major departure from the current state of the law would, it seems to me, require the intervention of the legislature.

Moreover, I do not favour replacing the existing law in this area with a general test of whether it is reasonable or unreasonable in the circumstances of the case to award compensation. This test may,

de conclure à la responsabilité de la Commission pourrait, d'une façon quelconque, déclencher une avalanche de poursuites qui, à long terme, compromettraient la capacité des organismes créés par la loi d'exécuter correctement leur mandat législatif.

### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et bien que je partage la conclusion qu'il propose, j'ai des réserves quant à son interprétation de l'application des règles de la nuisance aux organismes publics qui agissent en vertu de l'autorisation du législateur. Comme mon collègue donne un exposé détaillé des faits, il ne m'est pas nécessaire de les répéter ici.

Je partage la conclusion de mon collègue que la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, ne s'applique pas en l'espèce mais que les appelants ont le droit d'obtenir de l'intimée une réparation fondée sur la nuisance. Je partage également son avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que si l'intimée pouvait établir l'absence de négligence de sa part, on ne pouvait alors la tenir responsable selon les règles de la nuisance.

Cependant, je ne partage pas l'opinion du juge La Forest que cette Cour devrait, ou peut effectivement, dans le cadre de ce pourvoi, pratiquement abolir le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur pour des raisons de principe et traiter les municipalités qui exercent un pouvoir conféré par le législateur de la même manière que des particuliers. Il me semble qu'un écart si important de l'état actuel du droit nécessiterait l'intervention du législateur.

En outre, je ne suis pas en faveur de remplacer les règles qui existent actuellement en la matière par un critère général consistant à déterminer s'il est raisonnable ou déraisonnable dans les circons-

because of the high degree of judicial subjectivity involved in its application, make life easier for the judges but, in my respectful view, it will do nothing to assist public bodies to make a realistic assessment of their exposure in carrying out their statutory mandate. Nor will it provide much guidance to litigants in deciding whether or not to sue. It is altogether too uncertain. Nor can I, with respect, accept the proposition that a single individual suffering damage from an isolated nuisance should be dealt with differently from a group of people suffering damage from an ongoing nuisance. This seems to me to be quite incompatible with the concept of principled decision-making. Accordingly, while I agree with my colleague in the result he has reached in this case, I prefer to write my own concurring reasons.

I agree that the flooding of the appellants' basement constituted an unreasonable interference with the appellants' use and enjoyment of the property and that, had the parties been two private individuals, it clearly would have been an actionable nuisance. However, since the respondent is a municipality, the law dictates that different considerations apply. The crucial question is whether or not the respondent is able to rely on the defence of statutory authority in the circumstances of this case.

Since the availability of the defence of statutory authority depends on the language of the statute I set out the relevant provisions of *The Municipalities Act*, S.N. 1979, c. 33, on which the respondent must rely:

154. (1) The council may, subject to the provisions of The Department of Consumer Affairs and Environment Act, 1973 and regulations made thereunder, construct, acquire, establish, own and operate

- (a) a public water supply system for the distribution of water within or, with the approval of the Minister, outside of the town,
- (b) a public sewerage system, either independently of or in conjunction with a public water supply

tances de l'affaire d'accorder une indemnité. Ce critère peut, en raison de la très grande subjectivité judiciaire que son application comporte, faciliter la vie des juges mais, à mon avis, il n'aidera aucunement les organismes publics à évaluer de façon réaliste ce à quoi ils s'exposent dans l'exercice du mandat que leur confie la loi. Il ne sera pas non plus d'un grand secours dans la décision des parties d'intenter ou non des poursuites. Il est dans l'ensemble trop vague. En toute déférence, je ne puis non plus accepter la proposition qu'un seul individu qui subit un préjudice en raison d'une nuisance isolée devrait être traité différemment d'un groupe de personnes qui subissent un préjudice en raison d'une nuisance permanente. Cela me semble tout à fait incompatible avec la notion de décisions fondées sur des principes. Par conséquent, bien que je souscrive à la conclusion de mon collègue dans ce pourvoi, je préfère rédiger mes propres motifs concordants.

Je suis d'accord que l'inondation du sous-sol des appelants constituait une atteinte déraisonnable à leur droit d'usage et de jouissance de leur bien-fonds et que, s'il s'était agi de deux particuliers, il est clair que la nuisance aurait donné ouverture à une action. Cependant, puisque l'intimée est une municipalité, la loi exige l'application de considérations différentes. La question essentielle est de savoir si l'intimée peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dans les circonstances de la présente affaire.

Puisque la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dépend du texte de la loi en question, je reproduis les dispositions pertinentes de *The Municipalities Act*, S.N. 1979, chap. 33, sur lesquelles l'intimée doit se fonder:

[TRADUCTION] 154. (1) Sous réserve des dispositions de The Department of Consumer Affairs and Environment Act, 1973, et de son règlement d'application, le conseil peut construire, acheter, établir, posséder en tant que propriétaire et exploiter

- a) un réseau d'aqueduc public pour la distribution de l'eau dans les limites de la municipalité ou, avec la permission du Ministre, à l'extérieur de celle-ci,
- b) un réseau d'égouts public, conjointement ou non avec un réseau d'aqueduc, pour le captage et

system, for the collection and disposal of sewerage within or, with the approval of the Minister, outside of the town, and

- (c) a storm drainage system within or, with the approval of the Minister, outside of the town. *a*

(2) For the purposes of subsection (1) the council may

- (a) acquire any waters required for the purpose of providing a sufficient supply of water for the town, and *b*

- (b) acquire by purchase or expropriation any lands adjacent to such waters to prevent pollution of those waters. *c*

(3) For the purpose of exercising its powers under subsection (1) the council may lay out, excavate, dig, make, build, maintain, repair, and improve all such drains, sewers, and water supply pipes as the council deems necessary. *d*

There is no doubt that these provisions authorize the respondent to construct and continue to operate and maintain the sewage system in question. They are, however, permissive as opposed to mandatory. They confer a power; they do not impose a duty. Is this distinction relevant to the question of the respondent's liability in nuisance? To answer this it is necessary to review some of the leading authorities on the subject. *e*

Many of the early cases in which the defence of statutory authority was held to be available to public bodies dealt with the establishment of railways. In *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66; *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, and *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265, locomotive railways had been constructed and in each case their operation had caused damage to the plaintiffs. The courts held that if the legislature has sanctioned the establishment of locomotive railways there will be no liability on the part of the defendant provided every precaution has been taken in their operation. In *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.*, Cockburn C.J. stated the applicable principle, at p. 247: *f*

l'évacuation des eaux usées dans les limites de la municipalité ou, avec la permission du Ministre, à l'extérieur de celle-ci, et

- c) un réseau d'égouts pluvial dans les limites de la municipalité ou, avec la permission du Ministre, à l'extérieur de celle-ci. *a*

(2) Pour les fins du paragraphe (1), le conseil peut

- a) acquérir l'eau nécessaire à l'approvisionnement suffisant de la municipalité, et *b*

- b) acquérir par achat ou expropriation les biens-fonds adjacents à ces eaux pour en prévenir la pollution. *c*

(3) Pour l'exercice de ses pouvoirs prévus au paragraphe (1), le conseil peut mettre en place, excaver, creuser, concevoir, construire, entretenir, réparer et améliorer les canalisations, les égouts et les conduites d'alimentation en eau qu'il estime nécessaires. *d*

Nul doute que ces dispositions permettent à l'intimée de construire et de continuer à exploiter et à entretenir le réseau d'égouts en question. Ces dispositions sont cependant de nature facultative plutôt qu'impérative. Elles confèrent un pouvoir; elles n'imposent pas une obligation. Cette distinction est-elle pertinente en ce qui concerne la question de la responsabilité de l'intimée selon les règles de la nuisance? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner certains arrêts de principe en la matière. *e*

Plusieurs des premiers arrêts où on a décidé que le moyen de défense fondé l'autorisation du législateur pouvait être invoqué par les organismes publics portaient sur l'établissement de chemins de fer. Dans les arrêts *The King v. Pease* (1832), 4 B. & Ad. 30, 110 E.R. 66, *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.* (1860), 29 L.J. Ex. 247, et *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), 38 L.J.Q.B. 265, des chemins de fer avait été construits et, dans chaque cas, leur exploitation avait causé un préjudice aux demandeurs. Les tribunaux ont conclu que si le législateur avait sanctionné l'établissement de chemins de fer, on ne pouvait retenir la responsabilité du défendeur s'il avait pris toutes les précautions nécessaires dans leur exploitation. Dans l'arrêt *Vaughan v. Taff Valley Railway Co.*, le juge en chef Cockburn a formulé le principe applicable, à la p. 247: *f*

... when the legislature has sanctioned the use of a particular means for a given purpose, it appears to me that that sanction carries with it this consequence, that the use of the means itself for that purpose (provided every precaution which the nature of the case suggests has been observed) is not an act for which an action lies, independent of negligence. [Emphasis added.]

In *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*, Lord Chelmsford approved this principle and pointed out that the intention of the legislature governed the question as to whether or not there would be liability. He pointed out that an intention to authorize a nuisance would seldom be expressed in legislation; it might, however, be implied from the language of the statute if the damage could be shown to have been the inevitable consequence of the proper doing of what was authorized. He said at p. 276:

With great respect to the learned Baron, we do not expect to find words in an act of parliament expressly authorizing an individual or a company to commit a nuisance or to do damage to a neighbour. The 86th section gives power to the company to use and employ locomotive engines, and if such locomotives cannot possibly be used without occasioning vibration and consequent injury to neighbouring houses, upon the principle of law, that *cuicumque aliquis quid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potuit* [he who grants something to anyone is deemed to grant also that without which his grant is worthless], it must be taken that power is given to cause that vibration, without liability to an action. The right given to use the locomotive would otherwise be nugatory, as each time a train passed upon the line and shook the houses in the neighbourhood actions might be brought by their owners, which would soon put a stop to the use of the railway.

The early cases in which the defence of statutory authority was held to be available were not, however, confined to the operation of railways. In *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430, the question arose whether the defendants, who were authorized and empowered to construct a reservoir and redirect the water flow for a particular purpose, were liable for damage to the plaintiff's property caused by flooding. The defendants alleged that all that had been done was done under the authority of an Act

[TRADUCTION] ... lorsque le législateur a sanctionné l'emploi d'un moyen particulier à une fin donnée, il me semble que cette sanction a pour conséquence en soi que l'emploi du moyen lui-même à cette fin (pourvu que toutes les précautions que la nature de l'affaire exige aient été prises) ne constitue pas un acte qui donne ouverture à une action sans égard à la négligence. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*, lord Chelmsford a approuvé ce principe et a souligné que l'intention du législateur régissait la question de savoir s'il y avait responsabilité. Il a souligné qu'une intention d'autoriser une nuisance serait rarement exprimée dans la loi; l'intention pourrait cependant se dégager implicitement du texte de la loi si l'on pouvait démontrer que le préjudice est la conséquence inévitable de l'exécution appropriée de l'acte autorisé. Il a dit, à la p. 276:

[TRADUCTION] En toute déférence pour M. Baron, nous ne nous attendons pas à trouver dans une loi du Parlement des termes permettant expressément à un individu ou à une compagnie de causer une nuisance ou un préjudice à un voisin. L'article 86 confère à la compagnie le pouvoir d'utiliser des locomotives et si ces locomotives ne peuvent être utilisées sans causer de vibrations et, partant, des dommages aux maisons voisines, selon le principe de droit *cuicumque aliquis quid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potuit* [celui qui accorde quelque chose à quelqu'un est réputé lui accorder également ce qui est nécessaire à son utilisation], il faut tenir pour acquis que le pouvoir de causer ces vibrations est accordé sans responsabilité en droit. Sinon, le droit d'utiliser la locomotive serait nul et sans effet puisque chaque fois qu'un train passerait sur la voie et ferait vibrer les maisons du voisinage, les propriétaires pourraient tenter des actions qui mettraient rapidement fin à l'usage du chemin de fer.

Les premiers arrêts où les tribunaux ont conclu que le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur pouvait être invoqué ne portaient cependant pas seulement sur l'exploitation des chemins de fer. Dans l'arrêt *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430, la question était de savoir si les défendeurs, qui avaient la permission et le pouvoir de construire un réservoir et de détourner le cours d'eau à une fin particulière, étaient responsables du dommage causé par l'inondation du bien-fonds du deman-

of Parliament and that the unhappy consequences therefore had to be borne by the plaintiff. The plaintiff argued that the legislature did not intend the statutory purpose to be attained without regard for the rights and interests of surrounding landowners but that, on the contrary, the defendants were bound to carry out their mandate with due regard to these rights. The court found for the plaintiff and, while the actual basis of liability was a finding that the defendants had been negligent in the exercise of their powers, the statutory authority defence was discussed. Lord Selborne reaffirmed the applicable principle of law. He said at p. 452:

Farther, it appears to me to be clear that if, by this Act of Parliament, power is given to the Defendants to convey by this particular channel to the River *Bann*, a supply of water which would not otherwise in the same manner naturally pass down that channel, and to do all things proper and necessary for the conveyance and regulation of such supply of water, that power does not enable or authorize them to flood the lands of the neighbouring proprietors, unless it would be impossible to avoid or prevent such flooding by any reasonable and proper use of their statutory powers. For this proposition I do not think it necessary to cite authority; but I may say that it appears to me to be consistent with all the authorities which have been referred to, and to rest upon very evident grounds of reason, justice, and law. [Emphasis added.]

In *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193, the authority granted by the relevant statute, the *Metropolitan Poor Act*, 1867, 30 Vict., c. 6, differed from the authority granted in the above cases. It authorized the formation of districts and district asylums for the care and cure of sick and infirm poor and created corporations for that purpose. The Act gave authority to the Poor Law Board to issue directions to such corporations enabling them to purchase lands and erect buildings for the purposes of the Act. The defendants built a hospital for patients suffering from smallpox and other contagious diseases near the

deur. Les défendeurs ont soutenu que tous les actes avaient été accomplis en vertu d'une loi du Parlement et que le demandeur devait donc en subir les conséquences malheureuses. Le demandeur a soutenu que le législateur n'avait pas voulu que l'objectif législatif soit atteint sans tenir compte des droits et des intérêts des propriétaires voisins mais que, bien au contraire, les défendeurs devaient exécuter leur mandat en tenant dûment compte de ces droits. Le tribunal a conclu en faveur du demandeur et, tout en affirmant que la négligence des défendeurs dans l'exercice de leurs pouvoirs constituait le véritable fondement de leur responsabilité, il a examiné le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. Lord Selborne a réaffirmé le principe de droit applicable. Il a dit, à la p. 452:

[TRADUCTION] De plus, il me semble clair que si cette loi du Parlement confère aux défendeurs le pouvoir de détourner par ce canal particulier, en direction de la rivière *Bann*, une réserve d'eau qui n'emprunterait pas naturellement ce canal, et d'accomplir tous les actes appropriés et nécessaires pour détourner et contrôler cette réserve d'eau, ce pouvoir ne leur permet pas d'inonder les biens-fonds des propriétaires voisins, à moins qu'il ne soit impossible d'éviter ou de prévenir cette inondation par un exercice raisonnable et approprié des pouvoirs que leur accorde la Loi. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de citer des précédents à l'appui de cette affirmation; mais je me permets de dire qu'elle m'apparaît conforme avec tous ceux qui ont été mentionnés et reposer sur des principes qui relèvent très clairement de la raison, de la justice et du droit. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* (1881), 6 App. Cas. 193, le pouvoir conféré par la loi applicable, la *Metropolitan Poor Act*, 1867, 30 Vict., chap. 6, était différent de celui conféré dans les affaires citées précédemment. La Loi prévoyait la création de districts et d'asiles de districts pour le traitement des déshérités malades et infirmes et prévoyait la constitution de sociétés à cette fin. La Loi conférait au Poor Law Board le pouvoir d'émettre des directives permettant à ces sociétés d'acheter des biens-fonds et de construire des édifices pour les fins d'application de la Loi. Les défendeurs ont construit un hôpital près des biens-fonds des demandeurs pour traiter les patients souffrant de variole et d'autres maladies

plaintiffs' properties. The plaintiffs brought an action in nuisance.

The defendants defended on the basis of their statutory authority and relied on *The King v. Pease and Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*. The plaintiffs did not question the principle in *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* and agreed that what the legislature has ordered to be done, if done as the legislature has ordered it, cannot be made the subject of an action. They alleged, however, that the governing Act did not order a hospital for patients with contagious diseases to be built next door to them.

The Court agreed with the plaintiffs. Each of the Lords held *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* to be good law but concluded that it was not applicable on the facts of this case. Lord Watson stated at pp. 211-12:

The judgment of this House in *The Hammersmith Railway Company v. Brand* (Law Rep. 4 H.L. 171) determines that where Parliament has given express powers to construct certain buildings or works according to plans and specifications, upon a particular site, and for a specific purpose, the use of these works or buildings, in the manner contemplated and sanctioned by the Act, cannot, except in so far as negligent, be restrained by injunction, although such use may constitute a nuisance at common law; and that no compensation is due in respect of injury to private rights, unless the Act provides for such compensation being made. Accordingly the Respondents did not dispute that if the Appellants or Local Government Board had been, by the *Metropolitan Poor Act, 1867*, expressly empowered to build the identical hospital which they have erected at *Hampstead*, upon the very site which it now occupies, and that with a view to its being used for the treatment of patients suffering from small-pox, the Respondents would not be entitled to the judgment which they have obtained. [Emphasis added.]

Lord Watson went on to distinguish between the grant of a general power, i.e., to provide hospitals for a community as in this case and the grant of a specific power to build a hospital at a specified location. The defence of statutory authority will only be available in the latter case and not in the former because the public body in the former

contagieuses. Les demandeurs ont intenté une action fondée sur la nuisance.

Les défendeurs ont fait valoir l'autorisation du législateur et ont invoqué les arrêts *The King v. Pease et Hammersmith and City Railway Co. v. Brand*. Les demandeurs n'ont pas contesté le principe de l'arrêt *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* et ont convenu que si ce que le législateur avait ordonné de faire avait été fait comme il l'avait ordonné, il n'existait pas de droit d'action. Ils ont cependant soutenu que la loi applicable n'ordonnait pas qu'un hôpital destiné au traitement des patients atteints de maladies contagieuses soit construit à côté de chez eux.

La cour a statué en faveur des demandeurs. Chacun des lords a conclu que l'arrêt *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* était bien fondé en droit, mais qu'il ne s'appliquait pas aux faits de cette affaire. Lord Watson a affirmé, aux pp. 211 et 212:

[TRADUCTION] L'arrêt de cette Chambre, *The Hammersmith Railway Company v. Brand* (Law Rep. 4 H.L. 171), établit que lorsque le Parlement a conféré le pouvoir exprès de construire certains édifices ou ouvrages selon des plans et devis sur un site particulier et à une fin précise, l'usage de ces ouvrages ou édifices de la manière prévue et sanctionnée par la Loi ne peut, sauf s'il y a négligence, être restreint par injonction quoique cet usage puisse constituer une nuisance en *common law*, et qu'aucune indemnité ne sera versée pour atteinte aux droits de particuliers à moins que la Loi ne prévoi le versement de cette indemnité. Aussi, les intimés n'ont pas contesté que si la *Metropolitan Poor Act, 1867*, avait expressément conféré aux appelants ou au Local Government Board le pouvoir de construire le même hôpital qu'ils ont construit à *Hampstead*, sur le site même où il se trouve actuellement en vue de l'utiliser pour le traitement de patients souffrant de variole, les intimés n'auraient pas droit au jugement qu'ils ont obtenu. [Je souligne.]

Lord Watson a ensuite établi une distinction entre l'attribution d'un pouvoir général, c'est-à-dire celui d'offrir des services hospitaliers à une collectivité comme en l'espèce, et l'attribution du pouvoir spécifique de construire un hôpital dans un endroit précis. Ce n'est que dans ce dernier cas que le moyen de défense fondé sur l'autorisation du

situation has a discretion as to how and where to build and must exercise that discretion with due regard for private rights. He explained it this way at pp. 212-13:

And I am disposed to hold that if the Legislature, without specifying either plan or site, were to prescribe by statute that a public body shall, within certain defined limits, provide hospital accommodation for a class or classes of persons labouring under infectious disease, no injunction could issue against the use of an hospital established in pursuance of the Act, provided that it were either apparent or proved to the satisfaction of the Court that the directions of the Act could not be complied with at all, without creating a nuisance. In that case, the necessary result of that which they have directed to be done must presumably have been in the view of the Legislature at the time when the Act was passed.

On the other hand, I do not think that the Legislature can be held to have sanctioned that which is a nuisance at common law, except in the case where it has authorized a certain use of a specific building in a specified position, which cannot be so used without occasioning nuisance, or in the case where the particular plan or locality not being prescribed, it has imperatively directed that a building shall be provided within a certain area and so used, it being an obvious or established fact that nuisance must be the result. In the latter case the onus of proving that the creation of a nuisance will be the inevitable result of carrying out the directions of the Legislature, lies upon the persons seeking to justify the nuisance. Their justification depends upon their making good these two propositions—in the first place, that such are the imperative orders of the Legislature; and in the second place, that they cannot possibly obey those orders without infringing private rights. If the order of the Legislature can be implemented without nuisance, they cannot, in my opinion, plead the protection of the statute; and, on the other hand, it is insufficient for their protection that what is contemplated by the statute cannot be done without nuisance, unless they are also able to shew that the Legislature has directed it to be done. Where the terms of the statute are not imperative, but permissive, when it is left to the discretion of the persons empowered to determine whether the general powers committed to them shall be put into execution or not, I think the fair inference is that the Legislature intended that discretion to be exercised in strict conformity with private rights, and did not intend to confer

législateur pourra être invoqué puisque dans le premier cas l'organisme public a le pouvoir discrétionnaire de décider comment et où construire et doit exercer ce pouvoir en tenant dûment compte des droits des particuliers. Voici l'explication qu'il donne, aux pp. 212 et 213:

[TRADUCTION] Et je suis prêt à conclure que si le législateur, sans donner de précisions quant au plan ou au site, ordonnait dans une loi à un organisme public d'offrir, à l'intérieur d'un territoire défini, des services hospitaliers à une seule ou plusieurs catégories de personnes souffrant de maladies contagieuses, on ne pourrait décerner d'injonction pour empêcher l'exploitation d'un hôpital construit en conformité avec la Loi, pourvu qu'il soit apparent ou établi à la satisfaction du tribunal qu'il était impossible de respecter les directives de la Loi sans créer de nuisance. Dans ce cas, le législateur avait vraisemblablement prévu, au moment de l'adoption de la Loi, le résultat inévitable de ce qu'il avait ordonné de faire.

Par ailleurs, je ne crois pas que l'on puisse conclure que le législateur a sanctionné ce qui constitue une nuisance en *common law*, sauf lorsqu'il a autorisé une certaine utilisation d'un édifice particulier dans un endroit donné, et qu'il ne peut être ainsi utilisé sans qu'une nuisance soit causée ou lorsqu'en l'absence de précisions quant au plan ou à l'endroit prévus, il a ordonné de façon impérative qu'un édifice soit destiné à un usage précis dans un certain secteur, et qu'il est évident ou reconnu qu'une nuisance en résultera. Dans le dernier cas, il appartient aux personnes qui tentent de justifier la nuisance d'établir que celle-ci résultera inévitablement de la mise à exécution des directives du législateur. Leur justification dépend de la démonstration des deux propositions suivantes: premièrement, que tels sont les ordres impératifs du législateur et, deuxièmement, qu'elles sont incapables d'obtempérer à ces ordres sans porter atteinte aux droits des particuliers. S'il est possible de mettre à exécution l'ordre du législateur sans causer de nuisance, elles ne peuvent, à mon avis, se retrancher derrière la Loi; et, d'autre part, il ne suffit pas qu'elles prétendent que ce que la Loi prévoit ne peut être fait sans causer de nuisance, à moins qu'elles ne puissent également établir que le législateur a ordonné de le faire. Lorsque les termes de la Loi ne sont pas impératifs, mais confèrent une faculté, lorsque les bénéficiaires jouissent du pouvoir discrétionnaire de décider si les pouvoirs généraux qui leur sont conférés seront exercés, je pense qu'il est juste de déduire que le législateur a voulu que ce pouvoir soit exercé en stricte conformité avec les droits des particuliers et n'a pas

license to commit nuisance in any place which might be selected for the purpose. [Emphasis added.]

This case clearly illustrates that the language of the statute and what it does in fact order, authorize, or permit is of the utmost importance. It is clear that an "authority" conferred in very specific terms, i.e., specifying the manner and location of any municipal activity is to be treated as the equivalent of mandatory whereas an "authority" conferred in general terms and leaving a broad discretion as to the how and the where to the public body is to be treated as permissive.

Lord Watson's distinction between mandatory and permissive legislation was applied in Canada in *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73. Middleton J. of the Ontario Supreme Court affirmed that legislative authority which is merely permissive does not permit the abrogation of common law rights. Common law rights will only be abrogated if that which has been ordered to be done or "authorized" to be done in very specific terms cannot be done without their abrogation.

The importance of the statutory provisions was also emphasized by the English courts in *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45. In that case the defendant railway company had erected cattle pens and a dockyard for the purpose of loading and unloading livestock. The plaintiffs claimed in nuisance and argued that the case was governed by *Metropolitan Asylum District v. Hill* because the statutory authority was merely permissive. The railway argued that it was expressly authorized to acquire lands alongside the railway for loading and unloading cattle and that the judges in the court below misunderstood Lord Watson's judgment in *Metropolitan Asylum District v. Hill*. They contended that the relevant legislation in *Metropolitan Asylum District v. Hill* authorized a smallpox hospital to be provided only if it could be set up without creating a nuisance. The defendant had a discretion as to where to locate the hospital and

voulu leur donner la permission de causer une nuisance à l'endroit qui pourrait être choisi à cette fin. [Je souligne.]

Cette affaire illustre clairement que le texte d'une loi et ce qu'elle ordonne, autorise ou permet vraiment est d'une très grande importance. Il est clair qu'un «autorisation» donnée en termes très spécifiques, c'est-à-dire qui précisent la manière et l'endroit de l'exercice d'une activité municipale, doit être considéré comme équivalant à une obligation alors qu'un «autorisation» donnée en termes généraux et accordant un large pouvoir discrétionnaire à l'organisme public quant à la manière et l'endroit de la mettre à exécution doit être traitée comme une faculté.

La distinction établie par lord Watson entre une loi de nature impérative et une loi de nature facultative a été appliquée au Canada dans l'arrêt *Guelph Worsted Spinning Co. v. City of Guelph* (1914), 18 D.L.R. 73. Le juge Middleton de la Cour suprême de l'Ontario a affirmé que l'autorisation du législateur qui exprime simplement une faculté ne permet pas de supprimer les droits de *common law*. Les droits de *common law* ne seront supprimés que si ce qu'on ordonne ou «autorise» de faire dans des termes très spécifiques ne peut être fait sans leur suppression.

Les tribunaux anglais ont également souligné l'importance des dispositions législatives dans l'arrêt *London, Brighton, and South Coast Railway Co. v. Truman* (1885), 11 App. Cas. 45. Dans cette affaire, la compagnie de chemin de fer défenderesse avait construit des enclos à bestiaux et un quai pour le chargement et le déchargement des bestiaux. Les demandeurs ont intenté une action fondée sur la nuisance et soutenu que l'affaire était régie par l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* puisque l'autorisation du législateur ne conférerait qu'une simple faculté. La compagnie de chemin de fer a soutenu qu'elle était expressément autorisée à acquérir des terrains le long du chemin de fer pour charger et décharger les bestiaux et que les juges du tribunal d'instance inférieure n'avaient pas bien saisi les motifs de lord Watson dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill*. Elle a soutenu que la loi applicable dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* n'autorisait



could have located it where no nuisance would have been created. In the present case, however, the cattle traffic on the railway necessarily involved a nuisance to occupiers of houses in the vicinity of the railway.

The Court agreed with the submissions of the defendant. Each of the Law Lords construed the statute as giving specific authority to the railway to carry cattle in their trains and to load and unload them on the land adjacent to the railway acquired for the purpose without liability for any nuisance necessary and incidental to the authorized use.

Lord Halsbury distinguished *Metropolitan Asylum District v. Hill* as follows at p. 53:

Broadly stated, the distinction taken amounted to this, that a small-pox hospital might be built and maintained if it could be done without creating a nuisance, whereas the Railway Acts were assumed to establish the proposition that the railway might be made and used whether a nuisance were created or not.

The principles established in these cases were followed in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171, the case usually cited for Viscount Dunedin's articulation of the "inevitable consequences" doctrine. In that case the *Manchester Corporation Act*, 1914, 4 & 5 Geo. 5, c. 146, conferred various powers on the corporation with reference to the supply of electricity. The Act required the corporation to construct a generating station on 12½ acres of land situate in a rural district a considerable distance from the city. The Act also gave the corporation power to supply certain areas with electricity and to make connections by electrical mains between existing stations of the corporation and this station. The station was erected in the place specified by the legislation and the fumes from it caused a nuisance to the plaintiff who had a farm in the area.

l'établissement d'un hôpital destiné au traitement de la variole que si cet hôpital pouvait être établi sans causer de nuisance. Le défendeur avait le pouvoir discrétionnaire de déterminer le site de l'hôpital et aurait pu le situer à un endroit où aucune nuisance n'aurait été causée. En l'espèce cependant, le transport des bestiaux par chemin de fer causait inévitablement une nuisance aux occupants des maisons situées dans le voisinage du chemin de fer.

Le tribunal a retenu les arguments de la défenderesse. Chacun des juges a interprété la Loi en disant qu'elle conférait à la compagnie de chemin de fer le pouvoir spécifique de transporter des bestiaux dans ses trains et de les charger et décharger sur les terrains adjacents achetés à cette fin sans encourir de responsabilité pour la nuisance inévitable et accessoire à l'usage autorisé.

Lord Halsbury a distingué l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill* de la façon suivante, à la p. 53:

[TRADUCTION] D'une manière générale, la distinction établie revient à dire qu'un hôpital destiné au traitement de la variole pouvait être construit et exploité s'il ne causait aucune nuisance alors que les lois sur les chemins de fer étaient censées établir le principe qu'un chemin de fer pouvait être construit et utilisé, peu importe qu'une nuisance soit causée ou non.

Les principes établis dans ces arrêts ont été suivis dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 71, qui est habituellement cité pour la formulation de la théorie des «conséquences inévitables» par le vicomte Dunedin. Dans cette affaire, la *Manchester Corporation Act*, 1914, 4 & 5 Geo. 5, chap. 146, conférait divers pouvoirs à la compagnie en ce qui concerne la fourniture d'électricité. La Loi exigeait que la compagnie construise une centrale électrique sur douze acres et demi de terrain situés dans un district rural à une distance considérable de la municipalité. La Loi conférait également à la compagnie le pouvoir d'approvisionner certaines régions en électricité et d'établir des raccordements par des conduites électriques entre ses autres centrales et celle-ci. La centrale était construite à l'endroit prévu par la Loi et ses émanations causaient une nuisance au demandeur qui possédait une ferme dans la région.

The Court found the defendant corporation liable for the damage, the main ground of liability being negligence. The officers of the corporation never directed their minds at the time of construction of the generating station to the prevention of nuisances which it was quite obvious might occur but proceeded on the basis that, so long as their plant was efficiently and successfully run, the neighbours must endure their consequent injuries. Because this was their approach the corporation had not used reasonable care and skill to prevent the nuisance to the plaintiff and was accordingly unable to show that the generating station could not be operated without creating it.

When dealing with the statutory authority defence Viscount Dunedin noted that the defendant claimed that the generating station was a thing specifically authorized by an Act of Parliament, that the emission of deleterious fumes was a necessary consequence of the operation of the authorized station, and that, accordingly, they were not liable for any nuisance created thereby. The defendant placed its reliance on the early railway cases. The plaintiff responded that the onus of proving that the creation of the nuisance was an inevitable consequence of the construction and operation of the generating station was on the corporation and it had not discharged it.

Viscount Dunedin stated at p. 183 that the effect of the railway cases could be stated in a very few sentences:

When Parliament has authorized a certain thing to be made or done in a certain place, there can be no action for nuisance caused by the making or doing of that thing if the nuisance is the inevitable result of the making or doing so authorized. The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense. [Emphasis added.]

Le tribunal a retenu la responsabilité de la compagnie pour les dommages causés en se fondant principalement sur la négligence. Les dirigeants de la compagnie n'ont jamais pensé au moment de la construction de la centrale électrique à prévenir les nuisances qui risquaient évidemment de se produire, mais ils ont agi en tenant pour acquis que dans la mesure où l'exploitation de la centrale était efficace et rentable, les voisins devaient endurer les préjudices qui en découlaient. Compte tenu de son attitude, la compagnie n'avait pas fait preuve de diligence et de compétences raisonnables pour éviter de causer une nuisance au demandeur et elle a donc été incapable d'établir que la centrale électrique ne pouvait être exploitée sans causer de nuisance.

En traitant du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, le vicomte Dunedin a souligné que la défenderesse avait fait valoir que la centrale électrique était expressément autorisée par une loi du Parlement, que les émanations nocives étaient une conséquence inévitable de l'exploitation de la centrale autorisée et que, par conséquent, elle n'était pas responsable des nuisances causées. La défenderesse s'était fondée sur les premiers arrêts en matière de chemins de fer. Le demandeur a rétorqué que le fardeau d'établir que la nuisance était une conséquence inévitable de la construction et de l'exploitation de la centrale électrique incombait à la compagnie et qu'elle ne s'en était pas acquittée.

Le vicomte Dunedin a affirmé que l'effet des arrêts sur les chemins de fer pouvait se résumer en quelques mots seulement, à la p. 183:

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement a permis qu'une chose donnée soit faite à un endroit donné, il ne peut y avoir d'action fondée sur la nuisance causée par la chose qui est faite si la nuisance est le résultat inévitable de la chose autorisée. Le fardeau d'établir que le résultat est inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l'égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n'est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l'état des connaissances scientifiques à l'époque, compte tenu également d'une saine appréciation, qu'on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût. [Je souligne.]

Viscount Dunedin found on the facts that the defendant's callous indifference to the rights of others in planning the construction of the station resulted in its inability to discharge its onus.

The principles to be derived from the foregoing authorities would seem to be as follows:

(a) if the legislation imposes a duty and the nuisance is the inevitable consequence of discharging that duty, then the nuisance is itself authorized and there is no recovery in the absence of negligence;

(b) if the legislation, although it merely confers an authority, is specific as to the manner or location of doing the thing authorized and the nuisance is the inevitable consequence of doing the thing authorized in that way or in that location, then likewise the nuisance is itself authorized and there is no recovery absent negligence.

However:

(c) if the legislation confers an authority and also gives the public body a discretion, not only whether to do the thing authorized or not, but how to do it and in what location, then if it does decide to do the thing authorized, it must do it in a manner and at a location which will avoid the creation of a nuisance. If it does it in a way or at a location which gives rise to a nuisance, it will be liable therefor, whether there is negligence or not.

In other words, in the situations described in (a) and (b) above the inevitability doctrine is a good defence to the public body absent negligence. In situation (c) it is no defence at all and it is unnecessary for the plaintiff to prove negligence in order to recover.

In my view, these principles make a great deal of sense. The inevitability doctrine represents a happy judicial compromise between letting no one

Le vicomte Dunedin a conclu à partir des faits que l'indifférence totale dont la défenderesse a fait preuve à l'égard des droits d'autrui en planifiant la construction de la centrale l'a rendue incapable de s'acquitter de son fardeau.

Il semblerait que les principes qui doivent être dégagés de la jurisprudence susmentionnée soient les suivants:

a) si la loi impose une obligation dont l'exécution a pour conséquence inévitable de causer une nuisance, la nuisance est alors elle-même autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence;

b) si la loi, bien qu'elle ne donne qu'une autorisation, précise que la chose autorisée doit être faite d'une certaine manière ou à un endroit donné et que la nuisance est la conséquence inévitable de la chose autorisée qui est faite de la manière prévue ou à l'endroit donné, de même la nuisance est elle aussi autorisée et aucune action ne peut être intentée en l'absence de négligence.

Cependant:

c) si la loi donne une autorisation et accorde également à l'organisme public un pouvoir discrétionnaire non seulement pour décider de faire ou non la chose autorisée, mais pour décider comment la faire et à quel endroit et que l'organisme décide ensuite de faire la chose autorisée, il doit la faire d'une manière et à un endroit qui ne causeront pas de nuisance. Si l'organisme fait la chose d'une manière ou dans un endroit qui cause une nuisance, il sera alors responsable, qu'il y ait négligence ou non.

En d'autres termes, dans les situations décrites aux alinéas a) et b), la théorie du caractère inévitable constitue un bon moyen de défense pour l'organisme public en l'absence de négligence. Dans la situation décrite à l'alinéa c), ce n'est aucunement un moyen de défense et le demandeur n'a pas à établir la négligence pour obtenir réparation.

À mon avis, ces principes sont tout à fait logiques. La théorie du caractère inévitable constitue un heureux compromis judiciaire entre le fait de

who has suffered damage as a consequence of the statutorily authorized activities of public bodies recover and letting everyone so suffering damage recover. Recovery will be allowed unless it is shown that the interference with the plaintiff's rights was permitted by either:

(1) express language in the statute such as a provision specifying that no action for nuisance may be brought for any damage caused: see, for example, the decision of this Court in *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] S.C.R. 377; or

(2) by necessary implication from the language of the statute coupled with a factual finding that the damage was the inevitable consequence of what the statute ordered or authorized the public body to do.

Have these principles been consistently applied in the more recent cases?

The Ontario Court of Appeal considered the defence of statutory authority in *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88, in the context of an interference with the rights of riparian owners to have the waters of a stream on their property flow to them in their natural state and unpolluted. Damage had been caused due to the discharge of effluent from the municipality's sewage system. Laidlaw J.A., for the Court, found that the defendant could not rely on the defence as it had constructed the sewage project without prior approval as was required by the statute. However, Laidlaw J.A. went on to state that even if it were assumed that the defendant had lawful authority to construct the sewage project at the specified location shown on the plans submitted to the appropriate department, the defendant had failed to discharge its onus of showing that the nuisance complained of was the inevitable consequence of the construction and operation of the sewage system.

In my view, the principles derived from the early cases were, although *obiter*, properly applied by Laidlaw J.A. in this case.

refuser réparation à toute personne qui a subi un préjudice résultant des activités des organismes publics autorisées par le législateur et le fait de permettre à tous ceux qui ont subi un préjudice d'obtenir réparation. La réparation sera autorisée à moins que l'on n'établisse que l'atteinte aux droits du demandeur était permise:

(1) par le langage explicite de la loi, telle une disposition précisant qu'aucune action fondée sur la nuisance ne peut être intentée pour le préjudice causé: voir, par exemple, l'arrêt de notre Cour *District of North Vancouver v. McKenzie Barge & Marine Ways Ltd.*, [1965] R.C.S. 377; ou

(2) par déduction nécessaire du langage de la loi conjugué à une conclusion de fait que le préjudice était la conséquence inévitable de ce que la loi ordonnait ou permettait à l'organisme public de faire.

Ces principes ont-ils été appliqués uniformément dans la jurisprudence plus récente?

La Cour d'appel de l'Ontario a examiné le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dans l'arrêt *Stephens v. Village of Richmond Hill*, [1956] O.R. 88, dans le contexte d'une atteinte aux droits des propriétaires riverains à ce que les eaux d'un cours d'eau traversant leur biens coulent naturellement et sans pollution. Les dommages résultaient du déversement des eaux usées du réseau d'égouts de la municipalité. Le juge Laidlaw a conclu, au nom de la Cour, que la défenderesse ne pouvait invoquer ce moyen de défense puisqu'elle avait construit le réseau d'égouts sans obtenir préalablement l'approbation requise par la Loi. Toutefois, le juge Laidlaw a ensuite affirmé que, même si on présumait qu'elle avait l'autorisation du législateur pour construire le réseau d'égouts à l'endroit indiqué sur les plans présentés au ministère compétent, la défenderesse ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir que la nuisance dont on se plaignait était la conséquence inévitable de la construction et de l'exploitation du réseau d'égouts.

À mon avis, le juge Laidlaw a correctement appliqué dans cette affaire, bien que par voie d'opinion incidente, les principes dégagés des premiers arrêts.

This Court considered whether a municipal corporation could be found liable in nuisance and the appropriate test to apply in *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150. Later courts have held this case to be the leading authority on the defence of statutory authority in Canada: see, for example, *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436. The case involved damage to the plaintiff's premises (on which it operated a seed-cleaning mill and farm) through the escape of effluent from a sewage lagoon constructed and operated by the City of Portage la Prairie. The City alleged, *inter alia*, that it was not liable for the creation of a nuisance as it was acting under statutory authority and relied upon provisions in the *Charter for the City of Portage la Prairie*, S.M. 1907, c. 33, that empowered it to construct a system of waterworks and sewerage. The relevant provisions of that Act authorized the defendant to do the work it did but did not specify the manner in which sewage disposal was to be carried out and was silent as to the location in which the sewage system was to be constructed.

At trial, in addition to claiming that seepage from the lagoon had caused damage to its property, the plaintiff also claimed that the noxious odours emanating from the lagoon constituted a nuisance. Nitikman J. ((1963), 45 W.W.R. 513) made several findings of fact regarding the defendant's liability in nuisance. He found that seepage from the defendant's sewage lagoon had caused the damage to the plaintiff's property and that this constituted a nuisance. He also found that the authority under which the defendant proceeded to create the sewage system was merely permissive and that there was no requirement that it be done by means of a sewage lagoon. Nitikman J. then stated the applicable law at p. 525:

It is trite law that where statutory authority is conferred in permissive terms, there is no authority to

Notre Cour a examiné la question de savoir si une municipalité pouvait être tenue responsable selon les règles de la nuisance et le critère qu'il fallait appliquer dans l'arrêt *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150. Les tribunaux ont affirmé plus tard qu'il s'agissait là de l'arrêt de principe au Canada sur le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur: voir, par exemple, *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436. L'affaire portait sur les dommages causés à la propriété du demandeur (qui exploitait un moulin de nettoyage des semences et une ferme) par la fuite des eaux usées d'un champ d'épuration construit et exploité par la municipalité de Portage la Prairie. La municipalité a notamment fait valoir qu'elle n'était pas responsable de la création d'une nuisance parce qu'elle agissait en vertu d'une autorisation du législateur et elle a invoqué les dispositions de la *Charter for the City of Portage la Prairie*, S.M. 1907, chap. 33, qui lui conféraient le pouvoir de construire un réseau d'aqueduc et d'égouts. Les dispositions pertinentes de la Loi permettaient à la défenderesse de construire l'ouvrage en question mais ne précisaient pas la manière dont il fallait traiter les eaux usées ni l'endroit où le réseau d'égouts devait être construit.

En première instance, en plus de soutenir que la fuite du champ d'épuration avait causé des dommages à sa propriété, le demandeur a également soutenu que les odeurs nocives émanant du champ constituaient une nuisance. Le juge Nitikman ((1963), 45 W.W.R. 513) a tiré plusieurs conclusions de fait concernant la responsabilité de la défenderesse selon les règles de la nuisance. Il a conclu que la fuite des eaux usées du champ d'épuration de la défenderesse était à l'origine des dommages à la propriété du demandeur et que cela constituait une nuisance. Il a également conclu que l'autorisation en vertu de laquelle la défenderesse avait procédé à la construction du réseau d'égouts conférait une simple faculté et que rien n'exigeait que cela soit fait au moyen d'un champ d'épuration des eaux usées. Le juge Nitikman a ensuite formulé la règle de droit applicable, à la p. 525:

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit que lorsque l'autorisation accordée par le législateur est exprimée

ignore the common-law rights of others. If a municipality has a discretion as to the exercise of a particular power and it decides to do so, that power must be so exercised that no nuisance or injury is created unless the damage is an inevitable result of the carrying out of such work.

He went on to find that the defendant had failed to establish that the seepage was the inevitable result of the construction or operation of the lagoon and concluded that the defence of inevitability failed on this ground. However, he concluded that the odours and smells were necessarily incidental to and an inevitable result of the lagoon's operation and therefore held that the plaintiff could not succeed on that phase of its claim.

The City appealed and the decision of the trial judge was upheld by the Court of Appeal ((1964), 50 W.W.R. 415). In addition to sustaining the findings of the trial judge, Freedman J.A. noted that even if the statute was mandatory and not merely permissive it would only protect the City from consequences which were the necessary or inevitable result of the construction of the lagoon and in the instant case the seepage was neither necessary nor inevitable.

On appeal to this Court Martland J., for the Court, first found that the seepage from the sewage lagoon constituted a nuisance and then proceeded to an analysis of the *Municipal Act*, R.S.M. 1954, c. 173, under which the City operated the lagoon. He stated at p. 154:

The combined effect of these sections, in relation to the circumstances of this case, is that the appellant was granted the power to build and maintain a sewerage system, with a duty imposed upon its council to devise the necessary plans for the object of providing a water supply and to carry them out, including the provision of sewers. There was no direction to adopt any particular method of sewage disposal. The appellant was given the power to construct a sewage lagoon but it was not subject to a specific mandate to do so irrespective of whether a nuisance was thereby created or not. There is nothing in the City Charter expressly providing that it was to be exempted from its common law liability for

sous forme de faculté, rien ne permet d'ignorer les droits de *common law* d'autrui. Si une municipalité a le pouvoir discrétionnaire d'exercer un pouvoir particulier et décide d'agir, ce pouvoir doit être exercé de façon à ne pas causer de nuisance ou de préjudice à moins que le dommage ne soit le résultat inévitable de l'exécution de cet ouvrage.

Il a ensuite conclu que la défenderesse n'avait pas établi que la fuite résultait inévitablement de la construction ou de l'exploitation du champ d'épuration et rejeté le moyen de défense du caractère inévitable pour ce motif. Il a cependant conclu que les odeurs étaient forcément accessoires à l'exploitation du champ et en constituaient un résultat inévitable, et il a donc jugé que le demandeur ne pouvait avoir gain de cause quant à cet aspect de sa demande.

La municipalité a interjeté appel et la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance ((1964), 50 W.W.R. 415). En plus de confirmer les conclusions du juge de première instance, le juge Freedman de la Cour d'appel a souligné que même si la Loi avait été de nature impérative plutôt que de nature simplement facultative, elle ne pourrait exonérer la municipalité que des conséquences nécessaires ou inévitables de la construction du champ et, en l'espèce, la fuite n'était ni nécessaire ni inévitable.

En appel devant notre Cour, le juge Martland, s'exprimant au nom de la Cour, a d'abord conclu que la fuite des eaux usées du champ d'épuration constituait une nuisance et a ensuite analysé la *Municipal Act*, R.S.M. 1954, chap. 173, en vertu de laquelle la municipalité exploitait le champ. Il a affirmé, à la p. 154:

[TRADUCTION] L'effet conjugué de ces articles au regard des circonstances de cette affaire est que l'appelante avait le pouvoir de construire et d'entretenir un réseau d'égouts et que son conseil avait l'obligation de concevoir les plans nécessaires pour approvisionner la municipalité en eau et de les mettre à exécution, ce qui comprenait la construction d'un réseau d'égouts. Aucune directive n'imposait l'adoption d'un mode particulier de traitement des eaux usées. L'appelante avait le pouvoir de construire un champ d'épuration des eaux usées mais n'avait pas l'obligation précise de le faire sans égard à la question de savoir si elle causait alors une nuisance. Rien dans sa charte ne prévoit expressément que la

maintaining a nuisance if, in fact, a nuisance did result. Nor is this a case in which the appellant can contend successfully that the creation of a nuisance was an inevitable consequence of the exercise of its statutory powers and that, in consequence, the statute would provide a defence to a claim in respect of it. The learned trial judge has made a specific finding to the contrary. [Emphasis added.]

He continued at p. 156:

My conclusion, in respect of the first point raised by the appellant, is that the appellant, having created a nuisance which caused damage to the respondent, is liable therefor, because that which is complained of as a nuisance was not expressly or impliedly authorized by the statute in accordance with which the lagoon was constructed, and was not the inevitable consequence of that which the statute authorized and contemplated. [Emphasis added.]

Martland J. held that it was not necessary to establish negligence on the part of the City or its employees in order to fix it with liability for the creation of a nuisance.

From these passages it is clear that Martland J. found that the legislative provisions in this case merely conferred an authority upon the defendant to do the work it did and did not specify any particular method of sewage disposal. The defendant, therefore, was liable for the damage caused by the nuisance it had created. Martland J.'s decision in this respect is entirely consistent with the earlier authorities. However, the learned justice went on to refer to the trial judge's factual finding that the damage was not inevitable. Whether the damage was inevitable or not was, of course, of no account once it was found that the City had a discretion as to the method of providing the sewage system. This would only have been relevant to the defence of statutory authority had it been found that the City was obliged to provide the sewage system in the way it did. To this extent then it might be said that this case marks a point of departure from the principles enunciated earlier. The inevitable consequences doctrine would only have been relevant had the legislation specifically authorized the City

municipalité doit être exonérée de sa responsabilité en *common law* pour avoir causé une nuisance à supposer qu'une nuisance a été effectivement causée. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où l'appelante peut prétendre avec succès que la nuisance était une conséquence inévitable de l'exercice des pouvoirs que lui accordait la Loi et que, par conséquent, la Loi fournirait un moyen de défense opposable à une demande à cet égard. Le juge de première instance a précisément conclu le contraire. [Je souligne.]

Il a continué, à la p. 156:

[TRADUCTION] Ma conclusion à l'égard du premier point soulevé par l'appelante est que celle-ci est responsable de la nuisance qui a causé un préjudice à l'intimité parce que la nuisance dont on se plaint n'était pas expressément ou implicitement autorisée par la loi en vertu de laquelle le champ d'épuration a été construit et n'était pas la conséquence inévitable de ce que la Loi avait autorisé et prévu. [Je souligne.]

Le juge Martland a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'établir que la municipalité ou ses employés avaient été négligents pour la déclarer responsable d'avoir causé une nuisance.

Il ressort clairement de ces passages que le juge Martland a conclu que les dispositions législatives dans cette affaire donnaient simplement à la défenderesse l'autorisation d'effectuer le travail qu'elle a fait, sans prescrire un mode particulier de traitement des eaux usées. Par conséquent, la défenderesse était responsable des dommages causés par la nuisance qu'elle avait créée. À cet égard, la décision du juge Martland est tout à fait conforme aux arrêts antérieurs. Cependant, le juge a ensuite mentionné la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle les dommages n'étaient pas inévitables. Du moment qu'on avait constaté que la municipalité avait le pouvoir discrétionnaire de décider de la façon de fournir le réseau d'égouts, la question de savoir si le préjudice était inévitable n'était évidemment plus pertinente. Cette question n'aurait été pertinente à l'égard du moyen de défense fondé sur l'autorité du législateur que si on avait conclu que la municipalité avait l'obligation de fournir le réseau d'égouts de la façon dont elle l'a fait. Dans cette mesure, on pourrait donc prétendre que cet arrêt s'écarte des principes énoncés antérieurement. La

to provide a sewage system by means of a lagoon but it was found by the Court not to have done so.

It is the application of the inevitable consequences doctrine to purely permissive legislation, i.e., the kind of legislation involved in *Metropolitan Asylum District v. Hill* and *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.* which my colleague fears may close the door to many valid claims for recovery.

The British Columbia Court of Appeal applied the inevitable consequences doctrine to purely permissive legislation in *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462. The plaintiffs were landowners and occupiers in the village of Ashcroft. Their premises were substantially damaged as the result of a backing-up of a municipal sewer caused by a "random blockage" in the main sewer not far from their property. As a result of the blockage raw sewage escaped from the sewer and entered the plaintiffs' premises. The defendant defended on the basis that what it did was done under statutory authority. However, the provisions of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, which they relied upon did not impose a duty on the municipality nor did they confer specific authority on it to construct and operate the sewage system in a particular manner or in a particular location.

The plaintiffs framed their claim in both negligence and nuisance. Macdonald J. ((1976), 1 C.C.L.T. 299) found that there was no negligence in the design, installation or maintenance of the sewer but held that the municipality was liable in nuisance. When considering the defence of statutory authority he stated at p. 309 that the question to be answered was "has the defendant satisfied me that the back-up of sewage into the premises of the plaintiffs was the inevitable consequence of the construction or operation of the sewage system?" The trial judge found that the escape of sewage caused by the random blockage was not an inevitable consequence of the construction and mainte-

théorie des conséquences inévitables n'aurait été pertinente que si la Loi avait spécifiquement autorisé la municipalité à fournir un réseau d'égouts doté d'un champ d'épuration, mais la Cour a conclu que tel n'était pas le cas.

Mon collègue craint que l'application de la théorie des conséquences inévitables à une loi de nature purement facultative, c'est-à-dire une loi du genre visé dans les arrêts *Metropolitan Asylum District v. Hill* et *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, ne ferme la porte à plusieurs demandes de redressement valables.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué la théorie des conséquences inévitables à une loi purement facultative dans l'arrêt *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462. La demanderesse était propriétaire et occupante d'un bien-fonds dans le village d'Ashcroft. Ses locaux ont été considérablement endommagés par suite du refoulement d'un égout municipal causé par une «obstruction imprévue» dans la conduite principale de l'égout près de leur bien-fonds. Par suite de l'obstruction, les eaux usées se sont échappées de l'égout et se sont infiltrées dans les locaux de la demanderesse. La défenderesse a fait valoir qu'elle avait agi en vertu d'une autorisation du législateur. Cependant, les dispositions de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255, sur lesquelles elle s'appuyait n'imposaient pas une obligation à la municipalité ni ne lui donnaient l'autorisation spécifique de construire et d'exploiter le réseau d'égouts d'une façon particulière ou à un endroit particulier.

La demanderesse a fondé son action à la fois sur la négligence et la nuisance. Le juge Macdonald ((1976), 1 C.C.L.T. 299) a conclu qu'il n'y avait pas en négligence dans la conception, l'installation ou l'entretien du réseau d'égouts, mais que la municipalité était responsable selon les règles de la nuisance. En examinant le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, il a affirmé, à la p. 309, que la question à laquelle il fallait répondre était la suivante: [TRADUCTION] «la défenderesse m'a-t-elle convaincu que le refoulement des égouts dans les locaux de la demanderesse était la conséquence inévitable de la construction ou de l'exploitation du réseau d'égouts?» Le juge de première



nance of the sewer. He concluded that the defendant had not met the onus set out by Viscount Dunedin in *City of Manchester v. Farnworth* and an actionable nuisance had therefore been proved.

On appeal, McIntyre J.A., for the British Columbia Court of Appeal, upheld the decision of the trial judge. He found that the damage caused to the plaintiffs' property constituted a nuisance and therefore, in the absence of a defence of statutory authority would be actionable. The Court was of the view that the defendant was in no better position than a private citizen because it was merely empowered, and not required, to install and operate a sewer for the benefit of the community. McIntyre J.A. found that the test laid down in *City of Manchester v. Farnworth* was the correct test and that it had been correctly applied by the lower court.

It is my view that the test set out in *City of Manchester v. Farnworth* was not the appropriate test to be applied on the facts of this case which called rather for a straight application of Lord Watson's analysis of the defence of statutory authority in *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

The inevitable consequences test was applied to the same effect in *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82, by Kroft J. of the Manitoba Court of Queen's Bench. The damage in that case was caused by the operation of a waste-disposal ground across the road from the plaintiff's property. The court concluded that the legislation was purely permissive. It contained no specific direction as to the location to be chosen or method to be used in constructing and operating such a disposal facility. The plaintiff should accordingly have succeeded in his claim. The municipality should have selected a location and means with due regard to private rights. Although

instance a conclu que l'infiltration des eaux usées en raison de l'obstruction imprévue n'était pas une conséquence inévitable de la construction et de l'entretien du réseau d'égouts. Il a conclu que la défenderesse ne s'était pas acquittée du fardeau établi par le vicomte Dunedin dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth* et, par conséquent, qu'on avait fait la preuve d'une nuisance donnant ouverture à une action.

En appel, le juge McIntyre de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision du juge de première instance. Il a conclu que les dommages causés à la propriété de la demanderesse constituaient une nuisance qui, en l'absence d'un moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, donnerait ouverture à une action. La cour était d'avis que la défenderesse n'était pas dans une meilleure position qu'un particulier parce qu'elle avait simplement le pouvoir et non l'obligation de construire et d'exploiter un réseau d'égouts pour le bénéfice de la collectivité. Le juge McIntyre a conclu que le critère formulé dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth* était le bon critère et qu'il avait été correctement appliqué par le tribunal d'instance inférieure.

Je suis d'avis que le critère formulé dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth* n'était pas le critère qu'il fallait appliquer d'après les faits de cette affaire, laquelle exigeait plutôt l'application pure et simple de l'analyse qu'a fait lord Watson du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur dans l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

Le critère des conséquences inévitables a été appliqué dans le même sens dans l'arrêt *Wiebe v. Rural Municipality of De Salaberry* (1979), 11 C.C.L.T. 82, rendu par le juge Kroft de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Dans cette affaire, les dommages découlaient de l'exploitation d'un site d'enfouissement de déchets situé de l'autre côté de la rue, face au bien-fonds du demandeur. La cour a conclu que la loi en question était purement facultative. Elle ne contenait aucune directive spécifique quant à l'endroit qui devait être choisi ou la méthode qui devait être utilisée pour aménager et exploiter un tel site d'enfouissement. Le demandeur aurait donc dû avoir gain de

Kroft J. did find the municipality liable for the damage it caused to the plaintiff's property, he did so on the basis that the municipality had not shown that the nuisance was an inevitable result of exercising its permissive authority. He stated at p. 95 that the applicable principle is:

If the enactment is permissive, rather than mandatory, in that there is a choice as to location and method of operation, or if the directed undertaking is capable of being carried out within [*sic* should read "without"] the creation of a nuisance, then private rights must be considered. Such permissive authority will only justify a nuisance if the defendant can discharge the onus of establishing that the nuisance is the inevitable result of exercising the authority.

For further cases in which the courts seem to have applied the inevitable consequences doctrine in inappropriate circumstances see also: *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305; *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, *supra*; *Buyse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1, and *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *aff'd* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *aff'd sub nom. Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289.

What the more recent cases reveal, it seems to me, is that the inevitable consequences doctrine is now being applied without regard to the type of statutory authority conferred on the public body. In other words, two distinct tests seem to have developed for relieving public bodies from liability for nuisance, the one to find in the authorizing legislation express or implied authority to create the nuisance, and the other to find that the damage was the inevitable consequence of what the legislation has authorized regardless of the form of the authorizing legislation.

cause. La municipalité aurait dû choisir un endroit et un mode d'aménagement en tenant dûment compte des droits des particuliers. Bien que le juge Kroft ait conclu à la responsabilité de la municipalité pour les dommages causés au bien-fonds du demandeur, il a fondé sa conclusion sur le fait que la municipalité n'avait pas établi que la nuisance était le résultat inévitable de l'exercice d'une faculté. Il a formulé le principe applicable, à la p. 95:

[TRADUCTION] Si la loi est de nature facultative plutôt qu'impérative, en ce sens qu'elle donne le choix quant à l'endroit et à la méthode d'exploitation, ou si l'entreprise prévue peut être exploitée sans causer de nuisance, il faut alors tenir compte des droits des particuliers. L'exercice d'une faculté ne justifiera une nuisance que si la défenderesse peut s'acquitter du fardeau d'établir que la nuisance est le résultat inévitable de l'exercice de cette faculté.

Pour d'autres cas où les tribunaux semblent avoir appliqué la théorie des conséquences inévitables dans des circonstances qui ne s'y prêtaient pas, voir également les décisions suivantes: *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305, *Fairview Suede and Leather Specialists Ltd. v. City of Dartmouth* (1980), 40 N.S.R. (2d) 313, *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, précitée, *Buyse v. Shelburne* (1984), 28 C.C.L.T. 1, et *Schenck v. The Queen in Right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.), *conf. par* (1984), 49 O.R. (2d) 556 (C.A.), *conf. sub nom. Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289.

Il me semble qu'il ressort des décisions plus récentes que la théorie des conséquences inévitables est maintenant appliquée sans tenir compte du type d'autorisation que le législateur donne à l'organisme public. En d'autres termes, il semble que deux critères distincts aient été conçus pour dégager les organismes publics de toute responsabilité selon les règles de la nuisance, le premier consistant à conclure que la loi habilitante donne l'autorisation expresse ou implicite de causer la nuisance, et le deuxième consistant à conclure que le préjudice subi était la conséquence inévitable de ce que la loi a autorisé peu importe la forme de la loi habilitante.

Perhaps this has occurred because the courts have tended to make the inevitable consequences doctrine the starting point of their analysis. Once they find that the damage was not inevitable, they appear to see no purpose in examining the precise language of the statute. Certainly some text-writers approach the issue in this way. For example, Linden in *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at p. 514, begins his discussion of the defence of legislative authority by stating that "If a nuisance is the inevitable consequence of an activity which has been legislatively authorized, no action will lie". To the same effect, Fleming in *The Law of Torts* (5th ed. 1977), at p. 423, states that "Customarily cited as axiomatic is the principle that, if the nuisance is an *inevitable* consequence of the authorized undertaking, it is implicitly legalized and, in the absence of a compensation clause, all legal redress is barred". It seems to me that these statements are too broad. As we have seen from the early cases, the inevitable consequences doctrine will only protect the public body if the statute ordered the thing to be done or authorized it to be done in a particular manner or location. In all other cases, where the statutory authority is purely permissive the public body, if it decides to exercise its authority, must do so with due regard to private rights and the inevitability or otherwise of the damage is irrelevant except to the extent perhaps that it shows that the public body did not have due regard to private rights. It should have located its facility elsewhere.

In my view, to the extent that some of the more recent cases are inconsistent with the early principles, they should not be followed. I find no acceptable rationale for the extension of the inevitable consequences doctrine to cases where the public body was perfectly free to exercise its statutory authority without violating private rights. It is only in cases where the public body has no choice as to the way in which or the place where it engages in the nuisance-causing activity that the inevitable consequences doctrine protects it. For only in such

Cela s'est peut-être produit parce que les tribunaux ont eu tendance à faire de la théorie des conséquences inévitables le point de départ de leur analyse. Dès qu'ils concluent que le préjudice n'était pas inévitable, ils ne semblent pas juger utile d'examiner le texte précis de la loi. Certains auteurs abordent sûrement cette question de cette façon. Par exemple, Linden, dans son ouvrage intitulé *La responsabilité civile délictuelle* (4<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 626, commence son examen du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur en affirmant que «Si une activité autorisée par le législateur a comme conséquence inévitable une nuisance, il n'y a pas de droit d'action». Voir dans le même sens, Fleming dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts* (5<sup>e</sup> éd. 1977), à la p. 423, qui affirme que [TRADUCTION] «Le principe habituellement cité comme axiome porte que si la nuisance est une conséquence *inévitabile* de l'entreprise autorisée, elle est implicitement légalisée et, en l'absence d'une clause d'indemnisation, tout recours en justice est interdit». J'estime que ces affirmations sont trop larges. Comme nous l'avons vu dans les premiers arrêts, la théorie des conséquences inévitables ne protégera l'organisme public que si la loi en question ordonnait ou permettrait qu'une chose soit faite d'une manière ou à un endroit particuliers. Dans tous les autres cas, lorsque l'autorisation du législateur est purement facultative, l'organisme public qui décide d'exercer cette faculté doit le faire en tenant dûment compte des droits des particuliers et le caractère inévitable ou autre du dommage n'est pas pertinent sauf peut-être dans la mesure où il indique que l'organisme public n'a pas tenu dûment compte des droits des particuliers. Il aurait dû installer son entreprise ailleurs.

À mon avis, dans la mesure où certaines des décisions plus récentes sont incompatibles avec les principes établis à l'origine, elles ne devraient pas être suivies. J'estime qu'aucun raisonnement acceptable ne justifie l'extension de l'application de la théorie des conséquences inévitables aux cas où l'organisme public était tout à fait libre d'exercer l'autorisation que lui conférerait la loi sans violer les droits de particuliers. C'est seulement dans les cas où l'organisme public n'a pas le choix d'exercer son activité à l'origine d'une nuisance de la façon

cases can it be said that the legislature has authorized any nuisance which is the inevitable consequence of the public body's carrying out its mandate.

The early principles, it seems to me, are rooted in common sense and logic. There is no need to throw the baby out with the bath water. Let us rather return the law to where it once was. Placing the dominant emphasis on the inevitability doctrine, as some of the more recent cases have done, may result in an undue restriction on the right of private citizens to recover for damage caused by the public body's failure to give adequate consideration to private rights when deciding how and where to locate public facilities. *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand, Metropolitan Asylum District v. Hill* and *City of Manchester v. Farnworth* set out the principles in crystal clear fashion and, in my respectful view, should be followed.

The legislation in this case was purely permissive within the meaning of these cases. It authorized a sewage system to be constructed but did not specify how or where it was to be done. The respondent was accordingly obliged to construct and operate the system in strict conformity with private rights. It did not do so. The defence of statutory authority is not available to it and the appellants are entitled to recover. The case calls for a straightforward application of *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the judgment of the trial judge. The appellants are entitled to their costs both here and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the privilege of reading the reasons for judgment of my colleagues Justice La Forest and Justice Wilson. Regrettably I am unable to agree with the reasons of either. I agree with Wilson J.'s comment that the approach proposed by La Forest J. would virtually abrogate the

dont il le fait et à l'endroit où il le fait que la théorie des conséquences inévitables le protège. Car c'est seulement dans ces cas qu'on peut affirmer que le législateur a autorisé la nuisance qui est la conséquence inévitable de l'exercice du mandat de l'organisme public.

Il me semble que les principes d'origine relèvent du sens commun et de la logique. Il n'est pas nécessaire de jeter l'enfant avec l'eau du bain. Retournons plutôt au droit tel qu'il était. En se concentrant principalement sur la théorie du caractère inévitable, comme certains tribunaux l'ont fait dans les décisions plus récentes, on risque de restreindre indûment le droit des particuliers de se faire indemniser pour le dommage causé par l'organisme public qui n'a pas suffisamment tenu compte des droits des particuliers en décidant comment et où seront offerts des services publics. Les arrêts *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand, Metropolitan Asylum District v. Hill* et *City of Manchester v. Farnworth* ont établi les principes d'une façon parfaitement claire et j'estime qu'ils devraient être suivis.

En l'espèce, la Loi était de nature purement facultative au sens de ces arrêts. Elle autorisait la construction d'un réseau d'égouts sans préciser comment et où il devait être construit. L'intimée avait donc l'obligation de construire et d'exploiter le système en se conformant strictement aux droits des particuliers. Elle ne l'a pas fait. Elle ne peut invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur et les appelants ont droit à une réparation. Cette affaire est clairement régie par l'arrêt *Metropolitan Asylum District v. Hill*.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. Les appelants ont droit à leurs dépens en notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Wilson. Malheureusement, je ne puis souscrire à leurs motifs. Je partage la remarque du juge Wilson que la solution proposée par le juge La Forest abolirait pratiquement le moyen de

defence of statutory authority and would do "nothing to assist public bodies to make a realistic assessment of their exposure in carrying out their statutory mandate".

On the other hand, I am concerned that her approach would have the same consequences for the defence of statutory authority. She would eliminate it in respect of legislation that is permissive. Modern legislation authorizing the provision of the type of works which frequently give rise to nuisances is almost invariably permissive. This would expose public authorities to the same liability for nuisance as private enterprise. While this might assist them in estimating their exposure, that exposure would open the floodgates to the same extent as the approach proposed by La Forest J.

Both of my colleagues propose changes in the law as it is being applied at present. Change should not be made for its own sake or to solve a particular case unless the change constitutes an improvement in the law as generally applied. In my opinion, the changes proposed are not an improvement on the present law of nuisance, imperfect though it may be. The defence of statutory authority which is applied in Canada is based on the statement of Viscount Dunedin in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171, at p. 183:

When Parliament has authorized a certain thing to be made or done in a certain place, there can be no action for nuisance caused by the making or doing of that thing if the nuisance is the inevitable result of the making or doing so authorized. The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense.

It has been adopted by our Court in *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150, and *Schenck v. Ontario (Min-*

défense fondé sur l'autorisation du législateur et n'aidera[it] aucunement les organismes publics à évaluer de façon réaliste ce à quoi ils s'exposent dans l'exercice du mandat que leur confie la loi.

<sup>a</sup> D'autre part, j'estime que le point de vue du juge Wilson aurait les mêmes conséquences quant au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. Elle l'éliminerait en ce qui concerne la <sup>b</sup> législation qui confère une faculté. La législation moderne autorisant le type d'ouvrages qui entraînent fréquemment des nuisances est presque toujours de nature facultative. Cela exposerait les organismes publics à la même responsabilité en <sup>c</sup> matière de nuisance que les entreprises privées. Bien que cela puisse les aider à évaluer le risque auquel ils s'exposent, ce risque ouvrirait la porte à une avalanche de poursuites dans la même mesure <sup>d</sup> que la solution proposée par le juge La Forest.

Mes deux collègues proposent des modifications au droit appliqué actuellement. Des modifications ne devraient pas être apportées à seule fin de modifier ni pour régler un cas particulier à moins <sup>e</sup> que la modification ne constitue une amélioration du droit généralement appliqué. À mon avis, les modifications proposées n'apportent pas d'amélioration aux règles de droit actuelles applicables à la nuisance, aussi imparfaites soient-elles. Le moyen <sup>f</sup> de défense de l'autorisation du législateur qui est appliqué au Canada se fonde sur l'affirmation du vicomte Dunedin dans l'arrêt *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171, à la p. 183:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] Lorsque le Parlement a permis qu'une chose donnée soit faite à un endroit donné, il ne peut y avoir d'action fondée sur la nuisance causée par la chose qui est faite si la nuisance est le résultat inévitable de la chose autorisée. Le fardeau d'établir que le résultat est <sup>h</sup> inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l'égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n'est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l'état des connaissances scientifiques à l'époque, <sup>i</sup> compte tenu également d'une saine appréciation, qu'on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût.

Cette affirmation a été adoptée par notre Cour dans les arrêts *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150, et *Schenck*

ister of Transportation and Communications), [1987] 2 S.C.R. 289, and in a number of decisions of other courts including *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (B.C.C.A.), *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305 (Sask. C.A.), and *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (N.B.C.A.)

The rationale of the defence is that if the legislature expressly or implicitly says that a work can be carried out which can only be done by causing a nuisance, then the legislation has authorized an infringement of private rights. If no compensation provision is included in the statute, all redress is barred. See Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 407, and *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, *supra*, at p. 439. There is no question that legislation may expressly authorize an interference with private rights by so providing in explicit language. Where the only reasonable inference from the legislation is that such interference is authorized, then the same result obtains by implication. Hence the language in the cases that the defence is made out if the nuisance is authorized expressly or by implication.

A work is authorized by statute whether the statute is mandatory or permissive, if the work is carried out in accordance with the statute. The distinction between mandatory and permissive, which Wilson J. makes to eliminate, in the latter case, the defence of statutory authority, has not been accepted in Canada or, apparently, in England. (See *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353 (H.L.), and *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159 (H.L.))

The criticism of the present state of the law which is the springboard for the desire to change it is largely based on the fact that the term "inevitable consequences" is too vague and uncertain. That term is the expression of the factual conclusion that the necessary causal connection exists between the work authorized and the nuisance. If the necessary connection exists, then it follows that the legislature authorized that which is the inevi-

c. *Ontario (Ministre des transports et des communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289, et dans de nombreuses décisions d'autres tribunaux, dont *Royal Anne Hotel Co. v. Ashcroft*, [1979] 2 W.W.R. 462 (C.A.C.-B.), *Temple v. City of Melville* (1979), 105 D.L.R. (3d) 305 (C.A. Sask.), et *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (C.A.N.-B.)

b Le raisonnement sur lequel repose le moyen de défense est que, si le législateur a dit expressément ou implicitement qu'un ouvrage peut être exécuté et qu'il ne peut l'être sans causer de nuisance, la loi autorise donc une violation des droits des particuliers. Si la loi ne contient aucune disposition d'indemnisation, toute réparation est refusée. Voir Fleming, *The Law of Torts* (6<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 407, et l'arrêt *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.*, précité, à la p. 439. Il ne fait pas de doute qu'une loi peut autoriser expressément une violation des droits des particuliers si elle le fait en des termes explicites. Si la seule conclusion raisonnable qu'on peut tirer de la loi est que cette violation est autorisée, le même résultat peut donc être obtenu implicitement. C'est pourquoi la jurisprudence accueille le moyen de défense si la nuisance est autorisée expressément ou implicitement.

f Un ouvrage est autorisé par une loi, peu importe que celle-ci soit de nature impérative ou facultative, si l'ouvrage est exécuté en conformité avec cette loi. La distinction entre une disposition impérative et une disposition facultative que fait le juge Wilson pour éliminer, dans le dernier cas, le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur, n'a pas été acceptée au Canada ni, apparemment, en Angleterre. (Voir *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353 (H.L.), et *Tate & Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council*, [1983] 1 All E.R. 1159 (H.L.))

Les critiques sur l'état actuel du droit, qui sont à l'origine des modifications souhaitées, sont fondées en grande partie sur le fait que l'expression «conséquences inévitables» est trop vague et incertaine. Cette expression reflète la conclusion de fait que le lien de causalité nécessaire existe entre l'ouvrage autorisé et la nuisance. Si ce lien nécessaire existe, il s'ensuit donc que le législateur a autorisé ce qui

table consequence of the work described in the statute.

The burden of proof with respect to the defence of statutory authority is on the party advancing the defence. It is not an easy one. The courts strain against a conclusion that private rights are intended to be sacrificed for the common good. The defendant must negative that there are alternate methods of carrying out the work. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance. It is insufficient for the defendant to negative negligence. The standard is a higher one. While the defence gives rise to some factual difficulties, in view of the allocation of the burden of proof they will be resolved against the defendant.

If we are to depart from this state of the law, so recently confirmed by two decisions of this Court, there should be very strong ground for so doing. Moreover, there should be substantial unanimity. It is apparent from the reasons in this appeal that there is little unanimity as to whether we should retrench, advance or stay the same.

The change proposed by La Forest J. subsumes the defence of statutory authority within the test as to when it is reasonable to compensate the plaintiff. Trial judges will still have to grapple with the elements of the defence of statutory authority but in the context of a test of reasonableness. This will simply add uncertainty to any uncertainty which is said to exist.

Nor do I agree that it is logical or practical to distinguish between public works that are required and those that are permitted. While it was fashionable to require such works in the railway building age, mandatory public works are a feature of a by-gone era.

constitue la conséquence inévitable de l'ouvrage prévu dans la loi en question.

Le fardeau de preuve relatif au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur incombe à la partie qui l'invoque. Ce n'est pas un fardeau dont il est facile de s'acquitter. Les tribunaux répugnent à conclure qu'on a voulu que les droits des particuliers soient sacrifiés pour le bien commun. Le défendeur doit établir qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter l'ouvrage. Le simple fait qu'un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S'il n'existe qu'un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu'il était pratiquement impossible d'éviter la nuisance. Il ne suffit pas que le défendeur établisse l'absence de négligence. La norme est plus sévère. Bien que le moyen de défense suscite certaines difficultés dans les faits, celles-ci seront résolues au détriment du défendeur compte tenu de l'attribution du fardeau de la preuve.

Si nous devons nous écarter de cet état du droit, si récemment confirmé par deux arrêts de notre Cour, il faudrait avoir des motifs très sérieux de le faire. En outre, il devrait y avoir unanimité dans l'ensemble. Il ressort des motifs de ce pourvoi que nous sommes loin de l'unanimité sur la question de savoir si nous devons reculer, avancer ou rester au même point.

La modification proposée par le juge La Forest subsume le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur sous le critère qui consiste à déterminer quand il est raisonnable d'indemniser le demandeur. Les juges de première instance auront encore à se débattre avec les éléments du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur mais dans le contexte d'un critère du caractère raisonnable. Cela ne contribuera qu'à ajouter plus d'incertitude à celle qui, dit-on, existe déjà.

Je ne suis pas d'accord non plus qu'il est logique ou pratique de faire une distinction entre les ouvrages publics obligatoires et ceux qui sont autorisés. Bien qu'il ait été d'usage de prescrire ces ouvrages à l'époque de la construction des chemins de fer, les ouvrages publics obligatoires font partie d'une époque révolue.

The disagreement with the result reached in the Court of Appeal is not because the law is defective but because it was incorrectly applied. As La Forest J. points out, the Court of Appeal exonerated the respondent from liability in nuisance on the basis that there was an absence of negligence. In my opinion, the heavier onus which must be discharged was not met in this case. The trial judge so found. I therefore would dispose of the appeal as proposed by my colleagues.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's.*

*Solicitors for the respondent: O'Reilly, Noseworthy, St. John's.*

Le désaccord quant à la conclusion de la Cour d'appel est dû non pas à un vice du droit mais à une mauvaise application du droit. Comme le souligne le juge La Forest, la Cour d'appel a exonéré l'intimée de toute responsabilité selon des règles de la nuisance pour le motif qu'il y avait absence de négligence. À mon avis, on ne s'est pas acquitté en l'espèce du fardeau plus lourd dont il fallait s'acquitter. C'est là la conclusion du juge de première instance. Je suis donc d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par mes collègues.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's.*

*Procureurs de l'intimée: O'Reilly, Noseworthy, St. John's.*



**John Just Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen in right of the Province of British Columbia Respondent**

INDEXED AS: JUST v. BRITISH COLUMBIA

File No.: 20246.

1989: February 24; 1989: December 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Liability — Government — Policy decision or operational decision — Boulder crashing onto car on highway — System in place for inspection and remedial work on rock slopes — Whether or not parties in relationship of sufficient proximity to warrant imposition of duty of care — If so, whether policy decision to which liability does not attach or operation decision to which liability would attach — Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167, ss. 8, 14 — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86, ss. 2, 3.*

Heavy snowfall forced appellant and his daughter to stop in a line of traffic by a rocky slope on a major highway. A boulder, which worked loose from the wooded slopes above the highway, came crashing down upon appellant's car, killing appellant's daughter and causing him very serious injuries. Appellant contended that respondent negligently failed to properly maintain the highway.

The Department of Highways had set up a system for inspection and remedial work upon rock slopes. Inspection and recommendations were made by engineers and the work was effected by a rock scaling crew responsible for performing remedial work throughout the entire province. The department's practice had been to make visual inspections from the highway unless rock falls or a history of instability in an area indicated a need for the rock engineer to climb the slope. Numerous informal inspections were carried out by highway personnel as they drove along the road.

The trial judge found that the entire system of inspection and the way it was implemented was a policy matter which did not give rise to liability. No finding was made as to whether or not the system of inspection

**John Just Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique Intimée**

RÉPERTORIÉ: JUST c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

N° du greffe: 20246.

b 1989: 24 février; 1989: 7 décembre.

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

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

*Délits civils — Responsabilité — Gouvernement — Décision de politique ou opérationnelle — Voiture écrasée par la chute d'un bloc de pierre sur la route — Système d'inspection et de consolidation des talus rocheux — Le lien entre les parties est-il suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence? — Si oui, s'agit-il d'une décision de politique qui n'engage pas la responsabilité ou d'une décision opérationnelle qui peut être source de responsabilité? — Highway Act, R.S.B.C. 1979, chap. 167, art. 8, 14 — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86, art. 2, 3.*

D'abondantes chutes de neige avaient obligé l'appellant et sa fille à s'arrêter sur la route. Un bloc de pierre s'est détaché d'un talus boisé bordant la route et s'est écrasé sur la voiture de l'appellant, tuant sa fille et le blessant gravement. L'appellant allègue que l'intimée a fait preuve de négligence en n'entretenant pas convenablement la route.

Le ministère de la Voirie avait mis sur pied un système d'inspection et de travaux de consolidation des talus rocheux. Des ingénieurs procédaient aux inspections et faisaient des recommandations, ensuite une équipe de décapage exécutait les travaux de consolidation dans toute la province. Il était d'usage au ministère de faire, de la route, des inspections visuelles à moins que la chute de roches ou des antécédents d'instabilité à un endroit donné n'indiquent la nécessité pour l'ingénieur d'escalader lui-même le talus. Les employés de la Voirie faisaient de nombreuses inspections informelles quand ils circulaient sur la route.

Le juge de première instance a conclu que l'ensemble du système d'inspection et la façon dont il fonctionnait était une décision de politique qui échappe au domaine de la responsabilité. Il n'a tiré aucune conclusion quant

was reasonable or whether the inspections themselves were properly carried out. The Court of Appeal upheld the finding of the trial judge.

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

*Per* Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The province owes a duty of care, which ordinarily extends to their reasonable maintenance, to those using its highways. The Department of Highways could readily foresee the risk that harm might befall users of a highway if it were not reasonably maintained. That maintenance could be found to extend to the prevention of injury from falling rock.

Government agencies may be exempt from the application of the traditional tort law duty of care if an explicit statutory exemption exists or if the decision arose as a result of a policy decision. Whether or not a decision is characterized as a policy decision or as an operational decision rests on the nature of the decision and not on the identity of the actors. Generally, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies should be classified as policy decisions. A policy decision may be open to challenge on the basis that it is not made in the *bona fide* exercise of discretion.

If after due consideration it is found that a duty of care is owed by the government agency and no exemption by way of statute or policy decision-making is found to exist, a traditional torts analysis ensues and the issue of standard of care required of the government agency must next be considered. The manner and quality of an inspection system, since it was clearly part of the operational aspect of a governmental activity, should be assessed when consideration is given to the standard of care issue. At this stage, the requisite standard of care must be assessed in light of all the surrounding circumstances including budgetary restraints and the availability of qualified personnel and equipment. In this case a new trial was necessary to make the necessary findings of fact on the negligence issue.

*Per* Sopinka J. (dissenting): Respondent had the power to carry out the inspections but was under no duty to do so. Conduct within the limits of this discretion gives rise to no duty of care; conduct outside of these limits may attract a private law duty of care.

à savoir si le système d'inspection était raisonnable ou si les inspections elles-mêmes avaient été effectuées convenablement. La Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance.

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

*Le* juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La province a une obligation de diligence envers les usagers de la route et cette obligation s'étend ordinairement à l'entretien raisonnable des routes. Le ministère de la Voirie pouvait facilement prévoir le risque qu'un défaut d'entretien de la route faisait courir aux usagers. On peut conclure que l'entretien comprend la prévention des dommages pouvant résulter des éboulements.

Un organisme gouvernemental peut être exempté de l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle en vertu d'une disposition législative expresse ou lorsque la décision prise est une décision de politique. La qualification de la décision de décision de politique ou de décision opérationnelle dépend de sa nature et non de l'identité des acteurs. De façon générale, les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux sont rangées dans la catégorie des décisions de politique. Une décision de politique peut être contestée sur le motif qu'elle n'a pas été prise dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire.

Si, après mûre considération, on conclut que l'organisme gouvernemental a une obligation de diligence et qu'il n'en est pas exempté par la loi ou la nature politique de sa décision, il faut procéder à l'analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle et il faut examiner alors la question de la norme de diligence requise de l'organisme gouvernemental. La méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale et doivent donc être évaluées dans le cadre de l'examen de la norme de diligence. À ce stade, il faut évaluer la norme de diligence requise en fonction de toutes les circonstances, y compris les restrictions budgétaires et la possibilité de trouver le personnel qualifié et l'équipement nécessaire. Un nouveau procès doit être ordonné en l'espèce pour établir les conclusions de fait relatives à la question de la négligence.

*Le* juge Sopinka (dissident): L'intimée avait le pouvoir de procéder aux inspections, mais elle n'avait aucune obligation de le faire. Les actes accomplis à l'intérieur des limites de ce pouvoir discrétionnaire ne donnent lieu à aucune obligation de diligence; les actes accomplis à l'extérieur de ces limites peuvent donner lieu à une obligation de diligence en droit privé.

The respondent's liability, pursuant to the *Crown Proceeding Act*, was no greater than that of a municipality. A municipality has, within its statutory discretion, the authority to maintain highways but no duty to do so. A litigant may not attack a policy and it is not appropriate for a Court to pass on it, absent evidence that a policy was adopted for some ulterior motive and not for a municipal purpose. In order for a private duty to arise, it would have to be shown that the Rockwork Section acted outside its delegated discretion to determine whether to inspect and the manner in which the inspection is to be made.

Policy decisions are immune from review because they usually entail not only a decision to do something but also some call upon the public purse. Respondent was acting within its discretion when it decided that inspections should be done and the manner in which they were to be done. Responsibility for deciding the extent to which the inspection program was to be implemented was delegated to the Rockwork Section.

#### Cases Cited

By Cory J.

**Applied:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175; *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; *Blessing v. United States*, 447 F.S. 1160; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Indian Towing Co.*, 350 U.S. 61 (1955); *United States v. S.A. Empresa De Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

By Sopinka J. (dissenting)

*City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *London Passenger Transport Board v. Upson*, [1949] A.C. 155; *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728.

#### Statutes and Regulations Cited

*Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, ss. 2, 3(2).  
*Federal Tort Claims Act*, 28 U.S.C. § 2680.  
*Highway Act*, R.S.B.C. 1979, c. 167, s. 8.  
*Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, s. 14.  
*Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 513(2).

La responsabilité de l'intimée en vertu de la *Crown Proceeding Act* n'est pas plus grande que celle d'une municipalité. Une municipalité a, en vertu de ses pouvoirs discrétionnaires, le pouvoir d'entretenir les routes mais elle n'a pas l'obligation de le faire. En l'absence de preuve qu'une politique a été adoptée à quelque fin étrangère et non à une fin municipale, il n'appartient pas à une partie de la contester, ni à un tribunal de se prononcer à son sujet. Pour qu'une obligation de droit privé existe, il faudrait démontrer que la section Mécanique des roches a agi en dehors des limites de son pouvoir discrétionnaire délégué pour décider s'il fallait inspecter et de quelle manière l'inspection devait être exécutée.

Les décisions de politique sont à l'abri de la révision parce qu'elles comportent non seulement la décision de faire quelque chose, mais aussi celle de dépenser des deniers publics. L'intimée a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire quand elle a décidé que des inspections seraient faites et a prévu la manière dont elles seraient tenues. Le pouvoir de décider de l'étendue du programme d'inspection avait été délégué à la section Mécanique des roches.

#### Jurisprudence

<sup>e</sup> Citée par le juge Cory

**Arrêts appliqués:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175; *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; *Blessing v. United States*, 447 F.S. 1160; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Indian Towing Co.*, 350 U.S. 61 (1955); *United States v. S.A. Empresa De Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

Citée par le juge Sopinka (dissent)

*Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *London Passenger Transport Board v. Upson*, [1949] A.C. 155; *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728.

#### <sup>i</sup> Lois et règlements cités

*Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 86, art. 2, 3(2).  
*Federal Tort Claims Act*, 28 U.S.C. § 2680.  
*Highway Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 167, art. 8.  
*Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 280, art. 14.  
*Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 513(2).

## Authors Cited

Holding, John D. "The Relationship Between Recent Trends in Tort Litigation and the Current Insurance Crisis in Canada" (1986), 54 *Assurances* 435.

Klar, Lewis. "Negligence—Reactions Against Alleged Excessive Imposition of Liability—A Turning Point?" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 159.

Ontario. Ontario Task Force on Insurance. *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance*. Toronto: The Task Force, 1986.

Osborne, Philip. "A Critical Evaluation of Liability Insurance, Litigation and Personal Injury Compensation: The Lessons and Choices for Ontario." Study prepared for the Ontario Task Force on Insurance and cited in *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance*. Toronto: The Task Force, 1986.

Rea, Samuel A., Jr. "Economic Perspectives on the Liability Insurance Crisis," in *Insurance Law*. Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1987. Don Mills, Ont.: De Boo, 1987.

Stradiotto, Rino A. "Canadian Perspectives on Tort Law: Personal Injury Damages" (1988), 46 *The Advocate* 737.

Trebilcock, Michael J. "The Insurance—Deterrence Dilemma of Modern Tort Law: Trends in North American Tort Law and Their Implications for the Current Liability Crisis." Study prepared for the Ontario Task Force on Insurance and cited in *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance*. Toronto: The Task Force, 1986.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223, [1987] 2 W.W.R. 231, 40 C.C.L.T. 160, 1 M.V.R. (2d) 357, dismissing an appeal from a judgment of McLachlin J. (1985), 64 B.C.L.R. 349, [1985] 5 W.W.R. 570, 33 C.C.L.T. 49, 34 M.V.R. 124. Appeal allowed, Sopinka J. dissenting.

*T. R. Berger and J. N. Laxton, Q.C.*, for the appellant.

*William A. Pearce and Harvey M. Groberman*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—This appeal puts in issue the approach that should be taken by courts when considering the liability of government agencies in tort actions.

## Doctrine citée

Holding, John D. «The Relationship Between Recent Trends in Tort Litigation and the Current Insurance Crisis in Canada» (1986), 54 *Assurances* 435.

<sup>a</sup> Klar, Lewis. «Negligence—Reactions Against Alleged Excessive Imposition of Liability—A Turning Point?» (1987), 66 *R. du B. can.* 159.

Ontario. Ontario Task Force on Insurance. *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance*. Toronto: The Task Force, 1986.

<sup>b</sup> Osborne, Philip. «A Critical Evaluation of Liability Insurance, Litigation and Personal Injury Compensation: The Lessons and Choices for Ontario.» Study prepared for the Ontario Task Force on Insurance and cited in *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance*. Toronto: The Task Force, 1986.

<sup>c</sup> Rea, Samuel A., Jr. «Economic Perspectives on the Liability Insurance Crisis,» in *Insurance Law*. Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1987. Don Mills, Ont.: De Boo, 1987.

<sup>d</sup> Stradiotto, Rino A. «Canadian Perspectives on Tort Law: Personal Injury Damages» (1988), 46 *The Advocate* 737.

<sup>e</sup> Trebilcock, Michael J. «The Insurance—Deterrence Dilemma of Modern Tort Law: Trends in North American Tort Law and Their Implications for the Current Liability Crisis.» Study prepared for the Ontario Task Force on Insurance and cited in *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance*. Toronto: The Task Force, 1986.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223, [1987] 2 W.W.R. 231, 40 C.C.L.T. 160, 1 M.V.R. (2d) 357, qui a rejeté un appel d'une décision du juge McLachlin (1985), 64 B.C.L.R. 349, [1985] 5 W.W.R. 570, 33 C.C.L.T. 49, 34 M.V.R. 124. Pourvoi accueilli, le juge Sopinka est dissident.

<sup>g</sup> *T. R. Berger et J. N. Laxton, c.r.*, pour l'appellant.

<sup>h</sup> *William A. Pearce et Harvey M. Groberman*, pour l'intimée.

<sup>i</sup> Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

<sup>j</sup> LE JUGE CORY—Le présent pourvoi concerne la manière dont les tribunaux devraient aborder l'étude de la responsabilité civile délictuelle des organismes gouvernementaux.

### Factual Background

On the morning of January 16, 1982, the appellant and his daughter set out, undoubtedly with high hopes and great expectations, for a day of skiing at Whistler Mountain. As a result of a heavy snow fall they were forced to stop in the northbound line of traffic on Highway 99. While they were waiting for the traffic to move forward a great boulder weighing more than a ton somehow worked loose from the wooded slopes above the highway and came crashing down upon the appellant's car. The impact killed the appellant's daughter and caused him very serious injuries. He then brought this action against the respondent contending that it had negligently failed to maintain the highway properly.

Highway 99 is a major commuter road between Vancouver and the major ski resorts located at Whistler Mountain. The appellant alleged that there had been earlier rock falls near the scene of the tragedy. As well it was said that the climatic conditions of freezing and thawing, coupled with a heavy build-up of snow in the trees and resulting tree damage created a great risk of rock falls. Trees were said to be a well-known factor in levering rocks loose. It was contended that inadequate attention had been given to all these factors by the respondent and that a reasonable inspection would have demonstrated that the rock constituted a danger to users of the highway.

At the time of the accident the Department of Highways had set up a system for inspection and remedial work upon rock slopes particularly along Highway 99. At the apex of the organization was a Mr. Eastman, the regional geotechnical material engineer. He is a specialist in rock slope maintenance and together with another engineer was responsible for inspecting rock slopes and making recommendations regarding their stability.

The Department contained a Rockwork Section which included Mr. Oliver, the rock work engineer responsible for rock stabilization and inspections on Highway 99. The section also included a rock

### Les faits

Le matin du 16 janvier 1982, l'appelant et sa fille ont pris la route, se réjouissant certainement d'avance de la perspective d'une journée de ski à Whistler Mountain. Comme il avait beaucoup neigé, ils ont été forcés de s'arrêter sur la voie nord de la route 99. Tandis qu'ils attendaient que la circulation reprenne, un gros bloc de pierre pesant plus d'une tonne s'est détaché du talus boisé qui borde la route et est venu s'écraser sur la voiture de l'appelant. Sa fille a été tuée sous la force de l'impact et lui-même a été grièvement blessé. Il a intenté la présente action contre l'intimée, alléguant que celle-ci avait fait preuve de négligence en n'entretenant pas convenablement la route.

La route 99 est une importante voie de communication entre Vancouver et les grandes stations de ski de Whistler Mountain. L'appelant a soutenu qu'il y avait déjà eu d'autres éboulements près du lieu de la tragédie. En outre, on a affirmé que les risques d'éboulements étaient grands en raison des conditions climatiques de gel et de dégel successifs, conjuguées à l'importante accumulation de neige qui endommage les arbres. On a affirmé qu'il est bien connu que les arbres, par un effet de levier, contribuent au phénomène de détachement du roc. L'intimée, a-t-on allégué, n'avait pas apporté suffisamment d'attention à tous ces facteurs alors qu'une inspection raisonnable aurait permis de constater que les rochers représentaient un danger pour les usagers de la route.

À l'époque de l'accident, le ministère de la Voirie avait mis sur pied un système d'inspection et de travaux de consolidation des talus rocheux, notamment le long de la route 99. À la tête de l'organisation se trouvait un M. Eastman, ingénieur régional en matériaux géotechniques. Spécialiste en entretien des talus rocheux, ce dernier, avec un autre ingénieur, était chargé d'inspecter les talus et de faire des recommandations sur leur stabilité.

Le ministère comprenait une section Mécanique des roches dont faisait partie M. Oliver, ingénieur en mécanique des roches, responsable de l'inspection et de la stabilisation des roches sur la route

scaling crew which was formed in 1971 to perform remedial work on the slopes. This crew serviced the entire province. The crew's function was to remove potentially dangerous rocks by prying them loose using a crowbar. As well, they removed trees that were considered a hazard to the safety of those using the highways. Mr. Oliver was required to inspect rock cut areas to assess the stability of the slope and to determine whether there was a risk that a rock might fall on the highway. His inspection duties extended to the entire slope from which such a danger might arise.

When the rock work engineer inspected the rock slopes on Highway 99 he would report his findings and recommendations to the district highways manager responsible for the area. The district manager in turn through the regional geotechnical material engineer submitted requests for the services of the rock scaling crew. The rock scaling crew itself had no discretion as to where and when it worked; its schedule was determined by the requests for remedial work made to the Rockwork Section.

Prior to the accident the practice had been for the Department of Highways to make visual inspections of the rock cuts on Highway 99. These were carried out from the highway unless there was evidence or history of instability in an area in which case the rock engineer would climb the slope. In addition there were numerous informal inspections carried out by highway personnel as they drove along the road when they would look for signs of change in the rock cut and for rocks in the ditch.

#### Decisions at Trial and on Appeal

In the reasons of the trial judge (1985), 64 B.C.L.R. 354, the term "rock scaling crew" is used to refer to the Rockwork Section. In any event it was found at p. 354 that:

... the rock scaling crew had virtually an absolute discretion as to when and where it would work. It created the standards and it determined their enforcement. Its discretion went far beyond the limited opera-

99. Cette section comprenait également une équipe de décapage de la roche, formée en 1971 pour exécuter les travaux de consolidation des talus. Cette équipe travaillait pour l'ensemble de toute la province. Sa fonction était d'enlever les roches potentiellement dangereuses en les détachant à l'aide d'un pied-de-biche. Elle enlevait également les arbres pouvant être dangereux pour la sécurité des usagers des voies publiques. Monsieur Oliver devait inspecter les zones d'excavation pour évaluer la stabilité des talus et déterminer s'il y avait risque d'éboulement sur la route. Ses devoirs d'inspection s'étendaient à tous les talus où pouvait exister ce genre de danger.

Après inspection des talus rocheux longeant la route 99, l'ingénieur en mécanique des roches faisait part de ses conclusions et de ses recommandations au directeur de district de la voirie, chargé de la région. Ce dernier s'adressait ensuite à l'ingénieur régional en matériaux géotechniques, pour obtenir les services de l'équipe de décapage de la roche. Celle-ci n'avait aucune discrétion quant au lieu et à la date d'exécution de ses travaux; son emploi du temps était fixé selon les demandes de travaux de consolidation présentées à la section Mécanique des roches.

Avant l'accident, l'usage au ministère de la Voirie était de faire une inspection visuelle des tranchées de la route 99. Cette inspection se faisait à partir de la route, à moins de signes ou d'antécédents d'instabilité à un endroit particulier, auquel cas l'ingénieur escaladait lui-même le talus. En outre, de nombreuses inspections informelles étaient faites par les employés de la Voirie qui, en passant sur la route, cherchaient à détecter des signes de changement dans la paroi rocheuse et des roches dans le fossé.

#### Les jugements en première instance et en appel

Dans les motifs de jugement du juge de première instance (1985), 64 B.C.L.R. 354, le terme «équipe de décapage de la roche» désigne la section Mécanique des roches. Quoi qu'il en soit, il a statué à la p. 354 que:

[TRADUCTION] ... l'équipe de décapage de la roche jouissait virtuellement d'une discrétion absolue quant au lieu et à la date d'exécution de ses travaux. C'est elle qui fixait les normes et en assurait l'application. Son pouvoir

tional discretion of how to go about enforcing policies set by others. In effect, the Department of Highways had conferred upon the rock scaling crew the responsibility of formulating policy with respect to the prevention of rock falls on highways.

The reasons continued with the finding that there were no standards to which the rock scaling crew was required to work or against which its conduct could be evaluated as that determined its own standards. It was found that the decision as to what inspection was to be undertaken on a particular site was a "policy" decision. The conclusion was set out at p. 355 in these words:

The number and quality of inspections as well as the frequency of scaling and other remedial measures were matters of planning and policy involving the utilization of scarce resources and the balancing of needs and priorities throughout the province. Decisions of that nature are for the governmental authorities, not the courts.

No finding was made as to whether or not the system of inspection set forth by the Department of Highways was a reasonable one or whether the inspections themselves were properly carried out. Rather, as indicated, it was found that the entire system of inspection as well as the way in which it was carried out was a matter of planning and policy for which there was no liability.

The Court of Appeal (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223, determined that the trial judge had considered the proper *indicia* in determining that the number and quality of decisions as to the inspections and the decisions as to the work to be done on a particular site were matters of policy, as opposed to an operational decision. That court upheld the finding of the trial judge that the decisions involved in this case constituted a policy decision for which there was no liability rather than the implementation of policy. The appeal was dismissed without calling upon the respondent.

discrétionnaire allait bien au-delà de la discrétion opérationnelle se limitant au mode d'application d'une politique établie par d'autres. De fait, le ministère de la Voirie avait confié à l'équipe de décapage de la roche la responsabilité d'élaborer une politique en matière de prévention des éboulements sur les routes.

Le juge a estimé qu'il n'existait aucune norme conformément à laquelle l'équipe de décapage était tenue de travailler et en regard de laquelle sa conduite pouvait être évaluée, si ce n'était la sienne propre. Il en a conclu que la décision d'entreprendre un type d'inspection donné en un endroit particulier était une décision de «politique». Voici sa conclusion à la p. 355:

[TRADUCTION] Le nombre et la qualité des inspections, ainsi que la fréquence du décapage et des autres mesures de redressement étaient des questions de planification et de politique concernant l'utilisation de ressources limitées et la pondération des besoins et des priorités à l'échelle de la province. C'est aux autorités gouvernementales, et non aux tribunaux, qu'il appartient de prendre ce genre de décisions.

Le jugement de première instance n'a tiré aucune conclusion quant à savoir si le système d'inspection du ministère de la Voirie était raisonnable ou si les inspections elles-mêmes avaient été effectuées convenablement. Comme nous l'avons indiqué, le juge estimait que tout le système et les méthodes d'inspection relevaient de la planification et de la politique, activités qui échappent au domaine de la responsabilité.

La Cour d'appel (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223, a conclu que le juge de première instance avait examiné les éléments appropriés pour décider que le nombre et la qualité des décisions relatives aux inspections, de même que les décisions concernant les travaux à effectuer à un endroit particulier étaient des décisions de politique, par opposition à des décisions opérationnelles. Cette cour a confirmé la conclusion du juge de première instance portant que les décisions en cause en l'espèce étaient des décisions de politique n'engageant pas la responsabilité, et non des décisions relatives à la mise en œuvre d'une politique. L'appel a été rejeté sans convocation de l'intimée.

Test to be Applied

In cases such as this where allegations of negligence are brought against a government agency, it is appropriate for courts to consider and apply the test laid down by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. At pages 751-52 he set out his position in these words:

Through the trilogy of cases in this House—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise: see *Dorset Yacht* case [1970] A.C. 1004, *per* Lord Reid at p. 1027. [Emphasis added.]

That test received the approval of the majority of this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. As well it was specifically referred to by both Beetz and L'Heureux-Dubé JJ. in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705. It may be that the two-step approach as suggested by Lord Wilberforce should not always be slavishly followed. See *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.), at pp. 190, 191 and 194. Nevertheless it is a sound approach to first determine if there is a duty of care owed by a defendant to the plaintiff in any case where negligent misconduct has been alleged against a government agency.

Critères à appliquer

Dans les cas où, comme en l'espèce, des allégations de négligence sont dirigées contre un organisme gouvernemental, il y a lieu, pour les tribunaux, d'appliquer les critères établis par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Voici ce qu'il déclare aux pp. 751 et 752:

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente cour—*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004, ont établi le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne — auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation: voir l'affaire *Dorset Yacht*, [1970] A.C. 1004, lord Reid à la p. 1027. [Je souligne.]

Ces critères ont reçu l'approbation de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Les juges Beetz et L'Heureux-Dubé les ont également spécifiquement mentionnés dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705. Certes, il n'est peut-être pas toujours souhaitable d'adopter servilement cette démarche en deux temps: voir *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (C.P.), aux pp. 190, 191 et 194. Néanmoins, dans tous les cas où on allègue la conduite négligente d'un organisme gouvernemental, il est opportun de déterminer d'abord si le défendeur avait, envers le demandeur, une obligation de diligence.



In the case at bar the accident occurred on a well used major highway in the province of British Columbia. All the provinces across Canada extol their attributes and attractions in the fierce competition for tourist business. The skiing facilities at Whistler are undoubtedly just such a magnificent attraction. It would be hard to imagine a more open and welcoming invitation to use those facilities than that extended by the provincial highway leading to them. In light of that invitation to use both the facilities and the highway leading to them, it would appear that apart from some specific exemption, arising from a statutory provision or established common law principle, a duty of care was owed by the province to those that use its highways. That duty of care would extend ordinarily to reasonable maintenance of those roads. The appellant as a user of the highway was certainly in sufficient proximity to the respondent to come within the purview of that duty of care. In this case it can be said that it would be eminently reasonable for the appellant as a user of the highway to expect that it would be reasonably maintained. For the Department of Highways it would be a readily foreseeable risk that harm might befall users of a highway if it were not reasonably maintained. That maintenance could, on the basis of the evidence put forward by the appellant, be found to extend to the prevention of injury from falling rock.

Even with the duty of care established, it is necessary to explore two aspects in order to determine whether liability may be imposed upon the respondent. First, the applicable legislation must be reviewed to see if it imposes any obligation upon the respondent to maintain its highways or, alternatively, if it provides an exemption from liability for failure to so maintain them. Secondly, it must be determined whether the province is exempted from liability on the grounds that the system of inspections, including their quantity and quality, constituted a "policy" decision of a government agency and was thus exempt from liability.

En l'espèce, l'accident s'est produit sur une route à grande circulation dans la province de la Colombie-Britannique. Dans la vive compétition qu'elles se livrent pour attirer les touristes, les provinces canadiennes vantent chacune leurs mérites et leurs attractions. Les installations de ski de Whistler représentent, à n'en pas douter, une attraction magnifique. Il est difficile d'imaginer invitation plus claire à ces installations que la route provinciale qui y mène. Au regard de cette invitation à utiliser tant les installations que la route qui y conduit, il semblerait qu'à part certaines exemptions spécifiques découlant d'une disposition législative ou d'un principe établi de *common law*, la province avait une obligation de diligence envers les usagers de ces routes. Cette obligation de diligence s'étendrait ordinairement à l'entretien raisonnable des routes. En tant qu'usager de la route, l'appelant avait certainement avec l'intimée un lien de proximité suffisante pour être visé par l'obligation de diligence. En l'espèce, on peut affirmer qu'il serait éminemment raisonnable de la part de l'appelant à titre d'usager de la route de s'attendre à ce qu'elle soit raisonnablement entretenue. Pour le ministère de la Voirie, le risque que des usagers subissent un préjudice si la route n'est pas raisonnablement entretenue est un risque aisément prévisible. À la lumière de la preuve présentée par l'appelant, on pourrait enfin conclure que l'entretien comprend la prévention des dommages pouvant résulter des éboulements.

g

L'existence d'une obligation de diligence étant établie, il est nécessaire ensuite d'examiner deux questions pour décider si l'intimée peut être tenue responsable. En premier lieu, il faut examiner la législation applicable pour voir si elle impose à l'intimée une obligation d'entretenir ses routes ou si, subsidiairement, elle crée une exonération de responsabilité en cas de défaut d'entretien. En second lieu, il faut se demander si la province est exonérée de toute responsabilité au motif que le système des inspections, notamment leur fréquence et leur qualité, constitue une décision de «politique» émanant d'un organisme gouvernemental.

### The Applicable Legislation

The *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, c. 167, s. 8, provides for construction and maintenance of highways in these words:

8. The minister may . . . maintain a highway across any land taken under the powers conferred by this Act . . . .

and the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, s. 14, as follows:

14. The minister has the management, charge and direction of all matters relating to the acquisition, construction, repair, maintenance, alteration, improvement and operation of . . . highways . . . .

The liability of the respondent in respect of the exercise of these powers is limited by ss. 2 and 3 of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, in this manner:

2. Subject to this Act,

(c) the Crown is subject to all those liabilities to which it would be liable if it were a person, . . .

3. . . .

(2) Nothing in section 2

(f) subjects the Crown, in its capacity as a highway authority, to any greater liability than that to which a municipal corporation is subject in that capacity.

On their face these statutory provisions do not appear to absolve the respondent from its duty of care to maintain the highways reasonably. Rather, by inference they appear to place an obligation on the province to maintain its highways at least to the same extent that a municipality is obligated to repair its roads.

Was the Decision of the Rockwork Section as to the Quantity and Quality of Inspections a "Policy" Decision Exempting the Respondent from Liability?

The respondent placed great reliance on the decision of this Court in *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418. In the *Barratt* case injury occurred as a result of a

### Les lois applicables

L'article 8 de la *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 167, prévoit ce qui suit à l'égard de la construction et de l'entretien des routes:

[TRADUCTION] 8. Le ministre peut [. . .] assurer l'entretien d'une voie publique sur tout bien-fonds acquis en vertu des pouvoirs conférés par la présente loi . . .

et l'art. 14 de la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 280:

[TRADUCTION] 14. Le ministre est chargé de la gestion, du contrôle et de la supervision de toutes les questions relatives à l'acquisition, à la construction, à la réparation, à l'entretien, à la modification, à l'amélioration et à l'exploitation des [. . .] routes . . .

La responsabilité qui incombe à l'intimée dans l'exercice de ces pouvoirs est limitée par les art. 2 et 3 de la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 86, lesquels disposent:

[TRADUCTION] 2. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi,

c) la Couronne est assimilée à une personne pour les fins de la responsabilité civile . . .

3. . . .

(2) L'article 2 n'a pas pour effet

f) d'imposer à la Couronne, dans ses pouvoirs en matière de voirie, une responsabilité plus grande que celle d'une corporation municipale exerçant les mêmes pouvoirs.

Le libellé de ces dispositions législatives n'indique pas que l'intimée est exemptée de son obligation d'entretenir les routes de façon raisonnable. Au contraire, on peut en déduire que la province a au moins les mêmes obligations à cet égard que celles qui incombent à une municipalité en matière de réparation des routes municipales.

La décision de la section Mécanique des roches quant à la fréquence et à la qualité des inspections est-elle une décision de «politique» exemptant l'intimée de toute responsabilité?

L'intimée s'est appuyée en grande partie sur l'arrêt de notre Cour *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418. Dans cette espèce, le dommage résultait de la présence d'un

pothole on the road. It was established that the City of North Vancouver had a policy of inspecting its roads for potholes every two weeks. Indeed it had inspected the road where the accident occurred one week earlier and found no pothole. It was found that the inspection policy established by the municipality was a reasonable and proper one. However, Justice Martland in giving the reasons for this Court went on to express an opinion that the municipality could not be held negligent for formulating one inspection policy rather than another. He put it this way at pp. 427-28:

In essence, he [the trial judge] is finding that the Municipality should have instituted a system of continuous inspection to ensure that no possible damage could occur and holds that, in the absence of such a system, if damage occurs, the Municipality must be held liable.

In my opinion, no such duty existed. The Municipality, a public authority, exercised its power to maintain Marine Drive. It was under no statutory duty to do so. Its method of exercising its power was a matter of policy to be determined by the Municipality itself. If, in the implementation of its policy its servants acted negligently, causing damage, liability could arise, but the Municipality cannot be held to be negligent because it formulated one policy of operation rather than another.

This statement was not necessary to the decision as it had already been determined that the system of inspection established by the municipality was eminently reasonable. Neither was there any serious question raised that there had been any negligence in carrying out the system of inspection. The finding that a reasonable system of inspection had been established and carried out without negligence constituted the basis for the conclusion reached by the Court in that case. With the greatest respect, I am of the view that the portion of the reasons relied on by the respondent went farther than was necessary to the decision or appropriate as a statement of principle. For example, the Court would not have approved as "policy" a system that called for the inspection of the roads in a large urban municipality once every five years. Once a policy to inspect is established then it must be open to a litigant to attack the system as not having been adopted in a *bona fide* exercise of discretion

nid-de-poule dans la rue. Il avait été établi que la Ville de North Vancouver avait comme politique d'inspecter ses rues toutes les deux semaines. Aucun nid-de-poule n'avait été décelé lors de l'inspection qui avait eu lieu une semaine avant l'accident. On a jugé que cette politique était raisonnable et adéquate. Au nom de la Cour, le juge Martland a cependant ajouté que la municipalité ne pouvait être tenue responsable de négligence pour avoir adopté une politique d'inspection plutôt qu'une autre. Voici ce qu'il affirme à ce sujet aux pp. 427 et 428:

En substance, il [le juge de première instance] conclut que la Municipalité aurait dû instituer un système d'inspection continue pour assurer la prévention de tout dommage possible et il juge qu'en l'absence d'un tel système, la Municipalité doit le cas échéant être tenue responsable des dommages.

À mon avis, il n'existe pas d'obligation semblable. La Municipalité, un corps public, a exercé son pouvoir d'entretenir Marine Drive. La Loi ne l'obligeait pas à le faire. La méthode qu'elle a choisie pour exercer ce pouvoir est une question de politique qu'il lui appartenait de déterminer. Si, dans l'application de sa politique, ses employés avaient agi de façon négligente, causant des dommages, sa responsabilité aurait pu être engagée, mais on ne peut juger que la Municipalité a été négligente parce qu'elle a élaboré une politique d'entretien plutôt qu'une autre.

Le système d'inspection de la municipalité ayant déjà été jugé éminemment raisonnable, cette affirmation n'était pas essentielle à la décision. On ne prétendait pas non plus que la ville avait été négligente dans l'application de ce système. L'arrêt de la Cour était donc fondé dans cette affaire sur la conclusion que le système d'inspection établi était raisonnable et que son application ne révélait aucune négligence. En toute déférence, je suis d'avis que cette partie des motifs sur laquelle s'appuie l'intimée allait plus loin que nécessaire aux fins de la décision ou approprié comme déclaration de principe. Par exemple, la Cour n'aurait pas accepté comme «décision de politique» un système prévoyant l'inspection des rues d'une grande municipalité urbaine une fois tous les cinq ans. Dès lors que le principe de l'inspection est établi, une partie doit pouvoir attaquer le système comme n'ayant pas été instauré dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire et prouver que,

and to demonstrate that in all the circumstances, including budgetary restraints, it is appropriate for a court to make a finding on the issue.

The functions of government and government agencies have multiplied enormously in this century. Often government agencies were and continue to be the best suited entities and indeed the only organizations which could protect the public in the diverse and difficult situations arising in so many fields. They may encompass such matters as the manufacture and distribution of food and drug products, energy production, environmental protection, transportation and tourism, fire prevention and building developments. The increasing complexities of life involve agencies of government in almost every aspect of daily living. Over the passage of time the increased government activities gave rise to incidents that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens. The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of "policy". Thus the dilemma giving rise to the continuing judicial struggle to differentiate between "policy" and "operation". Particularly difficult decisions will arise in situations where governmental inspections may be expected.

The dividing line between "policy" and "operation" is difficult to fix, yet it is essential that it be done. The need for drawing the line was expressed with great clarity by Becker J. of the United States District Court, in *Blessing v. United States*, 447 F.S. 1160. The case required him to deal with a claim under the *Federal Tort Claims Act*, 28 U.S.C. § 2680 which provides:

compte tenu de toutes les circonstances, y compris les restrictions budgétaires, il y a lieu que le tribunal se prononce sur la question.

Les fonctions du gouvernement et des organismes qui en dépendent se sont multipliées de façon phénoménale depuis le début du siècle. Les organismes gouvernementaux ont souvent représenté, et représentent encore aujourd'hui, le meilleur moyen, à vrai dire le seul moyen, de protéger le public dans les multiples situations difficiles auxquelles il est confronté. Il peut s'agir de la distribution ou de la fabrication de produits alimentaires ou pharmaceutiques, de production d'énergie, de protection de l'environnement, de transport et de tourisme, de prévention des incendies ou de construction. En raison de la complexité croissante de la vie, les organismes gouvernementaux interviennent dans presque tous les aspects du quotidien. Cette présence gouvernementale accrue a donné naissance à des incidents qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle s'ils étaient survenus entre particuliers. L'immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C'est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. D'où le dilemme qui a donné lieu à l'incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle». La distinction sera particulièrement difficile à faire dans les cas où on peut s'attendre à des inspections gouvernementales.

Il est difficile d'établir la ligne de démarcation entre le «politique» et l'«opérationnel», mais il est essentiel de le faire. Le juge Becker de la Cour de District des États-Unis s'est exprimé avec beaucoup de clarté à cet égard dans l'arrêt *Blessing v. United States*, 447 F.S. 1160. Il devait, dans cette affaire, statuer sur une poursuite intentée en vertu de la *Federal Tort Claims Act*, 28 U.S.C. § 2680, qui dispose:

The provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall not apply to—

(a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused.

He wrote at p. 1170:

Read as a whole and with an eye to discerning a policy behind this provision, it seems to us only to articulate a policy of preventing tort actions from becoming a vehicle for judicial interference with decisionmaking that is properly exercised by other branches of the government and of protecting “the Government from liability that would seriously handicap efficient government operations,” *United States v. Muniz*, 374 U.S. 150, 163, 83 S.Ct. 1850, 1858, 10 L.Ed.2d 805 (1963). Statutes, regulations, and discretionary functions, the subject matter of § 2680(a), are, as a rule, manifestations of policy judgments made by the political branches. In our tripartite governmental structure, the courts generally have no substantive part to play in such decisions. Rather, the judiciary confines itself—or, under laws such as the FTCA’s discretionary function exception, is confined—to adjudication of facts based on discernible objective standards of law. In the context of tort actions, with which we are here concerned, these objective standards are notably lacking when the question is not negligence but social wisdom, not due care but political practicability, not reasonableness but economic expediency. Tort law simply furnishes an inadequate crucible for testing the merits of social, political or economic decisions.

The need for distinguishing between a governmental policy decision and its operational implementation is thus clear. True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions

[TRADUCTION] Les dispositions du présent chapitre et l’alinéa 1346b) du présent titre ne s’appliquent pas à—

a) une poursuite fondée sur l’acte ou l’omission d’un fonctionnaire dans l’exécution diligente d’une loi ou d’un règlement, que ces derniers soient ou non valides, ou fondée sur l’exercice ou le défaut d’exercice d’une fonction ou d’un pouvoir discrétionnaires de la part d’un organisme fédéral ou d’un fonctionnaire, qu’il y ait eu ou non abus de cette discrétion.

Voici ce qu’écrit le juge Becker à la p. 1170:

[TRADUCTION] En la lisant comme un tout et en essayant d’en discerner le principe sous-jacent, il nous apparaît que cette disposition vise uniquement à empêcher que les actions en responsabilité civile délictuelle ne deviennent l’instrument de l’ingérence judiciaire dans l’exercice approprié du pouvoir décisionnel par d’autres organes du gouvernement, et à protéger «le gouvernement contre l’assujettissement à une responsabilité civile susceptible de réduire gravement l’efficacité des activités gouvernementales», *United States v. Muniz*, 374 U.S. 150, 163, 83 S.Ct. 1850, 1858, 10 L.Ed.2d 805 (1963). Les lois, règlements et fonctions discrétionnaires, visés à § 2680a) sont, en règle générale, les manifestations de jugements à caractère politique que portent les organes politiques. Dans notre système de gouvernement tripartite, les tribunaux n’ont généralement aucun rôle important à jouer dans la prise de ces décisions. Le judiciaire se confine plutôt—ou est confiné par des dispositions législatives comme l’exception relative aux fonctions discrétionnaires prévue par la FTCA—à la détermination de questions de fait en regard de normes de droit objectives et perceptibles. Dans les actions en responsabilité délictuelle comme celle dont nous sommes saisis en l’espèce, il y a absence notable de telles normes objectives lorsqu’il s’agit non de négligence, mais de sagesse sociale, non de diligence, mais de faisabilité politique, et non de ce qui est raisonnable mais de ce qui est efficace économiquement. Le droit de la responsabilité délictuelle n’est pas le laboratoire approprié pour tester le bien-fondé de décisions sociales, politiques ou économiques.

i La nécessité d’établir une distinction entre une décision de politique gouvernementale et sa mise en œuvre opérationnelle est donc évidente. Les véritables décisions de politique devraient être à l’abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs

may well be subject to claims in tort. What guidelines are there to assist courts in differentiating between policy and operation?

Mason J., speaking for himself and one other member of the Australian High Court in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, set out what I find to be most helpful guidelines. He wrote:

*Anns* decided that a duty of care cannot arise in relation to acts and omissions which reflect the policy-making and discretionary elements involved in the exercise of statutory discretions. It has been said that it is for the authority to strike that balance between the claims of efficiency and thrift to which du Parcq LJ referred in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board* [1940] 1 KP 319 at 338 and that it is not for the court to substitute its decision for the authority's decision on those matters when they were committed by the legislature to the authority for decision (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] AC 1004 at 1031, 1067-8; *Anns*, at p. 754; *Barratt v. District of North Vancouver* (1980) 114 D.L.R. (3d) 577). Although these injunctions have compelling force in their application to policy-making decisions, their cogency is less obvious when applied to other discretionary matters. The standard of negligence applied by the courts in determining whether a duty of care has been breached cannot be applied to a policy decision, but it can be applied to operational decisions. Accordingly, it is possible that a duty of care may exist in relation to discretionary considerations which stand outside the policy category in the division between policy factors on the one hand and operational factors on the other. This classification has evolved in the judicial interpretation of the "discretionary function" exception in the United States *Federal Tort Claims Act*—see *Dalehite v. United States* (1953) 346 US 15; . . . *United States v. Varig Airlines*, *supra*. The object of the *Federal Tort Claims Act* in displacing government immunity and subjecting the United States Government to liability in tort in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, subject to the "discretionary function" exception, is similar to that of s. 64 of the *Judiciary Act*, 1903 (Cth).

sociaux, politiques ou économiques. Cependant l'application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité. Sur quels principes directs les tribunaux peuvent-ils donc s'appuyer pour faire cette distinction entre le politique et l'opérationnel?

S'exprimant en son nom et en celui d'un autre membre de la Haute Cour de l'Australie, dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, le juge Mason a énoncé des principes très utiles à mon avis. Les voici:

[TRANSDUCTION] L'arrêt *Anns* a établi que les actes et omissions qui correspondent à des éléments de définition de politique et discrétionnaires que comporte l'exercice de pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi ne peuvent donner naissance à une obligation de diligence. On a dit qu'il appartient à l'autorité publique d'établir cet équilibre entre les exigences d'efficacité et d'économie comme le lord juge du Parcq l'a évoqué dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 KP 319, à la p. 338, et que le tribunal ne doit pas substituer sa décision à celle de l'autorité publique dans les domaines que le législateur a confiés à cette dernière (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] AC 1004, aux pp. 1031, 1067 et 1068, *Anns*, à la p. 754, *Barratt c. District of North Vancouver* (1980), 114 D.L.R. (3d) 577). Bien que ces directives emportent l'adhésion en ce qui touche les prises de décisions politiques, leur force persuasive est moins évidente lorsqu'on les applique à d'autres domaines comportant des éléments discrétionnaires. La norme de négligence que les tribunaux utilisent pour déterminer s'il y a eu manquement à une obligation de diligence ne peut s'appliquer à une décision de politique, mais elle peut s'appliquer aux décisions opérationnelles. En conséquence, il est possible qu'il existe une obligation de diligence relativement à des considérations discrétionnaires n'entrant pas dans la catégorie des décisions de politique, d'après la division établie entre les facteurs politiques d'une part, et les facteurs opérationnels d'autre part. Cette classification a évolué à la faveur de l'interprétation qu'ont donnée les tribunaux à l'exception visant l'exercice d'une fonction discrétionnaire, prévue par la *Federal Tort Claims Act* des États-Unis—voir *Dalehite v. United States* (1953), 346 US 15; [. . .] *United States v. Varig Airlines*, précité. En levant l'immunité gouvernementale et en assujettissant le gouvernement des États-Unis à la même responsabilité que celle qu'encourrait une personne physique placée dans les mêmes circonstances, sous réserve de l'exception relative aux «fonctions discrétionnaires», la *Federal Tort Claims Act* vise le même objet que l'art. 64 de la *Judiciary Act*, 1903 (Cth).

The distinction between policy and operational factors is not easy to formulate, but the dividing line between them will be observed if we recognize that a public authority is under no duty of care in relation to decisions which involve or are dictated by financial, economic, social or political factors or constraints. Thus budgetary allocations and the constraints which they entail in terms of allocation of resources cannot be made the subject of a duty of care. But it may be otherwise when the courts are called upon to apply a standard of care to action or inaction that is merely the product of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness. [Emphasis added.]

The duty of care should apply to a public authority unless there is a valid basis for its exclusion. A true policy decision undertaken by a government agency constitutes such a valid basis for exclusion. What constitutes a policy decision may vary infinitely and may be made at different levels although usually at a high level.

The decisions in *Anns v. Merton London Borough Council* and *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*, indicate that a government agency in reaching a decision pertaining to inspection must act in a reasonable manner which constitutes a *bona fide* exercise of discretion. To do so they must specifically consider whether to inspect and if so, the system of inspection must be a reasonable one in all the circumstances.

For example, at a high level there may be a policy decision made concerning the inspection of lighthouses. If the policy decision is made that there is such a pressing need to maintain air safety by the construction of additional airport facilities with the result that no funds can be made available for lighthouse inspection, then this would constitute a *bona fide* exercise of discretion that would be unassailable. Should then a lighthouse beacon be extinguished as a result of the lack of inspection and a shipwreck ensue no liability can be placed upon the government agency. The result would be the same if a policy decision were made to increase the funds for job retraining and reduce the funds for lighthouse inspection so that a

Il n'est pas facile de faire la distinction entre les facteurs politiques et opérationnels, mais on pourra tracer la ligne de démarcation si l'on admet qu'une autorité publique n'assume aucune obligation de diligence à l'égard de décisions comportant des facteurs et des contraintes d'ordre financier, économique, social ou politique, ou qui sont dictées par ces derniers. Ainsi, les allocations budgétaires et les contraintes qui en découlent en termes de répartition des ressources ne sauraient donner lieu à une obligation de diligence. Mais il peut en être autrement lorsque les tribunaux sont appelés à appliquer une norme de diligence à un acte ou à une omission qui est simplement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable. [Je souligne.]

Une autorité publique est assujettie à l'obligation de diligence à moins d'un motif valable de l'en exempter. Un motif valable d'exemption est le cas d'une véritable décision de politique prise par un organisme gouvernemental. Or ce qui constitue une décision de politique peut varier à l'infini et être prise à divers échelons, bien que ce soit normalement à un haut niveau.

Il ressort des arrêts *Anns v. Merton London Borough Council* et *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précités, qu'un organisme gouvernemental prenant une décision en matière d'inspection doit agir de façon raisonnable dans l'exercice réel de son pouvoir discrétionnaire. Pour ce faire, il doit spécifiquement considérer l'opportunité des inspections et le système qu'il établit, le cas échéant, doit être raisonnable eu égard à toutes les circonstances.

Supposons par exemple qu'à un haut niveau, on a pris une décision de politique au sujet de l'inspection des phares. Si par ailleurs une autre décision de politique était prise de répondre aux besoins de la sécurité aérienne en construisant des installations aéroportuaires additionnelles et qu'en conséquence il n'y aurait pas de fonds disponibles pour l'inspection des phares, cette dernière décision de politique constituerait alors l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire et serait, à ce titre, inattaquable. Si un phare s'éteignait par suite d'un défaut d'inspection et qu'un naufrage survenait, aucune responsabilité ne pourrait être imputée à l'organisme gouvernemental. Le résultat serait le même dans le cas où l'inspection des phares n'au-

beacon could only be inspected every second year and as a result the light was extinguished. Once again this would constitute the *bona fide* exercise of discretion. Thus a decision either not to inspect at all or to reduce the number of inspections may be an unassailable policy decision. This is so provided it constitutes a reasonable exercise of *bona fide* discretion based, for example, upon the availability of funds.

On the other hand, if a decision is made to inspect lighthouse facilities the system of inspections must be reasonable and they must be made properly. See *Indian Towing Co.*, 350 U.S. 61 (1955). Thus once the policy decision to inspect has been made, the Court may review the scheme of inspection to ensure it is reasonable and has been reasonably carried out in light of all the circumstances, including the availability of funds, to determine whether the government agency has met the requisite standard of care.

At a lower level, government aircraft inspectors checking on the quality of manufactured aircraft parts at a factory may make a policy decision to make a spot check of manufactured items throughout the day as opposed to checking every item manufactured in the course of one hour of the day. Such a choice as to how the inspection was to be undertaken could well be necessitated by the lack of both trained personnel and funds to provide such inspection personnel. In those circumstances the policy decision that a spot check inspection would be made could not be attacked. (See *United States v. S.A. Empresa De Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).)

Thus a true policy decision may be made at a lower level provided that the government agency establishes that it was a reasonable decision in light of the surrounding circumstances.

The consideration of the duty of care that may be owed must be kept separate and distinct from

rait pu se faire que tous les deux ans par suite d'une décision de politique d'augmenter les fonds alloués à la formation continue de la main-d'œuvre et de réduire les fonds consacrés à l'inspection des phares. Encore une fois, il s'agirait de l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, il est possible que la décision de ne pas faire d'inspections ou de réduire leur fréquence soit une décision de politique inattaquable, pourvu qu'elle constitue l'exercice raisonnable d'un pouvoir discrétionnaire réel, fondé par exemple sur la disponibilité des fonds.

Par contre, si la décision est prise d'inspecter les phares, le système d'inspection mis en place doit être raisonnable et les inspections doivent être effectuées convenablement: voir *Indian Towing Co.*, 350 U.S. 61 (1955). Ainsi, une fois prise la décision de politique de procéder à des inspections, la cour peut, aux fins de déterminer si l'organisme gouvernemental a exercé la diligence requise, examiner le programme d'inspection pour s'assurer qu'il est raisonnable et qu'il a été raisonnablement exécuté à la lumière de toutes les circonstances, y compris la disponibilité des fonds.

À l'échelon inférieur, des inspecteurs du gouvernement qui vérifient en atelier la qualité de pièces d'avion manufacturées peuvent prendre la décision de principe de faire des vérifications ponctuelles de pièces fabriquées à différents moments d'une journée, plutôt que de vérifier toutes les pièces produites pendant une heure spécifique de la journée. Le choix de la méthode pourrait très bien être dicté tant par le manque de personnel formé que par l'insuffisance des fonds nécessaires pour assurer la présence des inspecteurs. Dans ces circonstances, la décision de procéder à des contrôles ponctuels ne pourrait être attaquée. (Voir *United States v. S.A. Empresa De Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).)

Il se peut donc qu'une véritable décision de politique soit prise à un niveau inférieur, pourvu que l'organisme gouvernemental établisse que cette décision était raisonnable eu égard à toutes les circonstances.

La question de l'existence d'une obligation de diligence doit être examinée séparément et distinct-



the consideration of the standard of care that should be maintained by the government agency involved.

Let us assume a case where a duty of care is clearly owed by a governmental agency to an individual that is not exempted either by a statutory provision or because it was a true policy decision. In those circumstances the duty of care owed by the government agency would be the same as that owed by one person to another. Nevertheless the standard of care imposed upon the Crown may not be the same as that owed by an individual. An individual is expected to maintain his or her sidewalk or driveway reasonably, while a government agency such as the respondent may be responsible for the maintenance of hundreds of miles of highway. The frequency and the nature of inspection required of the individual may well be different from that required of the Crown. In each case the frequency and method must be reasonable in light of all the surrounding circumstances. The governmental agency should be entitled to demonstrate that balanced against the nature and quantity of the risk involved, its system of inspection was reasonable in light of all the circumstances including budgetary limits, the personnel and equipment available to it and that it had met the standard duty of care imposed upon it.

It may be convenient at this stage to summarize what I consider to be the principles applicable and the manner of proceeding in cases of this kind. As a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an individual. In determining whether a duty of care exists the first question to be resolved is whether the parties are in a relationship of sufficient proximity to warrant the imposition of such a duty. In the case of a government agency, exemption from this imposition of duty may occur as a result of an explicit statutory exemption. Alternatively, the exemption may arise as a result of the nature of the decision made by the government agency. That is, a government agency will be exempt from the imposition of a

tement de la question de la norme de diligence dont devrait faire preuve l'organisme gouvernemental en cause.

*a* Prenons le cas où un organisme gouvernemental assume indéniablement une obligation de diligence envers un particulier dont il n'est pas exempté en raison soit d'une disposition législative, soit du fait qu'il s'agit d'une vraie décision de politique. Dans *b* cette hypothèse, l'obligation de diligence qu'assumerait l'organisme gouvernemental serait identique à celle qu'ont les particuliers entre eux. Néanmoins la norme de diligence imposée à la *c* Couronne pourrait ne pas être la même que celle qu'on exige d'un particulier. Ainsi, on s'attend à ce qu'une personne entretienne raisonnablement son trottoir ou son allée, tandis qu'un organisme gouvernemental, comme l'intimée, peut être responsable de l'entretien de centaines de kilomètres de *d* routes. Il se peut que la fréquence et la nature des inspections requises du particulier diffèrent de celles exigées de la Couronne. Dans chaque cas, la fréquence et la méthode doivent être raisonnables *e* compte tenu de toutes les circonstances. L'organisme gouvernemental devrait pouvoir démontrer qu'au regard de la nature et de l'ampleur du risque, son système d'inspection était raisonnable *f* compte tenu de toutes les circonstances, y compris les limites budgétaires, le personnel et l'équipement dont il disposait, et qu'il a satisfait à la norme de diligence qui lui était imposée.

*g* Il peut être opportun ici de résumer les principes et le raisonnement applicables, à mon avis, dans les cas de ce genre. En règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier. Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut d'abord se demander s'il y a entre les parties une proximité suffisante pour en justifier *h* l'imposition. Un organisme gouvernemental peut être exempté de cette obligation par une disposition législative expresse. Par ailleurs, l'exemption peut découler de la nature de la décision prise. Ainsi, un organisme gouvernemental sera exempté *i* de l'imposition d'une obligation de diligence dans *j*

duty of care in situations which arise from its pure policy decisions.

In determining what constitutes such a policy decision, it should be borne in mind that such decisions are generally made by persons of a high level of authority in the agency, but may also properly be made by persons of a lower level of authority. The characterization of such a decision rests on the nature of the decision and not on the identity of the actors. As a general rule, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions. Further, it must be recalled that a policy decision is open to challenge on the basis that it is not made in the *bona fide* exercise of discretion. If after due consideration it is found that a duty of care is owed by the government agency and no exemption by way of statute or policy decision-making is found to exist, a traditional torts analysis ensues and the issue of standard of care required of the government agency must next be considered.

The manner and quality of an inspection system is clearly part of the operational aspect of a governmental activity and falls to be assessed in the consideration of the standard of care issue. At this stage, the requisite standard of care to be applied to the particular operation must be assessed in light of all the surrounding circumstances including, for example, budgetary restraints and the availability of qualified personnel and equipment.

Turning to the case at bar it is now appropriate to apply the principles set forth by Mason J. in *Sutherland Shire Council v. Heyman*, *supra*, to determine whether the decision or decisions of the government agency were policy decisions exempting the province from liability. Here what was challenged was the manner in which the inspections were carried out, their frequency or infrequency and how and when trees above the rock cut should have been inspected, and the manner in which the cutting and scaling operations should have been carried out. In short, the public authority had settled on a plan which called upon it to

les situations qui résultent de ses décisions de pure politique.

Pour déterminer si une décision est une décision de politique, il ne faut pas oublier que de telles décisions sont généralement prises par des personnes occupant un poste élevé au sein de l'organisme mais qu'elles peuvent aussi émaner d'un échelon inférieur. La qualification de la décision dépend de sa nature et non de l'identité des acteurs. De façon générale, les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique. En outre, il ne faut pas oublier qu'une décision de politique peut être contestée sur le motif qu'elle n'a pas été prise dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire. Si, après mûre considération, on conclut que l'organisme gouvernemental a une obligation de diligence et qu'il n'en est pas exempté par la loi ou la nature politique de sa décision, il faut procéder alors à l'analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle, et c'est la question de la norme de diligence requise de l'organisme gouvernemental qui doit alors être examinée.

La méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale et doivent donc être évaluées dans le cadre de l'examen de la norme de diligence. À ce stade, la norme à respecter dans l'opération en cause doit être déterminée en fonction de toutes les circonstances, y compris par exemple les restrictions budgétaires et la possibilité de trouver le personnel qualifié et l'équipement nécessaire.

Pour ce qui est de l'espèce, il convient maintenant d'appliquer les principes qu'a énoncés le juge Mason dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v. Heyman*, précité, afin de déterminer si la ou les décisions de l'organisme gouvernemental étaient des décisions de politique exonérant la province de toute responsabilité. Ici, c'est la façon dont les contrôles étaient effectués, leur fréquence ou leur rareté qui ont été contestées ainsi que la manière dont les arbres situés au-dessus du talus rocheux auraient dû être inspectés, le moment auquel cette inspection aurait dû avoir lieu et la manière dont les travaux d'excavation et de décapage auraient

inspect all slopes visually and then conduct further inspections of those slopes where the taking of additional safety measures was warranted. Those matters are all part and parcel of what Mason J. described as “the product of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of care”. They were not decisions that could be designated as policy decisions. Rather they were manifestations of the implementation of the policy decision to inspect and were operational in nature. As such, they were subject to review by the Court to determine whether the respondent had been negligent or had satisfied the appropriate standard of care.

At trial the conclusion was reached that the number and frequency of inspections, of scaling and other remedial measures were matters of policy; as a result no findings of fact were made on the issues bearing on the standard of care. Since the matter was one of operation the respondent was not immune from suit and the negligence issue had to be canvassed in its entirety. The appellant was therefore entitled to a finding of fact on these questions and a new trial should be directed to accomplish this.

It may well be that the respondent at the new trial will satisfy the Court that it has met the requisite standard of care. It is apparent that although the *Crown Proceeding Act* imposes the liability of a person upon the Crown, it is not in the same position as an individual. To repeat, the respondent is responsible not for the maintenance of a single private road or driveway but for the maintenance of many hundreds of miles of highway running through difficult mountainous terrain, all of it to be undertaken within budgetary restraints. As noted earlier, decisions reached as to budgetary allotment for departments or government agencies will in the usual course of events be policy decisions that cannot be the basis for imposing liability in tort even though these political policy decisions will have an effect upon the fre-

dû être menés. En résumé, les pouvoirs publics avaient adopté un plan qui comportait l'inspection visuelle des talus et d'autres inspections de ces talus lorsqu'il était justifié de prendre des mesures de sécurité additionnelles. Toutes ces décisions font partie de ce que le juge Mason décrit comme [TRADUCTION] «le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de normes générales de diligence». Il ne s'agissait donc pas de décisions pouvant être qualifiées de «politiques». Il s'agissait plutôt de manifestations de la mise en œuvre de la décision de procéder à des inspections et donc de décisions opérationnelles. À ce titre, elles étaient assujetties au contrôle de la cour aux fins de déterminer si l'intimée avait été négligente ou si elle avait respecté la norme appropriée de diligence.

En première instance, on a conclu que le nombre et la fréquence des inspections, du décapage et des autres mesures de redressement étaient des questions de politique, de sorte qu'aucune conclusion de fait n'a été tirée à l'égard de la norme de diligence. Puisque l'affaire relevait du domaine opérationnel, l'intimée n'était pas à l'abri des poursuites et la question de la négligence aurait dû être examinée dans sa totalité. L'appelant était donc en droit d'obtenir une conclusion de fait sur ces questions et un nouveau procès devrait être ordonné à cette fin.

Il se peut bien qu'à ce nouveau procès, l'intimée convainque la cour qu'elle a respecté la norme de diligence requise. Bien qu'en vertu de la *Crown Proceeding Act*, la Couronne soit assimilée à une personne en matière de responsabilité, elle n'est pas pour autant dans la même situation qu'un particulier. Répétons-le, l'intimée est chargée, non pas de l'entretien d'un allée ou d'un chemin privé, mais de l'entretien de centaines de kilomètres de routes traversant un terrain difficile et montagneux, le tout dans les limites de contraintes budgétaires. Comme il a été souligné précédemment, les décisions concernant les allocations budgétaires entre ministères ou organismes gouvernementaux seront normalement des décisions de politique qui ne pourront engager la responsabilité civile délictuelle, bien qu'elles puissent avoir un effet sur la

quency of inspections and the manner in which they may be carried out. All of these factors should be taken into account in determining whether the system was adopted in *bona fide* exercise of discretion and whether within that system the frequency, quality and manner of inspection were reasonable.

To proceed in this way is fair to both the government agency and the litigant. Once a duty of care that is not exempted has been established the trial will determine whether the government agency has met the requisite standard of care. At that stage the system and manner of inspection may be reviewed. However, the review will be undertaken bearing in mind the budgetary restraints imposed and the availability of personnel and equipment to carry out such an inspection.

#### Disposition

In the result, a new trial must be held to determine whether the respondent had in all the circumstances met the standard of care that should reasonably be imposed upon it with regard to the frequency and manner of inspection of the rock cut and to the cutting and sealing operations carried out upon it.

The appellant is entitled to costs of the appeal to this Court and in the Court of Appeal for British Columbia. The issue of costs of the first trial is reserved to the judge presiding at the new trial.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This appeal raises the issue of the liability for negligence of a public body in the absence of the breach of a statutory duty of care. The facts are set out in the reasons of Justice Cory, which I have had the advantage of reading. Regrettably, I find that I cannot agree with his conclusion. In my opinion, the conclusion of the trial judge (1985), 64 B.C.L.R. 349, and a unanimous Court of Appeal (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223, was the correct one. This conclusion is expressed by Hinkson J.A., speaking for the court,

fréquence des inspections et la façon dont ces dernières peuvent être effectuées. Tous ces facteurs devraient être pris en compte pour déterminer si le système a été adopté dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire et si, dans le cadre de ce système, la fréquence, la qualité et les méthodes d'inspection étaient raisonnables.

Cette manière d'aborder la question est équitable tant pour l'organisme gouvernemental que pour le poursuivant. L'existence d'une obligation de diligence et l'absence d'exemption ayant été établies, le procès permettra de déterminer si l'organisme gouvernemental a respecté la norme de diligence requise. À ce stade, le système et les méthodes d'inspection pourront faire l'objet d'un examen, compte tenu cependant des restrictions budgétaires imposées et du personnel et de l'équipement disponibles pour effectuer une telle inspection.

#### Dispositif

En conséquence, un nouveau procès doit être tenu afin de déterminer si, eu égard à toutes les circonstances, l'intimée a respecté la norme de diligence qui devrait raisonnablement lui être imposée en ce qui concerne la fréquence des inspections des talus rocheux et la manière d'y procéder, ainsi que les travaux de coupe et de décapage qui y ont été faits.

L'appelant a droit aux dépens du pourvoi devant notre Cour ainsi que devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La question des dépens en première instance est laissée à la discrétion du juge qui présidera le nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Ce pourvoi soulève la question de la responsabilité d'un organisme public pour négligence, en l'absence de violation d'une obligation de diligence prévue par la loi. Les faits sont exposés dans les motifs du juge Cory que j'ai eu l'avantage de lire. Malheureusement je ne puis souscrire à sa conclusion. À mon avis, la conclusion à laquelle sont parvenus le juge de première instance (1985), 64 B.C.L.R. 349, et la Cour d'appel, à l'unanimité (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223, était la bonne. Le juge Hinkson, au nom

affirming the following passage from the reasons of McLachlin J. (now of this Court):

... I conclude that the decisions here complained of fall within the area of policy and cannot be reviewed by this court. The number and quality of inspections as well as the frequency of scaling and other remedial measures were matters of planning and policy involving the utilization of scarce resources and the balancing of needs and priorities throughout the province. Decisions of that nature are for the governmental authorities, not the courts.

In comparatively recent years the law of torts has evolved by imposing on public authorities a common law duty of care based on the neighbourhood or proximity principle, frequently called the *Anns* principle. This has resulted in substantially increasing their liability in negligence for activity which they are authorized to carry on by statute but in respect of which the statute imposes no duty of care. This change in the law was not brought about by legislation but through the evolution of the common law which has traditionally taken account of the changing views and needs of society. The expansion of liability by reason of this and other developments in the law of torts has created a crisis in this area of the law leading to demands for the fundamental reappraisal of the tort system itself. The basic premise of adjusting losses on the basis of fault is being subjected to intense criticism. In the United States there is a growing consensus that the tort system is responsible for the crisis in liability insurance. There is now substantial support for wholesale legislative reform of the tort system. These developments are discussed in the *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance* (May 1986) to the Ministry of Financial Institutions, at p. 52. Reference is made to the study made by Professor Michael J. Trebilcock and entitled "The Insurance—Deterrence Dilemma of Modern Tort Law: Trends in North American Tort Law and Their Implications for the Current Liability Crisis" (April 21, 1986). At pages

de la Cour d'appel, a exprimé cette conclusion en confirmant l'extrait suivant des motifs du juge McLachlin (maintenant juge de cette Cour):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] ... je conclus que les décisions contestées ici relèvent du domaine politique et ne peuvent être révisées par cette Cour. Le nombre et la qualité des inspections, ainsi que la fréquence du décapage et des autres mesures de consolidation étaient des questions de planification et de politique comportant l'utilisation de ressources limitées et la pondération des besoins et des priorités à l'échelle de la province. C'est aux autorités gouvernementales, et non aux tribunaux, qu'il appartient de prendre ce genre de décisions.

<sup>c</sup> Le droit de la responsabilité civile délictuelle a évolué relativement récemment en imposant aux organismes publics une obligation de diligence de *common law* fondée sur le principe de la proximité ou des liens étroits fréquemment désigné comme le principe de l'arrêt *Anns*. Cela a eu pour effet d'augmenter considérablement leur responsabilité pour négligence à l'égard d'activités que la loi autorise mais au sujet desquelles elle n'impose aucune obligation de diligence. Ce n'est pas la loi qui est à l'origine de cette modification du droit mais l'évolution de la *common law* qui a traditionnellement tenu compte des opinions et des besoins changeants de la société. Cet élargissement de la responsabilité civile par suite de cette évolution et d'autres développements dans le droit de la responsabilité civile délictuelle a été à l'origine d'une crise dans ce domaine du droit et de demandes de réévaluation complète du système même de la responsabilité civile délictuelle. Le postulat fondamental de la répartition des pertes en fonction de la faute fait l'objet de vives critiques. Aux États-Unis, on s'accorde de plus en plus à dire que le système de responsabilité délictuelle est responsable de la crise de l'assurance responsabilité. Aujourd'hui, les partisans d'une réforme législative complète du système de responsabilité délictuelle sont nombreux. Ces changements sont analysés dans le *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance* (mai 1986), à la p. 52, remis au ministre des Institutions financières. On y fait mention de l'étude du professeur Michael J. Trebilcock «The Insurance—Deterrence Dilemma of Modern Tort Law: Trends in North American Tort Law and Their Implications for the Current Liability

53-54 of the *Final Report of the Ontario Task Force on Insurance*, it is stated that:

A crucial finding in the Trebilcock study was that the current "explosion" in American tort law was not the result of judicial extensions of already-advanced American strict liability doctrines but rather the judicial extension of traditional negligence liability and its application to an ever-widening range of activities and injuries.

The Report goes on to state at p. 54:

There is every indication that similar tendencies exist in Canadian negligence law and that similar developments will occur in the future in Canada as well. The reason for this inevitable expansion of liability, even within the bounds of traditional negligence doctrine, is a matter that is intractably and unavoidably rooted in what we will later describe as the "insurance-deterrence dilemma" in modern tort law.

The insurance-deterrence dilemma is described in a study paper prepared by Philip Osborne for the Task Force and cited at pp. 61-62 as follows:

The massive transformation of the fault system . . . is a change which is explicable only on the basis of liability insurance and judicial compassion for the victims of social progress. Judges who in their written judgments give no indication of the prevalence of liability insurance are in fact keenly aware that in almost all cases the defendant is not paying, and that they are in the last analysis deciding whether or not the plaintiff should be compensated from insurance monies . . . The prevalence of liability insurance fundamentally altered the moralistic nature of the loss-shifting function of fault. The loss-shifting mechanism was converted into a loss-spreading mechanism and it became more realistic to speak of the fault system as a fault-insurance system. The punitive and deterrent aspects of fault were diminished and compensation became the predominant function of tort law.

Other commentators are generally in support of the above criticisms of the tort system: Holding, "The Relationship Between Recent Trends in Tort Litigation and the Current Insurance Crisis in

Crisis» (21 avril 1986). Voici ce que dit le rapport du groupe de travail aux pp. 53 et 54, que:

[TRADUCTION] Une conclusion fondamentale de l'étude de Trebilcock est que «l'explosion» actuelle en droit américain de la responsabilité délictuelle ne résulte pas de l'extension donnée par les tribunaux aux théories américaines de la responsabilité stricte, déjà très avancées, mais plutôt de l'extension donnée par les tribunaux à la théorie traditionnelle de la responsabilité pour négligence et à son application à un éventail toujours plus grand d'activités et de lésions.

Puis plus loin, à la p. 54:

[TRADUCTION] Tout indique que des tendances semblables existent dans le droit canadien en matière de négligence et qu'il y aura une évolution semblable au Canada. La raison de cette expansion inévitable de la responsabilité, même à l'intérieur des limites de la théorie traditionnelle de la négligence, est une question qui est inextricablement enracinée dans ce que nous décrivons plus tard comme le «dilemme de l'assurance et de la dissuasion» dans le droit moderne de la responsabilité délictuelle.

Ce dilemme est décrit dans un mémoire préparé par Philip Osborne pour le groupe de travail, dont un extrait est cité aux pp. 61 et 62 du rapport:

[TRADUCTION] Cette transformation radicale du système fondé sur la faute [. . .] est un changement qui ne s'explique qu'en fonction de l'assurance-responsabilité et de la compassion des juges à l'égard des victimes du progrès social. Les juges qui, dans leurs jugements écrits, ne donnent aucune indication de la prépondérance de l'assurance-responsabilité sont en réalité tout à fait conscients que dans presque tous les cas le défendeur ne paie pas et qu'ils ont à décider en dernière analyse si le demandeur devrait être indemnisé par des sommes provenant de l'assurance [. . .] La prépondérance de l'assurance-responsabilité a modifié fondamentalement le rôle moralisateur du déplacement de la perte en fonction de la faute. Le mécanisme de déplacement de la perte a été transformé en un mécanisme d'étalement de la perte et il est plus juste maintenant de dire du système fondé sur la faute qu'il est un système fondé sur la faute et l'assurance. On a diminué l'importance des aspects punitifs et dissuasifs de la faute, et l'indemnisation est devenue la fonction principale du droit de la responsabilité civile délictuelle.

D'autres auteurs donnent généralement leur appui à ces critiques du système de la responsabilité civile délictuelle: Holding, «The Relationship Between Recent Trends in Tort Litigation and the

Canada" (1986), 54 *Assurances* 435; Stradiotto, "Canadian Perspectives on Tort Law: Personal Injury Damages" (1988), 46 *The Advocate* 737; Rea, "Economic Perspectives on the Liability Insurance Crisis," in *Insurance Law*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1987; Klar, "Negligence—Reactions Against Alleged Excessive Imposition of Liability—A Turning Point?" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 159.

I draw attention to these developments in order to emphasize that while the law of torts must move with the times, this is not a time to move. Yet, I am of the opinion that the reasons of my colleague would considerably expand the liability for negligence of public authorities by subjecting to judicial review their policy decisions which were hitherto not reviewable.

The starting point for the application of the *Anns* principle is that there is no statutory duty in favour of the plaintiff to do the thing the lack of which is alleged to have caused the injury to the plaintiff. Many public bodies have the power to carry out a function but no duty to do so. In these circumstances, they have a discretion whether to do the thing or not. Conduct within the limits of that discretion gives rise to no duty of care. Conduct outside of these limits may attract a private law duty of care. In *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, Wilson J. speaking for the majority, summed up the *Anns* principle as follows, at p. 11:

Lord Wilberforce found that the defendant in *Anns* was under a private law duty to the plaintiff. It had to exercise a *bona fide* discretion as to whether to inspect the foundations or not and, if it decided to inspect them, to exercise reasonable skill and care in doing so. He concluded that the allegations of negligence were consistent with the Council or its inspector having acted outside any delegated discretion either as to the making of an inspection or as to the manner in which the inspection was made.

Current Insurance Crisis in Canada» (1986), 54 *Assurances* 435; Stradiotto, «Canadian Perspectives on Tort Law: Personal Injury Damages» (1988), 46 *The Advocate* 737; Rea, «Economic Perspectives on the Liability Insurance Crisis», dans *Insurance Law*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1987; Klar, «Negligence—Reactions Against Alleged Excessive Imposition of Liability—A Turning Point?» (1987), 66 *R. du B. can.* 159.

J'ai attiré l'attention sur cette évolution afin de faire ressortir que même si le droit de la responsabilité délictuelle doit évoluer avec les époques, ce n'est pas le moment d'effectuer des changements. Or, j'estime que les motifs de mon collègue auraient pour effet d'étendre considérablement la responsabilité des organismes publics pour négligence en assujettissant à l'examen judiciaire leurs décisions de politique qui jusqu'ici n'étaient pas susceptibles de révision.

Le point de départ de l'application du principe de l'arrêt *Anns* est qu'il n'existe aucune obligation légale envers le demandeur d'effectuer une chose dont l'omission est la cause alléguée de ses blessures. Plusieurs organismes publics ont le pouvoir, mais non l'obligation, d'accomplir une fonction donnée. Dans ces circonstances, ils ont le pouvoir discrétionnaire de l'accomplir ou non. Les actes accomplis à l'intérieur des limites de ce pouvoir discrétionnaire ne donnent lieu à aucune obligation de diligence. Les actes accomplis à l'extérieur de ces limites peuvent donner lieu à une obligation de diligence en droit privé. Dans l'arrêt, *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, le juge Wilson, au nom de la majorité, a résumé le principe de l'arrêt *Anns* de la façon suivante, à la p. 11:

Lord Wilberforce a conclu que le défendeur dans l'affaire *Anns* avait une obligation de droit privé envers le demandeur. Il devait exercer un pouvoir discrétionnaire réel et décider s'il inspecterait les fondations et, s'il décidait de le faire, il devait faire preuve d'une compétence et d'une diligence raisonnables en le faisant. Il a conclu que les allégations de négligence étaient compatibles avec le fait que le conseil ou son inspecteur avaient excédé tout pouvoir discrétionnaire délégué quant à l'exécution d'une inspection ou quant à la manière de l'exécuter.

If a statutory duty to the plaintiff is breached, the private duty based on the neighbourhood principle is unnecessary. In *London Passenger Transport Board v. Upson*, [1949] A.C. 155, at p. 168, Lord Wright stated:

The statutory right has its origin in the statute, but the particular remedy of an action for damages is given by the common law in order to make effective, for the benefit of the injured plaintiff, his right to the performance by the defendant of the defendant's statutory duty.

My colleague, Cory J., states (at p. 1237) that the statutory provisions "place an obligation on the province to maintain its highways at least to the same extent that a municipality is obligated to repair its roads." Sections 2 and 3(2) of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, referred to by him, make it clear that the respondent's liability cannot be greater than that of a municipality. The extent of the liability of a municipality in British Columbia was settled by *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418. While a municipality has the authority to maintain highways, it has no duty to do so. What it does in this respect is within its statutory discretion. At page 426, Martland J. said:

The Municipality, under the provisions of subs. 513(2), had authority to lay out, construct, maintain and improve highways. Unlike the provisions of some other similar statutes, no duty was imposed upon the Municipality to maintain its highways.

My colleague's reasons are based essentially on an attack on the policy of the respondent with respect to the extent and manner of the inspection program. In my opinion, absent evidence that a policy was adopted for some ulterior motive and not for a municipal purpose, it is not open to a litigant to attack it, nor is it appropriate for a court to pass upon it. As stated by Lord du Parc in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, at p. 338:

... it must be remembered that when Parliament has left it to a public authority to decide which of its powers it shall exercise, and when and to what extent it shall exercise them, there would be some inconvenience in

S'il y a violation d'une obligation légale envers le demandeur, il n'est pas nécessaire de faire appel à l'obligation de droit privé fondée sur le principe de la proximité. Dans l'arrêt *London Passenger Transport Board v. Upson*, [1949] A.C. 155, à la p. 168, lord Wright a dit:

[TRADUCTION] Le droit prévu par la loi tire son origine de la loi, mais le recours de l'action en dommages-intérêts provient de la *common law* afin de rendre exécutoire en faveur du demandeur lésé son droit à l'exécution par le défendeur de l'obligation que lui impose la loi.

Mon collègue le juge Cory affirme (à la p. 1237), qu'on peut déduire des dispositions législatives «que la province a au moins les mêmes obligations à cet égard que celles qui incombent à une municipalité en matière de réparations des routes municipales». L'article 2 et le par. 3(2) de la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 86, qu'il cite, établissent clairement que la responsabilité de l'intimée ne peut être plus grande que celle d'une municipalité. L'étendue de la responsabilité d'une municipalité en Colombie-Britannique a été établie dans l'arrêt *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418. Bien qu'une municipalité ait le pouvoir d'entretenir ses routes, elle n'a pas l'obligation de le faire. Ce qu'elle fait à cet égard relève du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi. À la page 426, le juge Martland dit:

Aux termes du par. 513(2), la Municipalité a le pouvoir de tracer, construire, entretenir et améliorer les rues. Contrairement aux dispositions d'autres lois analogues, la Municipalité n'a aucune obligation de les entretenir.

Les motifs de mon collègue sont essentiellement fondés sur une contestation de la politique de l'intimée en ce qui concerne l'étendue de son programme d'inspection et la manière de l'exécuter. À mon avis, sans la preuve qu'une politique a été adoptée à quelque fin étrangère et non à une fin municipale, il n'appartient pas à une partie de la contester ni à un tribunal de se prononcer à son sujet. Comme l'a affirmé lord du Parc dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, à la p. 338:

[TRADUCTION] ... il faut se souvenir que lorsque le Parlement permet à un organisme public de décider quel pouvoir il doit exercer, quand et comment il doit le faire, il serait déplacé de soumettre ensuite à un jury ou à un



submitting to the subsequent decision of a jury, or judge of fact, the question whether the authority had acted reasonably, a question involving the consideration of matters of policy and sometimes the striking of a just balance between the rival claims of efficiency and thrift.

This statement was approved by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, at p. 754.

If a court assumes the power to review a policy decision which is made in accordance with the statute, this amounts to a usurpation by the court of a power committed by statute to the designated body. As pointed out by Wilson J. in *City of Kamloops v. Nielsen, supra*, at pp. 9-10:

It is for the local authority to decide what resources it should make available to carry out its role in supervising and controlling the activities of builders. For example, budgetary considerations may dictate how many inspectors should be hired for this purpose, what their qualifications should be, and how often inspections should be made. He approved the statement of du Parcq L.J. in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board . . .* that public authorities have to strike a balance between the claims of efficiency and thrift and whether they get the right balance can only be decided through the ballot box and not in the courts.

In *Anns v. Merton London Borough Council, supra*, Lord Wilberforce was of the opinion that although the exercise by a public authority of discretionary power was not entirely immune from attack, it was open to challenge only if no consideration was given to whether to exercise the power which, there as here, was whether to inspect and the manner of the inspection, *supra*, at p. 755. He did not elaborate as to whether such a challenge could be by way of a claim for damages by a person injured by the failure to inspect. Lord Salmon, however, was of the view that an improper exercise of discretion could only be corrected by *certiorari* or *mandamus*, and did not give rise to an action for damages, *supra*, at p. 762.

In the following passage, at p. 755, Lord Wilberforce makes it clear that a decision to inspect,

juge des faits la question de savoir si l'organisme en question a agi de façon raisonnable, question qui exigerait l'examen de questions de politique et parfois de l'équilibre des besoins opposés d'efficacité et d'économie.

Lord Wilberforce a approuvé cette déclaration dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, à la p. 754.

Si un tribunal décide de réviser une décision de politique prise en conformité avec la loi, il usurpe un pouvoir conféré par la loi à l'organisme désigné. Comme le souligne le juge Wilson dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précité, aux pp. 9 et 10:

Il appartient aux autorités locales de déterminer les ressources qui doivent être consacrées à leur fonction de surveillance et de contrôle des activités des constructeurs. Par exemple, les considérations budgétaires peuvent prescrire le nombre d'inspecteurs qui seront engagés à cette fin, le genre de qualifications requises de leur part et la fréquence des inspections à faire. Il approuve l'énoncé du lord juge du Parcq dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board* [ . . . ] qui porte que les autorités publiques doivent atteindre un juste équilibre entre les exigences de l'efficacité et celles de l'économie et que, pour déterminer si elles atteignent cet équilibre, il faut avoir recours au scrutin plutôt qu'aux tribunaux.

Dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, précité, lord Wilberforce était d'avis que, bien que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un organisme public ne soit pas entièrement à l'abri de toute contestation, il ne pouvait faire l'objet d'une contestation que si l'exercice de ce pouvoir qui, dans cet arrêt comme en l'espèce, portait sur la décision et la manière de tenir une inspection, n'avait pas été considéré; précité, à la p. 755. Il n'a pas examiné la question de savoir si cette contestation pouvait prendre la forme d'une action en dommages-intérêts intentée par une personne lésée par suite de l'omission de tenir une inspection. Lord Salmon était dépendant d'avis que l'exercice incorrect d'un pouvoir discrétionnaire ne pouvait être corrigé que par *certiorari* ou *mandamus*, et ne permettait pas d'intenter une action en dommages-intérêts; précité, à la p. 762.

Dans le passage suivant (à la p. 755), lord Wilberforce explique clairement que la décision

and the time, manner and techniques of inspection, may all be within the discretionary power:

There may be a discretionary element in its exercise—discretionary as to the time and manner of inspection, and the techniques to be used. A plaintiff complaining of negligence must prove, the burden being on him, that action taken was not within the limits of a discretion bona fide exercised, before he can begin to rely upon a common law duty of care. But if he can do this, he should, in principle, be able to sue.

If, as here, the statute creates no duty to inspect at all, but simply confers a power to do so, it follows logically that a decision to inspect and the extent and manner thereof are all discretionary powers of the authority.

It is not suggested here that the respondent failed to consider whether to inspect or the manner of inspections. The trial judge and the Court of Appeal found that a policy decision was made that inspections would be carried out by a crew of men called the Rockwork Section. In view of the fact that the crew had responsibility for the inspection of the slopes of all highways, the extent and manner of the inspection was delegated to the Rockwork Section. While it might be suggested that guidelines for inspection should have been laid down for the guidance of the crew, this would be second guessing the policy decision and not a matter for the Court. The appellant's attack on the conduct of the respondent and its employees is an attack on the manner in which they carried out the inspection and scaling of the mountain. The Rockwork Section had decided it could not closely monitor all slopes at all times. Some slopes would only be visually inspected from the highway. The appellant contended that the slopes above man-made cuts should have been closely inspected and that the trees should have been removed within ten feet of a cut slope. The trial judge made the following important findings concerning the deci-

d'inspecter, ainsi que l'époque, la manière et les techniques d'inspection, peuvent toutes relever du pouvoir discrétionnaire:

[TRADUCTION] Il peut y avoir un élément discrétionnaire dans son exercice, discrétionnaire en ce qui concerne l'époque de l'inspection, la façon de l'exécuter et les techniques qui doivent être employées. Il incombe au demandeur qui prétend qu'il y a eu négligence d'établir que les actes accomplis n'étaient pas dans les limites de l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire avant de pouvoir invoquer une obligation de diligence en *common law*. Mais s'il peut l'établir, il devrait en principe pouvoir intenter une action.

Si, comme en l'espèce, la loi ne crée aucune obligation d'inspecter mais confère simplement un pouvoir de le faire, il s'ensuit logiquement que la décision d'inspecter ainsi que l'étendue des inspections et la manière de les faire relèvent toutes des pouvoirs discrétionnaires de l'organisme.

Nous ne prétendons pas en l'espèce que l'intimée a omis de considérer la question de savoir si elle devait inspecter ou comment elle devait le faire. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que, selon la décision de politique prise, les inspections seraient exécutées par une équipe connue sous le nom de section Mécanique des roches. Compte tenu du fait que l'équipe avait la responsabilité d'inspecter les talus de toutes les routes, le pouvoir de décider de l'étendue de l'inspection et de la manière de l'exécuter lui avait été délégué. Si l'on peut penser que des directives concernant l'inspection auraient dû être établies pour guider l'équipe, ce serait néanmoins interpréter après coup la décision de politique, ce qu'il n'appartient pas à la Cour de faire. En contestant la conduite de l'intimée et de ses employés, l'appellant conteste la manière dont ils ont exécuté l'inspection et procédé au décapage de la montagne. La section Mécanique des roches avait décidé qu'elle ne pouvait pas surveiller de près tous les talus en tout temps. Certains talus ne seraient inspectés que visuellement à partir de la route. L'appellant prétend que les talus au-dessus des travaux d'excavation auraient dû être inspectés attentivement et que les arbres auraient dû être coupés dans un rayon de dix pieds d'un talus remanié. Le juge de première instance a tiré les conclusions importantes qui suivent sur la décision de l'intimée concer-

sion of the respondent as to the extent and manner of the inspection program:

The question in the case at bar is thus whether the failure of the Crown to take the steps which the plaintiff says it should have taken to prevent the rock fall was a matter of policy or operational. In order to answer it, it is necessary to consider the nature of the decisions here in question. The Crown had never established as a matter of policy that all slopes above highways must be inspected for potential rock fall. Nor had it laid out specific guidelines for dealing with problems if danger was perceived. What it had done was to establish a small crew of men (the rock scaling crew) to deal with problems arising on cliff faces throughout the Province. This crew responded to specific requests from various highway districts for inspection and scaling. For the most part, however, it developed and followed its own program. Given that it was responsible for inspection of slopes and appropriate remedial measures for all the highways in the Province, it could not closely monitor all slopes at all times. The slope here in question was visually inspected from the highway on a number of occasions. However, there had never been scaling or close inspection of the area above the cut because the rock scaling crew did not deem that work to be a priority.

In stating that the authority "must specifically consider whether to inspect and if so the system must be a reasonable one in all the circumstances", my colleague is extending liability beyond what was decided in *Anns v. Merton London Borough Council*, *Barratt v. District of North Vancouver*, and *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*. The system would include the time, manner and technique of inspection. On this analysis it is difficult to determine what aspect of a policy decision would be immune from review. All that is left is the decision to inspect. It can hardly be suggested that all the learning that has been expended on the difference between policy and operational was expended to immunize the decision of a public body that something will be done but not the content of what will be done. It seems to me that a decision to inspect rather than not inspect hardly needs protection from review. The concern that has resulted in extending immunity from review in respect of policy decisions is that

nant l'étendue du programme d'inspection et la manière de l'exécuter:

[TRADUCTION] La question en l'espèce est donc de savoir si l'omission de la Couronne de prendre les mesures que le demandeur estime qu'elle aurait dû prendre pour prévenir l'éboulement était une question de politique ou une question opérationnelle. Pour répondre à cela, il faut examiner la nature des décisions en cause. La Couronne n'avait jamais décidé comme question de politique que tous les talus au-dessus des routes devaient être inspectés pour prévenir les risques d'éboulement. Elle n'avait pas non plus formulé de directives précises pour les cas où l'on constaterait un danger. Ce qu'elle a fait, c'est former une petite équipe (l'équipe Mécanique des roches) pour s'occuper des problèmes survenant sur les fronts de falaise dans toute la province. Cette équipe répondait aux demandes précises d'inspection et de décapage faites par divers districts routiers. Essentiellement, l'équipe établissait cependant son propre programme et elle le suivait. Étant donné qu'elle était responsable de l'inspection des talus et des travaux de consolidation appropriés sur toutes les routes de la province, elle ne pouvait pas surveiller de près tous les talus en tout temps. Le talus dont il est question en l'espèce a été inspecté visuellement de la route à plusieurs reprises. Il n'y avait cependant jamais eu de décapage ni d'inspection approfondie de la zone située au-dessus de la tranchée parce que l'équipe de décapage de la roche estimait qu'il ne s'agissait pas de travaux prioritaires.

En affirmant que l'organisme «doit examiner spécifiquement la question de l'opportunité des inspections et le système qu'il établit, le cas échéant, doit être raisonnable eu égard à toutes les circonstances», mon collègue étend la responsabilité au-delà de ce qui a été décidé dans les arrêts *Anns v. Merton London Borough Council*, *Barratt c. District of North Vancouver* et *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précités. Le système déterminerait à quel moment, de quelle manière et selon quelles techniques seraient effectuées les inspections. Compte tenu de cette analyse, il est difficile de décider quel aspect d'une décision de politique serait à l'abri d'une révision. Il ne reste que la décision d'inspecter. On peut difficilement prétendre que tout ce qui a été élaboré sur la différence entre une décision de politique et une décision opérationnelle avait pour but de protéger la décision de l'organisme public de faire quelque chose mais non le contenu de ce qui sera fait. Il me semble qu'une décision d'inspecter, par opposition

those entrusted with the exercise of the statutory powers make the decision to expend public resources. It is not engaged by a decision simply to do something. It is the decision as to what is to be done that will entail the taxation of the public purse. Lord Wilberforce underscores this concern when he states, at p. 754:

Let us examine the Public Health Act 1936 in the light of this. Undoubtedly it lays out a wide area of policy. It is for the local authority, a public and elected body, to decide upon the scale of resources which it can make available in order to carry out its functions under Part II of the Act—how many inspectors, with what expert qualifications, it should recruit, how often inspections are to be made, what tests are to be carried out, must be for its decision. It is no accident that the Act is drafted in terms of functions and powers rather than in terms of positive duty. As was well said, public authorities have to strike a balance between the claims of efficiency and thrift (du Parcq L.J. in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board* [1940] 1 K.B. 319, 338): whether they get the balance right can only be decided through the ballot box, not in the courts.

In this case, the extent of the inspection program was delegated to the Rockwork Section. The respondent acted within its statutory discretion in making that decision. It was a decision that inspections should be done and the manner in which they should be done. In order for a private duty to arise, it would have to be shown that the Rockwork Section acted outside its delegated discretion to determine whether to inspect and the manner in which the inspection is to be made.

The principal authorities in this Court do not support my colleague's view that the manner and extent of inspections are operational. Indeed, they confirm that these are the very substance of policy. In *Barratt v. District of North Vancouver, supra*, the respondent municipality had authority under s. 513(2) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, to lay out, maintain and improve highways. It

à une décision de ne pas inspecter, ne nécessite pas vraiment de protection contre une révision. Les préoccupations que suscite l'extension de la protection des décisions de politique tiennent à ce que les autorités qui exercent le pouvoir législatif prennent la décision de répartir les ressources publiques. Elles ne sont pas engagées par une simple décision de faire quelque chose. C'est la décision relative à ce qui sera fait qui entraînera la dépense de deniers publics. Lord Wilberforce fait ressortir ce point lorsqu'il dit, à la p. 754:

[TRADUCTION] Examinons la Public Health Act 1936 en fonction de cela. Il est certain qu'elle établit un vaste domaine de politique. Il appartient à l'autorité locale, un organisme public et élu, de décider de l'étendue des ressources qu'elle consacra à l'exécution de ses fonctions en vertu de la Partie II de la Loi, c'est-à-dire que le nombre d'inspecteurs à recruter, leurs qualifications, la fréquence des inspections, les tests qui devront être effectués, relèvent de sa décision. Ce n'est pas par hasard que la Loi est rédigée en termes de fonctions et de pouvoirs plutôt qu'en termes d'obligations formelles. Comme on l'a si bien dit, les organismes publics doivent établir un juste équilibre entre les exigences de l'efficacité et celles de l'économie (le lord juge du Parcq dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, 338): la question de savoir s'ils ont atteint cet équilibre se décide par un scrutin et non par les tribunaux.

En l'espèce, le pouvoir d'établir l'étendue du programme d'inspection avait été délégué à la section Mécanique des roches. L'intimée a agi dans les limites du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi en prenant cette décision. L'intimée a décidé que des inspections seraient tenues et a prévu la manière dont elles seraient tenues. Pour qu'une obligation de droit privé existe, il faudrait démontrer que la section Mécanique des roches a agi en dehors des limites de son pouvoir discrétionnaire délégué pour décider s'il fallait inspecter et de quelle manière l'inspection devait être exécutée.

Les principaux arrêts de notre Cour n'appuient pas l'opinion de mon collègue que la manière et l'étendue des inspections sont des décisions opérationnelles. En fait, ils confirment qu'elles relèvent de la nature même des décisions de politique. Dans l'arrêt *Barratt c. District of North Vancouver*, précité, la municipalité intimée avait le pouvoir, en vertu du par. 513(2) de la *Municipal Act*,

was, however, under no statutory duty to maintain highways. The respondent adopted a system of road inspections which required an inspector to travel all roads once in each two-week period. An accident occurred when the plaintiff rode his bicycle into a pot-hole on Marine Drive which had been inspected a week before. There was no allegation that the inspection was made improperly or negligently. I do not agree with my colleague that the basis for this decision was a determination that the policy was reasonable. That finding does not appear in the reasons of Martland J. although he referred to the evidence that the system of road inspection was well organized. The basis for the decision was that the program of inspection was a matter of policy or planning which could not be the basis for an allegation of negligence. At page 428 Martland J. states:

In my opinion, no such duty existed. The Municipality, a public authority, exercised its power to maintain Marine Drive. It was under no statutory duty to do so. Its method of exercising its power was a matter of policy to be determined by the Municipality itself. If, in the implementation of its policy its servants acted negligently, causing damage, liability could arise, but the Municipality cannot be held to be negligent because it formulated one policy of operation rather than another.

Then, after citing du Parcq L.J. in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, *supra*, he continued, at p. 428:

My conclusion is that the trial judge sought to impose upon the Municipality too heavy a duty, that the determination of the method by which the Municipality decided to exercise its power to maintain the highway, including its inspection system, was a matter of policy or planning, and that, absent negligence in the actual operational performance of that plan, the appellant's claim fails.

In *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*, the City of Kamloops had a statutory power to regulate construction by by-law. It did not have to do so. It exercised this power in favour of regulating con-

R.S.B.C. 1960, chap. 255, de faire le tracé des routes, de les entretenir et de les améliorer. La loi ne l'obligeait cependant pas à entretenir les routes. L'intimée avait adopté un système d'inspection qui exigeait qu'un inspecteur circule sur toutes les routes une fois toutes les deux semaines. Un accident s'est produit lorsque la bicyclette du demandeur a frappé un nid-de-poule sur Marine Drive, une rue qui avait été inspectée une semaine auparavant. On n'a pas allégué que l'inspection avait été faite d'une manière incorrecte ou négligente. Je ne partage pas l'avis de mon collègue que le fondement de cet arrêt était la conclusion que la décision de politique était raisonnable. Cette conclusion ne figure pas dans les motifs du juge Martland bien qu'il ait fait mention de la preuve que le système d'inspection des routes était bien organisé. Le fondement de l'arrêt était que le programme d'inspection était une question de politique ou de planification qui ne pouvait servir de fondement à une allégation de négligence. À la page 428, le juge Martland affirme:

À mon avis, il n'existe pas d'obligation semblable. La Municipalité, un corps public, a exercé son pouvoir d'entretenir Marine Drive. La loi ne l'obligeait pas à le faire. La méthode qu'elle a choisie pour exercer ce pouvoir est une question de politique qu'il lui appartenait de déterminer. Si, dans l'application de sa politique, ses employés avaient agi de façon négligente, causant des dommages, sa responsabilité aurait pu être engagée, mais on ne peut juger que la Municipalité a été négligente parce qu'elle a élaboré une politique d'entretien plutôt qu'une autre.

Ensuite, après avoir cité le lord juge du Parcq dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, précité, il poursuit, à la p. 428:

Ma conclusion est que le juge de première instance a cherché à imposer un fardeau trop lourd à la Municipalité, que la détermination de la méthode par laquelle la Municipalité a décidé d'exercer son pouvoir d'entretenir la rue, y compris son système d'inspection, était une question de politique ou de planification et qu'en l'absence de négligence dans l'application même de ce plan, la réclamation de l'appelant doit échouer.

Dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précité, la ville de Kamloops avait, en vertu de la loi, le pouvoir de réglementer la construction par voie de règlement municipal. Elle n'était pas tenue de

struction in accordance with a by-law which, *inter alia*, provided for the depth of footings. The by-law also imposed a duty on the City's building inspector to enforce the by-law by inspection. The inspector failed to inspect as required in order to determine whether work was progressing in accordance with the by-law. Wilson J., speaking for the majority, held that the provisions of the by-law were policy whereas in carrying out the inspection required by the by-law, the inspector was bound to act with reasonable care. It is clear that the provisions of the by-law which "provided for a scheme of inspections at various stages of construction" (at p. 12) was considered policy. The failure to enforce a stop work order and to inspect in order to determine whether the by-laws were being complied with was conduct outside of the area of delegated discretion. It was a departure from the duty created by the by-law and therefore a common law duty of care based on the proximity principle arose. It is significant that in the course of her reasons Wilson J. dealt with the judgment in *Barratt v. District of North Vancouver, supra*. She makes clear in the following passage, at p. 20 of her reasons, that *Barratt v. District of North Vancouver* decided that a decision by the municipality as to the extent of inspections is a policy matter which cannot be the foundation for an action in negligence:

The second is that it seems to be central to his judgment that no duty was imposed upon the municipality. It was in the discretion of the municipality whether or to what extent it exercised its maintenance power. The courts could not therefore interfere in the absence of negligence in the implementation of the policy it adopted with respect to inspection. This, it appears to me, is the ratio of the decision in *Barratt*. [Emphasis added.]

In order for a private duty to arise in this case, the plaintiff would have to establish that the Rockwork Section, having exercised its discretion as to the manner or frequency of inspection, carried out the inspection without reasonable care or at all.

le faire. Elle a exercé ce pouvoir de réglementer la construction en adoptant un règlement municipal qui prévoyait notamment la profondeur de l'empattement. Le règlement obligeait également l'inspecteur des bâtiments de la ville à faire appliquer le règlement en tenant des inspections. L'inspecteur n'a pas fait l'inspection requise pour déterminer si les travaux étaient effectués en conformité avec le règlement municipal. Le juge Wilson, au nom de la majorité, a conclu que les dispositions du règlement relevaient de questions de politique, alors qu'en ce qui concerne l'inspection requise par le règlement, l'inspecteur était tenu à une diligence raisonnable. Il est clair que les dispositions du règlement qui «prévo[ie]nt des inspections à différentes étapes de la construction» (à la p. 12) étaient considérées comme une décision de politique. L'omission de faire respecter une ordonnance d'arrêt de travail et de tenir une inspection pour déterminer si les règlements avaient été respectés ne relevait pas du domaine du pouvoir discrétionnaire délégué. C'était s'écarter de l'obligation prévue par le règlement et c'est ainsi qu'était née une obligation de diligence de *common law* fondée sur le principe de la proximité. Il est significatif que, dans ses motifs, le juge Wilson ait traité de l'arrêt *Barratt c. District of North Vancouver*, précité. Dans le passage suivant, à la p. 20 de ses motifs, elle explique clairement que l'arrêt *Barratt c. District of North Vancouver* a établi que la décision de la municipalité quant à l'étendue des inspections est une question de politique qui ne peut servir de fondement à une action fondée sur la négligence:

La deuxième, qui paraît capitale pour sa décision, est qu'aucune obligation n'a été imposée à la municipalité. Il relevait du pouvoir discrétionnaire de la municipalité d'exercer ou de ne pas exercer son pouvoir d'entretenir la rue, ou de décider dans quelle mesure l'exercer. Les tribunaux ne pouvaient donc pas intervenir en l'absence de négligence dans la mise en œuvre de la politique qu'elle avait adoptée en matière d'inspection. Cela me paraît être le principe de l'arrêt *Barratt*. [Je souligne.]

Pour que l'on puisse conclure en l'espèce à l'existence d'une obligation de droit privé, il aurait fallu que l'appelant établisse que la section Mécanique des roches, qui avait exercé son pouvoir discrétionnaire quant à la manière de procéder aux inspec-

There is no evidence or indeed allegation in this regard. In this respect, the decision in *Barratt v. District of North Vancouver, supra*, is on all fours and ought to be applied here. I would therefore dismiss the appeal.

*Appeal allowed with costs, SOPINKA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Laxton, Pidgeon & Co., Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

tions ou leur fréquence, avait tenu l'inspection sans exercer de diligence raisonnable ou sans aucune diligence. Il n'y a aucune preuve ni d'ailleurs d'allégation en ce sens. À cet égard, l'arrêt *Barratt c. District of North Vancouver*, précité, s'applique exactement en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli avec dépens, le juge SOPINKA est dissident.*

*Procureurs de l'appelant: Laxton, Pidgeon & Co., Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

**The Corporation of The City of Vernon and William Phillips** *Appellants*

v.

**Peter Manolakos and Voula Manolakos** *Respondents*

and

**Ralph Gohmann and Barry Barber** *Respondents*

and

**B & L Landscaping & Maintenance Ltd. and Morris Reade, a.k.a. William Morris** *Defendants*

and

**Woodcraft Ventures Ltd.** *Third Party*

and between

**The Corporation of The City of Vernon and William Phillips** *Appellants*

v.

**Peter Manolakos and Voula Manolakos** *Respondents*

and

**Ralph Gohmann and Barry Barber** *Respondents*

and

**William Rothfield and Charles Burtch** *Plaintiffs*

and

**B & L Landscaping & Maintenance Ltd. and Morris Reade, a.k.a. William Morris** *Third Parties*

INDEXED AS: ROTHFIELD v. MANOLAKOS

File No.: 20740.

1989: March 21; 1989: December 7.

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

**La corporation municipale de Vernon et William Phillips** *Appellants*

c.

<sup>a</sup> **Peter Manolakos et Voula Manolakos** *Intimés*

et

<sup>b</sup> **Ralph Gohmann et Barry Barber** *Intimés*

et

<sup>c</sup> **B & L Landscaping & Maintenance Ltd. et Morris Reade, alias William Morris** *Défendeurs*

et

<sup>d</sup> **Woodcraft Ventures Ltd.** *Mise en cause*

et entre

<sup>e</sup> **La corporation municipale de Vernon et William Phillips** *Appellants*

c.

<sup>f</sup> **Peter Manolakos et Voula Manolakos** *Intimés*

et

**Ralph Gohmann et Barry Barber** *Intimés*

<sup>g</sup> et

**William Rothfield et Charles Burtch** *Demandeurs*

<sup>h</sup> et

**B & L Landscaping & Maintenance Ltd. et Morris Reade, alias William Morris** *Mis en cause*

<sup>i</sup>

RÉPERTORIÉ: ROTHFIELD c. MANOLAKOS

N° du greffe: 20740.

1989: 21 mars; 1989: 7 décembre.

<sup>j</sup>

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



ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Torts — Negligence — Municipality — Duty of care — Building permit issued notwithstanding flawed design — Owners and contractors failing to inform municipality that project at point where inspection required — Whether or not duty of care on part of municipality to owners — Whether or not municipality absolved of responsibility because of owners' failure to inform.*

Respondent owners contracted with Gohmann, who in turn subcontracted with Barber, for the construction of a backyard retaining wall. Neither were engineers but both professed to have considerable experience in this type of construction work. The contractors, after the owners on their own initiative learned that a building permit was necessary, applied for a permit and presented the city's Chief Building Inspector (Phillips) with a rough sketch of the project. Phillips exercised his discretion, based on their experience and the relatively low cost of the wall, and granted a permit. Neither the owners nor the contractors advised the city as required by the by-law that the project had come to a stage where an inspection was required. The footings had been put in place, the concrete had been poured and the backfilling had been partially completed. The city inspector was not able to carry out the standard inspection which, if reasonably performed, would have revealed the flaws in design and construction.

The owners contacted the city when a large crack appeared in the wall. The city building inspectors attended and advised that further backfilling be delayed until the wall could be monitored in order to determine if there was any movement. The contractor finished the backfilling when he found that the wall had not moved in a twenty-day period. Some months later the wall collapsed.

In a first action, respondents brought suit against the contractor, the subcontractor, the city inspectors and the city. The neighbouring owners, Rothfield and Burtch, brought a second action against the respondent owners who in turn took third party proceedings against the parties they had sued. The trial judge found that the

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

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Municipalité — Obligation de diligence — Permis de construction délivré sans égard aux vices de conception — Omission des propriétaires et des entrepreneurs d'aviser la municipalité que le projet était rendu à une étape où une inspection était nécessaire — La municipalité a-t-elle une obligation de diligence envers les propriétaires? — La municipalité est-elle exonérée de toute responsabilité en raison de l'omission des propriétaires de l'aviser?*

Les propriétaires intimés ont conclu un contrat avec Gohmann qui, à son tour, a conclu un contrat de sous-traitance avec Barber pour la construction d'un mur de soutènement dans leur arrière-cour. Bien que ni l'un ni l'autre n'ait été ingénieur, ils ont soutenu qu'ils possédaient tous les deux une expérience considérable dans la construction de ce genre d'ouvrage. Après que les propriétaires eurent appris de leur propre initiative qu'un permis de construction était nécessaire, les entrepreneurs ont demandé un permis et ont présenté à l'inspecteur en chef des bâtiments de la municipalité (Phillips) un croquis rudimentaire du projet. Compte tenu de leur expérience et du coût relativement peu élevé du mur, Phillips a exercé son pouvoir discrétionnaire et délivré le permis de construction. Ni les propriétaires ni les entrepreneurs n'ont avisé la municipalité comme l'exige le règlement municipal que le projet était rendu à une étape où une inspection était nécessaire. Les coffrages de l'empiètement avaient été mis en place, le béton avait été coulé et une partie des travaux de remblai avait été complétée. L'inspecteur municipal n'a pu procéder à l'inspection requise qui, si elle avait été raisonnablement bien faite, aurait révélé les vices de conception et de construction.

Les propriétaires ont communiqué avec la municipalité lorsqu'une grande fissure est apparue dans le mur. Les inspecteurs municipaux des bâtiments se sont rendus sur les lieux et ont recommandé d'interrompre les travaux de remblai afin de surveiller le mur pour voir s'il bougerait. L'entrepreneur a terminé les travaux de remblai après avoir constaté que le mur n'avait pas bougé au cours d'une période de vingt jours. Quelques mois plus tard, le mur s'est effondré.

Les intimés ont intenté une première action contre l'entrepreneur, le sous-traitant, les inspecteurs municipaux et la municipalité. Les propriétaires voisins, Rothfield et Burtch, ont intenté une deuxième action contre les intimés qui à leur tour ont mis en cause les parties contre lesquelles ils avaient intenté une action. Le juge

rudimentary sketch was an inadequate basis for issuing a building permit and that the city, through its building inspectors, was negligent in issuing one. In the first action, the trial judge found the defendants jointly and severally liable to the respondents for all of the damages, but as between them he attributed 60% of the responsibility to the contractor and subcontractor, and 40% to the city and its inspector. In the second action, the trial judge found the respondent owners liable for the damages suffered by the neighbours, but held the third parties jointly and severally liable to indemnify them, but as between themselves liability was apportioned in the same manner as in the first action. An appeal to the Court of Appeal was dismissed.

*Held* (Lamer and Cory JJ. dissenting in part; Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed. The judgments of the trial judge should be varied. As between themselves, the city and its inspectors should be liable for 70% of the damages and the respondents for 30%.

*Per* Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ.: The city, once it made the policy decision to inspect building plans and construction, owed a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of those powers. This duty was subject to those limitations arising from the statute bearing on the powers of the building inspector.

It was not unreasonable for the building inspector to exercise his discretion not to require plans by a professional engineer and to rely on on-site inspections to ensure compliance with the standards of the by-law in cases like the present. The city, nevertheless, must at least examine the specifications and sketches. A building permit might issue if the plans are inadequate in the sense of insufficiency but not if inadequate in the sense of an obvious departure from the standards required by the by-law.

Appellants' negligence must be assessed in the context of the legislative scheme. The owners are by the by-law required to give timely notice to permit the appellants to conduct an on-site inspection. Failure to do so constituted negligence on their part but not so as to totally absolve the appellants from liability. Every negligent act

de première instance a conclu que le croquis rudimentaire était insuffisant pour justifier la délivrance d'un permis de construction et que la municipalité, par l'intermédiaire de ses inspecteurs des bâtiments, avait été négligente en délivrant un permis. Quant à la première action, le juge de première instance a déclaré les défendeurs solidairement responsables envers les intimés pour la totalité des dommages, mais il a fixé à 60 pour 100 la part de responsabilité de l'entrepreneur et du sous-traitant et à 40 pour 100 celle de la municipalité et de ses inspecteurs. Quant à la deuxième action, le juge de première instance a déclaré les propriétaires intimés responsables des dommages subis par les voisins, mais il a conclu que les parties mises en cause étaient solidairement tenues de les indemniser et il leur a attribué les mêmes parts de responsabilité que dans la première action. Un appel interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté.

*Arrêt* (les juges Lamer et Cory sont dissidents en partie; les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes en partie): Le pourvoi est accueilli. Les décisions du juge de première instance doivent être modifiées. La part de responsabilité de la municipalité et de ses inspecteurs pour les dommages subis est fixée à 70 pour 100 et celle des intimés à 30 pour 100.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Gonthier: La municipalité, après avoir pris la décision de principe d'inspecter les plans des bâtiments et les travaux de construction, a une obligation de diligence envers tous ceux qui peuvent être considérés raisonnablement comme risquant de subir un préjudice par suite de l'exercice fautif de ces pouvoirs. Cette obligation est assujettie aux restrictions découlant de la loi qui porte sur les pouvoirs de l'inspecteur des bâtiments.

Dans un cas comme la présente affaire, il n'était pas déraisonnable que l'inspecteur des bâtiments exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas exiger de plans d'ingénieur et de se fier à des inspections sur place pour garantir la conformité aux normes du règlement municipal. La municipalité doit néanmoins examiner les devis et les croquis qui lui sont présentés. Un permis de construction pourrait être délivré si les plans soumis sont inadéquats au sens d'être insuffisants mais non pas s'ils sont inadéquats au sens d'être manifestement non conformes aux normes prescrites par le règlement municipal.

La négligence des appelants doit être appréciée en fonction du régime législatif qui les régissait. Les propriétaires doivent, en vertu du règlement municipal, donner avis en temps opportun afin de permettre aux appelants d'effectuer une inspection sur place. Leur omission de le faire constitue de la négligence de leur

of an owner builder will not relieve the municipality of its duty to show reasonable care in approving building plans and inspecting construction. It is only in the narrowest of circumstances that no duty is owed because the owner is the source of his own loss.

Despite the negligence of the owners, the inspector was in a position to take reasonable care to ensure that all building was done in accordance with the applicable standards of the by-law. A due exercise by the inspector of his powers, even though he was summoned late, could have avoided the danger. He should have ordered the cessation of the work and whatever corrective measures were necessary to enable him to ensure that the structure was up to standard. Nothing in the nature of the owner's breach would support the view that they should not be entitled to rely on the building inspector to acquit the city of its responsibility to ensure that the project was up to standard.

A vital distinction exists between this case and instances where an owner builder determines to flout the building by-law, or is completely indifferent to the responsibilities that the by-law places on him. Such deliberate action places the owner builder outside the scope of the duty owed by the public authority. The duty of building inspectors should not be taken to extend to requiring them to ferret out those who are aware or indifferent as to whether work is being done illegally, and who persist in that course of action.

The city and its inspector and the respondent owners were contributorily negligent and liability should be apportioned at 70% and 30% respectively.

*Per Lamer and Cory JJ. (dissenting in part):* The city and its inspector should bear no liability for damages to the owner. The Chief Building Inspector, if he had been acting in a private practice, would have been liable in negligence. He was not, however, acting in a private capacity but as a municipal official. Nonetheless there was still such a close relationship that he could foresee that carelessness on his part might cause damage to the plaintiffs.

part mais pas au point de dégager complètement les appelants de toute responsabilité. Tout acte négligent d'un constructeur propriétaire ne libère pas la municipalité de son obligation d'agir avec diligence raisonnable dans l'approbation des plans de construction et l'inspection de l'état des travaux. Ce n'est que dans des circonstances très bien définies qu'il n'existe aucune obligation du fait que le propriétaire est à l'origine de sa propre perte.

*b* Malgré la négligence des propriétaires, l'inspecteur était en mesure d'agir avec diligence raisonnable pour veiller à ce que tous les travaux de construction soient exécutés en conformité avec les normes applicables du règlement municipal. S'il avait dûment exercé ses pouvoirs, l'inspecteur, bien qu'il ait été appelé tardivement, aurait pu prévenir le danger. Il aurait dû ordonner la cessation des travaux et la prise des mesures correctives nécessaires pour s'assurer que l'ouvrage soit conforme aux normes. Rien dans la nature de la violation des propriétaires ne permet de conclure qu'ils ne devraient pas pouvoir s'en remettre à l'inspecteur des bâtiments pour ce qui est d'acquitter l'obligation de la municipalité de veiller à ce que le projet soit conforme aux normes.

*e* Il existe une distinction capitale entre la présente affaire et les cas où un constructeur propriétaire décide de passer outre au règlement de construction municipal ou ne se soucie absolument pas des responsabilités que lui impose le règlement municipal. Par ces actes délibérés, le constructeur propriétaire s'exclut de la portée de l'obligation qui incombe à l'autorité publique. Il ne faut pas croire que l'obligation des inspecteurs des bâtiments va jusqu'à exiger qu'ils découvrent ceux qui sont conscients que les travaux se font illégalement ou ceux qui sont indifférents qu'il en soit ainsi et ceux qui persistent dans cette voie.

*h* La municipalité et son inspecteur de même que les constructeurs propriétaires ont fait preuve de négligence contributive et leurs parts de responsabilité sont fixées à 70 pour 100 et 30 pour 100 respectivement.

*Les juges Lamer et Cory (dissidents en partie):* La municipalité et son inspecteur ne sont pas responsables envers les propriétaires pour le préjudice subi. Si l'inspecteur en chef des bâtiments avait agi comme ingénieur de pratique privée, il aurait été responsable pour cause de négligence. Cependant, il agissait non pas en son nom personnel mais à titre de représentant de la municipalité. Néanmoins, les relations étaient encore suffisamment étroites pour qu'il puisse prévoir que son manque de diligence pourrait causer un préjudice aux appelants.

Considerations existed which would negate or limit (a) the scope of the duty, and (b) the persons to whom it is owed.

The granting of a building permit did not and could not relieve the respondent owners of their responsibility to have the work on the retaining wall carried out in accordance with the city's by-laws. Willingness to allow this relatively small and inexpensive project to proceed without requiring the respondents to incur the cost of a professional engineer did relieve the respondents of that responsibility. The Chief Building Inspector was neither dispensing advice to the respondents nor guaranteeing the success of the retaining wall. The respondents had hired a contractor to take care of their interests in this regard.

It is impossible for a municipality to constantly monitor all the building projects proceeding within its limits at any given time. The owners have a responsibility to advise the city as to when the required inspections could be made. The city has a concomitant obligation to reasonably and properly inspect the work in progress once it has received a notification. The owners' breach of their obligation to the city made it impossible for the city to fulfill its duty to inspect. The city was entitled to assume that the owner and contractors would comply with the provisions of the by-law and give timely notice that the work could be inspected. The failure to comply superceded any act of negligence of the city and so absolved the municipality from any liability. Such owners are the source of their own loss.

The issuance of the building permit could not reasonably be taken as an indication that the wall was sound. That responsibility, as a matter of policy, must remain with the owners who engaged contractors to undertake and be responsible for the design and construction of the project on their behalf. The municipality, if the policy were otherwise, would be unreasonably and unfairly burdened with insuring an owner as to the compliance with its by-laws and in that way insure the proper design and workmanship of projects undertaken by an owner.

It is clearly reasonable for the neighbours, who were completely blameless, who did not choose the contractors and who could not ensure that the required notice of inspection be given to the city, to rely upon the municipality to ensure that the construction was carried out in a way that would not threaten their health or safety. It

Il existe des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) les personnes qui en bénéficient.

La délivrance d'un permis de construction n'a pas eu et ne pouvait avoir pour effet de dégager les propriétaires intimés de leur obligation de veiller à ce que la construction du mur de soutènement soit faite en conformité avec les règlements municipaux. La volonté d'autoriser la réalisation de ce projet relativement petit et peu coûteux sans exiger que les intimés supportent les coûts d'obtention de plans d'ingénieur a dégagé les intimés de cette obligation. L'inspecteur en chef des bâtiments n'avait pas à donner de conseils aux intimés ni à garantir que le mur de soutènement serait bien construit. Les intimés avaient retenu les services d'un entrepreneur qui devait veiller à leurs intérêts à cet égard.

Il est impossible qu'une municipalité surveille constamment tous les projets de construction qui se déroulent dans les limites de son territoire à un moment donné. Les propriétaires ont l'obligation d'aviser la municipalité du moment où les inspections requises peuvent être faites. La municipalité a l'obligation concomitante de vérifier l'état des travaux de façon raisonnable et convenable lorsqu'elle a reçu un avis. La violation de l'obligation qu'avaient les propriétaires envers la municipalité a empêché celle-ci de remplir son obligation d'inspecter. La municipalité pouvait présumer que les propriétaires et les entrepreneurs se conformeraient aux dispositions du règlement et qu'ils donneraient au moment opportun le préavis en vue de l'inspection des travaux. Le défaut de se conformer l'emporte sur tout acte de négligence de la part de la municipalité et la dégage ainsi de toute responsabilité. De tels propriétaires sont à l'origine de leur propre perte.

On ne peut raisonnablement considérer que la délivrance du permis de construction constituait une indication que le mur serait bien construit. Cette responsabilité doit, en principe, toujours reposer sur les épaules des propriétaires qui ont retenu les services d'entrepreneurs pour exécuter les plans et la construction du projet et en être responsables en leur nom. S'il en était autrement, on imposerait à la municipalité le fardeau déraisonnable et injuste d'assurer le propriétaire de la conformité avec les règlements municipaux et, en ce sens, d'assurer la bonne qualité de la conception et de l'exécution des projets entrepris par un propriétaire.

Il est tout à fait raisonnable que les voisins, auxquels on ne peut rien reprocher et qui n'ont pas choisi les entrepreneurs et ne pouvaient faire en sorte que l'avis d'inspection requis soit donné à la municipalité, se fient sur la municipalité pour veiller à ce que les travaux de construction soient exécutés de façon à ne pas compro-

was appropriate, with regard to the neighbours' claims, to accept the trial judge's finding that the city was negligent in granting a building permit based on the inadequate information submitted to the Chief Building Inspector by the contractor and sub-contractor.

*Per* Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting in part): Failure on the part of the owners to discharge their responsibilities under the by-law did not disentitle them from recovering for the whole of the damages against the city. The owners were not "negligent" or "the source of their own loss" and therefore outside the scope of the city's private law duty of care. Negligence means more than a failure to comply with the notice requirements of the by-law in circumstances where the city issued a permit notwithstanding obvious deficiencies in design and did not notify the plaintiffs to this effect. As a result of this omission, the owners could reasonably assume that all was in order when the permit was issued and follow the normal practice of relying on the contractors to give the required notices on their behalf. The city, when it issued the permit notwithstanding the design deficiencies, assumed the risk that it could remedy the deficiencies as construction progressed. Had the owners been made aware that the permit was issued on defective plans it would have appreciated the importance of the notices and seen to them personally. Their damage was the result of the combined negligence of the city and the contractors.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Applied:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **distinguished:** *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **referred to:** *Acrecrest Ltd. v. W. S. Hattrell & Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 17; *McCrea v. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593; *Curran v. Northern Ireland Co-Ownership Housing Association Ltd.*, [1987] A.C. 718.

By Cory J. (dissenting in part)

*City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] 1 A.C. 210; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Yuen Kun Yeu*

mettre leur santé ou leur sécurité. En ce qui concerne les actions intentées par les voisins, il convient d'accepter la conclusion du juge de première instance que la municipalité a été négligente en accordant un permis de construction à partir de renseignements incomplets que l'entrepreneur et le sous-traitant avaient soumis à l'inspecteur en chef des bâtiments.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes en partie): Le défaut des propriétaires de s'acquitter de leurs obligations en vertu du règlement municipal ne les empêche pas de se faire indemniser par la municipalité de tous les dommages qu'ils ont subis. Les propriétaires n'ont pas été «négligents» ni «à l'origine de leur propre perte» et ne sont donc pas exclus de la portée de l'obligation de diligence qu'a la municipalité en droit privé. La négligence signifie plus qu'une omission de se conformer aux exigences de préavis du règlement municipal dans le cas où la municipalité a délivré un permis de construction malgré les vices évidents de conception du mur, sans aviser les demandeurs du problème. Par suite de cette omission, les propriétaires pouvaient raisonnablement présumer que tout était en ordre au moment de la délivrance du permis et suivre la pratique normale consistant à s'en remettre aux entrepreneurs pour donner en leur nom les avis requis. Lorsqu'elle a délivré le permis malgré les vices de conception, la municipalité a pris la chance de pouvoir les corriger au fur et à mesure de l'évolution des travaux. Si les propriétaires avaient su que le permis était délivré à partir de plans défectueux, ils auraient pris conscience de l'importance des avis et auraient veillé personnellement à les donner. Le préjudice qu'ils ont subi découle à la fois de la négligence de la municipalité et de celle des entrepreneurs.

#### g Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêt appliqué:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **distinction d'avec l'arrêt:** *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts mentionnés:** *Acrecrest Ltd. v. W. S. Hattrell & Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 17; *McCrea v. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593; *Curran v. Northern Ireland Co-Ownership Housing Association Ltd.*, [1987] A.C. 718.

Citée par le juge Cory (dissident en partie)

*Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] A.C. 210; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Yuen*

*v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465.

By Wilson J. (dissenting in part)

*City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Ann v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486; *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] A.C. 210.

#### Statutes and Regulations Cited

*Building and Plumbing By-law of The Corporation of The City of Vernon, Number 2450, 1976*, ss. 101, 300, 600, 700, 800, 1000, 1001.  
*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, Division (5), ss. 734, 740.

APPEAL from judgments of the British Columbia Court of Appeal, *Rothfield v. Manolakos* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 85, dismissing appeals from judgments of Arkell Co. Ct. J., [1986] B.C.W.L.D. 425. Appeal allowed, Lamer and Cory JJ. dissenting in part; Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting in part.

*R. B. T. Goepel*, for the appellants.

*Greg Reif*, for the respondents.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ. was delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Justice Cory, but I am respectfully unable to agree with his proposed disposition of this case for the reasons that follow.

#### Factual Background

The facts of this appeal are generally sufficiently set out in the reasons of Cory J., and I need not repeat them. I think it important, however, to stress some matters concerning the specifications and the rudimentary sketch submitted by the subcontractors when they attended at the municipal offices to obtain a permit for the retaining wall they had been hired to construct for the respondent owners. The trial judge found as a fact that

*Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465.

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

*Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Ann v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486; *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] A.C. 210.

#### Lois et règlements cités

*Building and Plumbing By-law of The Corporation of The City of Vernon, Number 2450, 1976*, art. 101, 300, 600, 700, 800, 1000, 1001.  
*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 290, section (5), art. 734, 740.

POURVOI contre les arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Rothfield v. Manolakos* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 85, qui ont rejeté les appels de décisions du juge Arkell de la Cour de comté, [1986] B.C.W.L.D. 425. Pourvoi accueilli, les juges Lamer et Cory sont dissidents en partie, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents en partie.

*R. B. T. Goepel*, pour les appellants.

*Greg Reif*, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Cory, mais en toute déférence je ne puis souscrire à sa conclusion en l'espèce pour les motifs suivants.

#### Les faits

Les faits de ce pourvoi sont, de manière générale, suffisamment bien exposés dans les motifs du juge Cory et je n'ai pas besoin de les répéter. Je pense qu'il est cependant important de souligner certains points concernant les devis et le croquis rudimentaire soumis par les sous-traitants lorsqu'ils se sont présentés au bureau municipal pour obtenir un permis de construction du mur de soutènement pour lequel leurs services avaient été

Phillips, the Chief Building Inspector, had seen the specifications and the sketch, but it seems fair to assume in the light of Phillips' testimony that he had not examined them with the care necessary to permit him to ascertain whether they could reasonably serve in the construction of the project. It is undisputed that the sketch was only a rough and ready drawing, and that the project, if built in accordance with the specifications, would be seriously deficient. The building inspector himself testified that the proposed steel reinforcement was wholly inadequate to support the structure, and that if he had seen the sketch, he would not have issued the permit. The footings described on the sketch were also inadequate. Despite the manifest inadequacy of the plan, however, the city issued a permit for the construction of the retaining wall. This was in accord with its usual practice. In construction projects of this kind, the city relied on on-site inspections to ensure that the requisite standards had been met.

The city by-law placed responsibility on the owner to summon the building inspector for this on-site inspection. Here, of course, the owner failed to give notice in good time, and it is the significance to be accorded to this failure that is at the heart of this appeal.

#### The Scope of the Duty Owed by the City

The city adopted the relevant building by-law "for the health, safety and protection of persons and property" pursuant to s. 734 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, as amended. By application of the test formulated by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, the city, once it made the policy decision to inspect building plans and construction, owed a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of those powers. This duty is, of course, subject to such

retenus par les propriétaires intimés. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que M. Phillips, l'inspecteur en chef des bâtiments, avait pris connaissance des devis et du croquis, mais il semble juste de présumer, à la lumière du témoignage de M. Phillips, qu'il ne les avait pas examinés avec tout le soin nécessaire pour lui permettre de vérifier s'ils pouvaient raisonnablement servir à la construction du projet. Et on ne conteste pas qu'il s'agissait seulement d'un croquis rudimentaire ni que le projet, s'il était construit conformément aux devis, serait sérieusement défectueux. L'inspecteur des bâtiments a lui-même témoigné que l'armature d'acier projetée était tout à fait insuffisante pour soutenir l'ouvrage et que s'il avait vu le croquis rudimentaire, il n'aurait pas délivré le permis. L'empattement décrit sur le croquis était également inadéquat. Cependant, malgré le caractère manifestement inadéquat du plan, la municipalité a délivré le permis de construction du mur de soutènement. Cela était conforme à sa pratique habituelle. Dans des projets de construction de ce genre, la municipalité se fie aux inspections sur place pour veiller à ce que les normes prescrites soient respectées.

Selon le règlement municipal, il incombe au propriétaire d'aviser l'inspecteur des bâtiments pour qu'il procède à l'inspection des travaux. En l'espèce, le propriétaire a évidemment omis d'aviser au bon moment, et c'est l'importance qu'il faut accorder à cette omission qui est au cœur du présent pourvoi.

#### La portée de l'obligation de la municipalité

La municipalité a adopté le règlement de construction en question [TRADUCTION] «pour la santé, la sécurité et la protection des personnes et des biens», conformément à l'art. 734 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 290 et ses modifications. En application du critère formulé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et retenu par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, la municipalité, après avoir pris la décision de principe d'inspecter les plans des bâtiments et les travaux de construction, a une obligation de diligence envers tous ceux qui peu-

limitations as may arise from statutes bearing on the powers of the building inspector.

In *City of Kamloops v. Nielsen*, this Court did not deal with an owner builder, but I see no reason why such a person would not fall within the scope of the duty of care owed by a municipality. There is, admittedly, an important distinction between the reliance of third parties on a municipal building inspector and the reliance of an owner builder. Third parties, such as neighbours and subsequent purchasers or occupiers of a building, obviously have no say in the actual construction of a building that proves defective. It is therefore reasonable that they should be entitled to rely on the municipality to show reasonable care in inspecting the progress of the construction. Owner builders, by contrast, are in a position to ensure that the building is built in accordance with the relevant building regulations, and from this it may be argued that they are not entitled to rely on the municipality. This would appear to be the view of Cory J. who states that it is the owner who should ensure through his contractors that the building is safe and structurally sound, and complies with the municipal by-law.

I am unable to accept this position. As a preliminary matter, it is not clear to me how owner builders, unless possessed of a high degree of technical knowledge, are supposed to see to it that their contractors comply with the technical aspects of building by-laws. Doubtless owner builders can choose their contractors, and it is incumbent on them to hire reputable tradesmen. But I fail to see how, having done that, they are in a position to ensure that construction actually proceeds according to standard. Owner builders can hardly be expected to serve as their own inspectors. It can, I think, safely be assumed that the great majority of those who engage building contractors to undertake a project must rely on the disinterested expertise of a building inspector to ensure that it is

vent être considérés raisonnablement comme risquant de subir un préjudice par suite de l'exercice fautif de ces pouvoirs. Cette obligation est évidemment assujettie aux restrictions qui peuvent découler des lois qui portent sur les pouvoirs de l'inspecteur des bâtiments.

Dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen* de notre Cour, il n'était pas question d'un constructeur propriétaire, mais je ne vois aucune raison pour laquelle cette personne ne pourrait être visée par la portée de l'obligation de diligence d'une municipalité. Certes, il existe une distinction importante entre le fait pour des tiers de se fier à un inspecteur des bâtiments et le fait pour un constructeur propriétaire de s'y fier. Les tiers, comme les voisins et les acquéreurs ou occupants ultérieurs d'un bâtiment, n'ont évidemment rien à dire dans la construction même d'un bâtiment qui s'avère défectueuse. Il est donc raisonnable qu'ils puissent se fier que la municipalité fera preuve de diligence raisonnable en inspectant l'état des travaux. Par contre, les constructeurs propriétaires sont en mesure de veiller à ce que le bâtiment soit construit conformément aux règlements de construction applicables et, partant on peut prétendre qu'ils ne peuvent se fier à la municipalité. Cela semble être l'opinion retenue par le juge Cory qui affirme qu'il appartient au propriétaire de veiller, par l'intermédiaire de ses entrepreneurs, à ce que le bâtiment soit sûr et de construction solide et qu'il soit conforme au règlement municipal.

Je ne puis souscrire à cette opinion. D'abord, je comprends mal comment les constructeurs propriétaires, à moins de posséder de vastes connaissances techniques, sont supposés veiller à ce que leurs entrepreneurs se conforment aux technicalités des règlements de construction. Il ne fait pas de doute que les constructeurs propriétaires peuvent choisir leurs entrepreneurs et qu'il leur incombe d'embaucher des gens de métier compétents. Mais à partir de là, je ne vois pas comment ils peuvent veiller à ce que la construction se fasse réellement selon les normes. On peut difficilement s'attendre à ce que les constructeurs propriétaires agissent comme leurs propres inspecteurs. Je pense que l'on peut présumer à coup sûr que la grande majorité de ceux qui embauchent des entrepreneurs en cons-



properly done. In that respect, owner builders are in a position similar to third parties who may be affected by the construction. Like them, they are, in my respectful opinion, entitled to rely on the municipality to properly inspect construction to see that it conforms to the standards set out in the municipality's building by-laws.

Moreover, in my view, the distinction sought to be made between owner builders and third parties overlooks the fact that both are ratepayers for whose safety the by-law was passed. The inspection of plans and the supervision of construction increases the costs of construction for everyone. But I think that most ratepayers, were they to give the matter any thought, would justify the increased expense as an investment in peace of mind: faulty construction, after all, is a danger to life and limb and may result in future expense and liability. This applies equally to owner builders and third parties. Both are justified in saying: "I pay for the provision of an inspection service, and so long as I act in good faith, I should be entitled to rely on the city to exercise reasonable care to ensure that all construction is built according to the standards set out in the by-laws."

Finally, I do not share the view that applying the law to owner builders in this way would make the municipality an insurer in respect of compliance by the owner with applicable building standards. It must be borne in mind that a municipality, once it has made the policy decision to inspect construction, is not bound to discover every latent defect in a given project, nor every derogation from applicable standards. That would be to hold the municipality to an impossible standard. Rather a municipality is only called upon to show reasonable care in the exercise of its powers of inspection. Accordingly, a municipality, whether the duty of care is owed to an owner builder or a third party,

truction pour réaliser un projet doivent se fier aux compétences désintéressées d'un inspecteur des bâtiments pour veiller à ce que les travaux soient effectués correctement. À cet égard, les constructeurs propriétaires se trouvent dans une situation semblable à celle des tiers qui peuvent être touchés par la construction. J'estime qu'ils peuvent comme eux se fier que la municipalité inspectera convenablement les travaux et veillera à ce que ceux-ci soient conformes aux normes établies dans ses règlements de construction.

J'estime en outre que la distinction que l'on tente de faire entre les constructeurs propriétaires et les tiers ne tient pas compte du fait que les deux sont des contribuables pour la sécurité desquels le règlement municipal a été adopté. L'inspection des plans et la surveillance des travaux augmentent les coûts de construction à l'égard de tous. Mais j'estime que la plupart des contribuables, s'ils y réfléchissaient un tant soit peu, verraient dans l'augmentation des coûts un investissement permettant d'avoir l'esprit tranquille: après tout, une construction défectueuse met en danger la vie des gens et peut entraîner des dépenses et une responsabilité ultérieures. Cela s'applique aussi bien aux constructeurs propriétaires qu'aux tiers. Ils sont tous les deux justifiés de dire: [TRADUCTION] «Je paie pour un service d'inspection et tant que j'agis de bonne foi je devrais pouvoir me fier à l'exercice par la municipalité d'une diligence raisonnable pour veiller à ce que tous les édifices soient construits conformément aux normes établies dans les règlements municipaux».

Enfin, je ne partage pas l'avis qu'en appliquant le droit de cette façon aux constructeurs propriétaires la municipalité deviendrait un assureur garantissant que les propriétaires respectent les normes de construction applicables. Il faut garder à l'esprit qu'une municipalité, qui a pris la décision de principe d'inspecter des travaux de construction, n'est pas tenue de découvrir tous les vices cachés d'un projet donné ni toute dérogation aux normes applicables. Ce serait imposer à la municipalité une norme impossible à respecter. On s'attend plutôt à ce qu'une municipalité fasse seulement preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses pouvoirs d'inspection. Par consé-

will only incur liability for such defects as it could reasonably be expected to have detected and to have ordered remedied. This is implicit in the decision of this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*.

In summary, I cannot subscribe to the view that considerations of policy militate against viewing both owner builders and third parties as entitled to place reasonable reliance on the city to ensure that construction does not pose a threat to their health or safety.

#### The City's Duty Respecting the Specifications

As Cory J. has noted, the building inspector exercised his discretion in this case not to require plans by a professional engineer, and in such cases it was the practice to rely on on-site inspections to ensure compliance with the standards of the by-law. I am prepared to accept that as a general proposition this is not an unreasonable thing to do. The many small projects that come to the city must be processed with a reasonable measure of flexibility and efficiency, and undoubtedly many of the rudimentary specifications and sketches that are submitted to the inspector do not contain all the information necessary to enable the city to fully assess whether a project is up to standard. It would be unrealistic for the city to insist that owners submit fully adequate plans for such projects. By the same token, however, it would be unreasonable to impose on the city the burden of perfecting all such plans.

It seems to me, however, that it is incumbent on the city to at least examine the specifications and sketches. If an examination of these reveals that they may reasonably serve in the construction of a project, it would appear sensible to issue a permit. The inspector is functioning within the parameters of a legislative scheme in which it is normal to ensure that a project fully meets the standards of the by-law at the on-site inspection stage. It would

quent, peu importe que l'obligation de diligence soit envers un constructeur propriétaire ou un tiers, la responsabilité de la municipalité ne sera retenue que pour les vices qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'elle découvre et en ordonne la correction. Cela ressort implicitement de l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen* de notre Cour.

En résumé, je ne puis être d'accord pour dire que des considérations de principe militent contre la perception que les constructeurs propriétaires et les tiers peuvent se fier raisonnablement que la municipalité veillera à ce que la construction ne constitue pas une menace à leur santé ou à leur sécurité.

#### L'obligation de la municipalité relativement aux devis

Comme le juge Cory l'a fait observer, l'inspecteur des bâtiments a, en l'espèce, exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas exiger de plans d'ingénieur et, dans de tels cas, il était d'usage de se fier à des inspections sur place pour garantir la conformité aux normes du règlement. Je suis disposé à accepter qu'il ne s'agit pas, en général, d'une façon de procéder déraisonnable. La multitude de petits projets qui sont soumis à la municipalité doivent être traités de manière raisonnablement souple et efficace, et il ne fait pas de doute qu'un bon nombre des croquis et devis rudimentaires qui sont soumis à l'inspecteur ne contiennent pas toutes les données nécessaires pour permettre à la municipalité d'apprécier pleinement si un projet est conforme aux normes. Il serait irréaliste de la part de la municipalité d'insister pour que les propriétaires soumettent des plans tout à fait adéquats pour ces projets. Mais il serait tout autant déraisonnable d'imposer à la municipalité l'obligation de parachever tous ces plans.

Il me semble toutefois qu'il incombe tout au moins à la municipalité d'examiner les devis et les croquis qui lui sont présentés. Si leur examen révèle qu'ils peuvent raisonnablement servir à la construction d'un projet, il semblerait raisonnable de délivrer un permis. L'inspecteur fonctionne à l'intérieur des paramètres d'un régime législatif où il est normal de s'assurer qu'un projet est parfaitement conforme aux normes du règlement à l'étape

tend to defeat the discretion not to require professional plans if a more exacting standard were imposed on the city inspector. The city's duty, after all, is only to exercise reasonable care.

Inadequacy in the sense of insufficiency is one thing, however; inadequacy in the sense of an obvious departure from the standards required by the by-law is another. In the present case, it was clear from the specifications that the project was inadequately designed. The building inspector's testimony itself draws attention to the fact that the retaining wall would not hold if built with the amount of steel reinforcement described in the specifications.

Under these circumstances, I have no difficulty in holding that the appellants were negligent in this case, and barring other considerations, that they are liable for the loss resulting from that negligence. The appellants' negligence must, however, be assessed in the context described above and, in particular, of the legislative scheme in which they were operating. That scheme provides for on-site inspections at which time inadequacies can be corrected during the course of construction. These inspections are under the scheme triggered by notification from the owner. The by-law squarely imposes this duty on the owner at particular stages of construction. I should perhaps advert to the fact that the by-law includes a contractor in the definition of owner, but I emphasize that it is an inclusive provision; it can scarcely be read as excluding the owner upon whom the duty is originally imposed. Relying on these provisions, the appellants argued that the failure of the owners in the present case to give timely notice to permit the appellants to conduct an on-site inspection absolved the latter from liability.

#### The Negligent Owner Builder

I turn then to a consideration of the consequences to be ascribed to the failure of the owners and their contractors to give timely notice for the

de l'inspection sur place. L'imposition d'une norme plus exigeante à l'inspecteur municipal serait de nature à contrecarrer le pouvoir discrétionnaire de ne pas exiger de plans d'ingénieur. Après tout, la municipalité n'est tenue que de faire preuve de diligence raisonnable.

Le fait d'être inadéquat au sens d'être insuffisant est une chose; cependant le fait d'être inadéquat au sens d'être manifestement non conforme aux normes prescrites par le règlement en est une autre. En l'espèce, il ressortait clairement des devis que le projet était de conception inadéquate. Dans son témoignage, l'inspecteur des bâtiments a fait lui-même remarquer que le mur de soutènement ne tiendrait pas s'il était doté de l'armature d'acier prévue dans les devis.

Dans ces circonstances, je conclus sans difficulté que les appelants ont fait preuve de négligence en l'espèce et, sous réserve d'autres considérations, qu'ils sont responsables de la perte résultant de cette négligence. Toutefois, la négligence des appelants doit être appréciée dans le contexte décrit plus haut et, particulièrement, en fonction du régime législatif qui les régissait. Ce régime prévoit la tenue d'inspections sur place au moment où des imperfections peuvent être corrigées au cours des travaux de construction. Aux termes de ce régime, ces inspections sont effectuées à la suite d'un avis du propriétaire. Le règlement impose carrément cette obligation au propriétaire à certaines étapes des travaux. Je devrais peut-être mentionner le fait que le règlement inclut un entrepreneur dans la définition de propriétaire, mais je souligne qu'il s'agit d'une disposition globale; on ne saurait guère l'interpréter comme excluant le propriétaire à qui l'obligation est initialement imposée. Invoquant ces dispositions, les appelants ont fait valoir que l'omission des propriétaires en l'espèce de donner avis en temps opportun de sorte que les appelants puissent effectuer une inspection sur place a eu pour effet de dégager ces derniers de toute responsabilité.

#### Le constructeur propriétaire négligent

Je passe donc à l'examen des conséquences imputables à l'omission des propriétaires et de leurs entrepreneurs de donner l'avis d'inspection

on-site building inspection. I agree with Cory J. that this failure constituted negligence, but I do not share his view that this failure must completely absolve the municipality from liability. In my respectful view, Lord Wilberforce's dictum that no duty is owed "to a negligent building owner, the source of his own loss" does not apply to the facts of this case.

I do not think Lord Wilberforce's pronouncement was meant to extend to every failure by an owner builder, or his contractors, to comply with the applicable building regulations. It is to be expected that contractors, in the normal course of events, will fail to observe certain aspects of the building by-laws. That is why municipalities employ building inspectors. Their role is to detect such negligent omissions before they translate into dangers to health and safety. If, as I believe, owner builders are within the ambit of the duty of care owed by the building inspector, it would simply make no sense to proceed on the assumption that every negligent act of an owner builder relieved the municipality of its duty to show reasonable care in approving building plans and inspecting construction.

These considerations suggest that it is only in the narrowest of circumstances that Lord Wilberforce's dictum will find application. By way of example, I think that the negligent owner would be viewed as the sole source of his own loss where he knowingly flouted the applicable building regulations or the directives of the building inspector; see the observations of Stephenson L.J., Donaldson L.J., and Sir David Cairns in *Acrecrest Ltd. v. W. S. Hattrell & Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 17 (C.A.), at pp. 25, 30 and 33, respectively. Again owner builders may totally fail to acquit themselves of responsibilities that properly rest on them; see the decision of the British Columbia Court of Appeal in *McCrea v. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593, where a builder unreasonably

des travaux en temps opportun. Je partage l'avis du juge Cory que cette omission constitue de la négligence, mais je ne partage pas son avis que cette omission doit dégager complètement la municipalité de toute responsabilité. À mon avis, la remarque de lord Wilberforce qu'il n'existe aucune obligation [TRADUCTION] «envers un propriétaire négligent à l'origine de sa propre perte» ne s'applique pas aux faits de l'espèce.

Je ne crois pas que l'affirmation de lord Wilberforce était destinée à viser toutes les omissions d'un constructeur propriétaire ou de ses entrepreneurs de se conformer aux règlements de construction applicables. On peut s'attendre à ce que les entrepreneurs, dans le cours normal des choses, passent outre à certains aspects des règlements de construction. C'est la raison pour laquelle les municipalités embauchent des inspecteurs des bâtiments qui ont pour mission de déceler ces omissions négligentes avant qu'elles posent un danger pour la santé et la sécurité du public. Si, comme je le crois, les constructeurs propriétaires sont visés par l'obligation de diligence à laquelle est tenu l'inspecteur des bâtiments, il serait tout simplement illogique de présumer que tout acte négligent d'un constructeur propriétaire libère la municipalité de son obligation d'agir avec diligence raisonnable dans l'approbation des plans de construction et l'inspection de l'état des travaux.

Ces considérations indiquent que ce n'est que dans des circonstances très bien définies que la remarque de lord Wilberforce s'appliquera. Par exemple, je pense que le propriétaire négligent serait considéré comme le seul responsable de sa perte s'il passait outre sciemment aux règlements de construction applicables ou aux directives de l'inspecteur des bâtiments; voir les remarques du lord juge Stephenson, du lord juge Donaldson et de sir David Cairns dans l'arrêt *Acrecrest Ltd. v. W. S. Hattrell & Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 17 (C.A.), aux pp. 25, 30 et 33 respectivement. Encore une fois, il est possible que les constructeurs propriétaires ne s'acquittent aucunement des responsabilités qui leur échoient à juste titre; voir l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *McCrea v. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593, où un constructeur s'est fié déraisonnable-

relied on the city to take the initiative in inspecting the progress of construction.

The common thread in the examples cited above is that they involve circumstances in which it is reasonable to conclude that an owner builder had, by his actions, excluded himself from the scope of the municipality's duty of care. Sir David Cairns puts the matter well when he observes in *Acrecrest Ltd. v. W. S. Hattrell & Partners (a firm)*, *supra*, at p. 33, that the "local authority's function . . . is not that of restraining a wrongdoer from persisting in his wrongdoing". In my view, however, on the facts of this case it is not open to the city to advance a similar argument and say that the action of the owners was such that they were no longer owed a duty of care. And I say this, even apart from the initial negligence of the appellants to which I shall refer later.

As I noted above, the city issued the building permit on the assumption that an on-site pre-pour inspection would enable it to determine whether the design met applicable standards. The pre-pour inspection is a key part of the inspection process because it permits the inspector to determine if the foundations of a project are up to standard. Lord Wilberforce touches upon this very point in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, at p. 753:

One of the particular matters within the area of local authority supervision is the foundations of buildings — clearly a matter of vital importance, particularly because this part of the building comes to be covered up as building proceeds. Thus any weakness or inadequacy will create a hidden defect which whoever acquires the building has no means of discovering: in legal parlance there is no opportunity for intermediate inspection.

Inasmuch as inadequately inspected foundations will always pose a threat to the health and safety of the public, building by-laws contain measures aimed at preventing the occurrence of such "hidden defects". Thus, the City of Vernon building

ment que la municipalité prendrait l'initiative d'inspecter l'état des travaux.

Les exemples précédents ont ceci de commun qu'ils portent sur des situations dans lesquelles il est raisonnable de conclure qu'un constructeur propriétaire s'est, par ses actes, exclu de la portée de l'obligation de diligence de la municipalité. Sir David Cairns l'explique bien lorsqu'il fait observer, dans l'arrêt *Acrecrest Ltd. v. W. S. Hattrell & Partners (a firm)*, précité, à la p. 33, que le [TRADUCTION] «rôle des autorités locales [...] n'est pas d'empêcher l'auteur d'un méfait de persister dans la même voie». À mon avis cependant, compte tenu des faits de l'espèce, la municipalité ne peut avancer un argument semblable et affirmer que les actes des propriétaires étaient tels qu'elle n'avait plus envers eux aucune obligation de diligence. Et j'affirme cela même en faisant abstraction de la négligence initiale des appelants sur laquelle je reviendrai plus loin.

Comme je l'ai souligné précédemment, la municipalité a délivré le permis de construction en tenant pour acquis qu'une inspection des lieux avant le coulage du béton lui permettrait d'établir la conformité du plan aux normes applicables. L'inspection des lieux avant le coulage du béton est un élément clé du processus d'inspection parce qu'elle permet à l'inspecteur de déterminer si les fondations d'un projet sont conformes aux normes. Lord Wilberforce traite précisément de ce point dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, précité, à la p. 753:

[TRADUCTION] L'un des aspects particuliers qui relève de la surveillance de l'autorité locale concerne les fondations des édifices—une question qui est certainement d'une importance cruciale, particulièrement parce que cette partie de l'édifice finit par être recouverte au cours des travaux. Par conséquent, toute faiblesse ou déficience engendrera un vice caché qu'un futur propriétaire de l'édifice ne pourra d'aucune façon découvrir: en langage juridique, une inspection intermédiaire n'est pas possible.

Parce qu'une inspection inadéquate des fondations constituera toujours une menace à la santé et à la sécurité du public, les règlements de construction municipaux comportent des mesures destinées à prévenir l'existence de ces [TRADUCTION] «vices

by-law sets out definite standards for foundation work and, as my colleague Cory J. points out, Division 700 of the by-law confers on the building inspector a broad spectrum of powers designed to enable him to ensure that these standards are respected. The building inspector is empowered to order the correction of any work which has been improperly done, and similarly may order the cessation of any work that is proceeding in contravention of the by-law. As I will go on to explain, these powers of the inspector to insist on any correction necessary to bring the work up to standard take on a particular importance in this case.

It cannot be disputed that the owners were negligent in failing to give timely notice for the pre-pour inspection. The by-law places this obligation squarely on every property owner. But the fact remains that when the inspector did attend at the site he was confronted with a situation in which it must have been at once clear to him that the retaining wall was potentially substandard. As I have just pointed out, there is no mystery to the fact that uninspected foundations may give rise to hidden defects. This will always be the case, and here two additional facts heightened this possibility. First, it must be remembered that the city had issued the permit on the basis of inadequate plans which themselves afforded no basis for a preliminary evaluation of the soundness of the foundations. In this case, moreover, an assessment of the plans would have revealed that the steel reinforcements and the footings were inadequate. Secondly, there was the telling fact that a crack had already appeared in the wall.

My colleague takes the view that the failure of the owners to give timely notice made it "impossible for the city to fulfill its duty to inspect". In my respectful view, however, it is necessary to take a broader view of the question and not simply focus on the fact that the negligence of the owners made it difficult to conduct one particular inspection. The key question, it seems to me, is whether it is reasonable to conclude that despite the negligence

cachés». Ainsi, le règlement de construction de la municipalité de Vernon établit des normes précises pour les travaux de fondation et, comme le souligne mon collègue le juge Cory, la partie 700 du règlement municipal confère à l'inspecteur des bâtiments un large éventail de pouvoirs destinés à lui permettre de veiller à ce que ces normes soient respectées. L'inspecteur des bâtiments peut ordonner la correction des travaux effectués incorrectement et peut de même ordonner la cessation des travaux non conformes au règlement municipal. Comme je vais l'expliquer, ces pouvoirs de l'inspecteur d'exiger que les correctifs nécessaires soient apportés à l'ouvrage pour le rendre conforme aux normes revêtent une importance particulière en l'espèce.

On ne peut nier que les propriétaires ont été négligents en omettant d'aviser assez tôt pour que l'inspection avant le coulage du béton ait lieu. Le règlement municipal impose carrément cette obligation à tout propriétaire. Mais il n'en demeure pas moins que lorsque l'inspecteur s'est rendu sur les lieux il aurait dû comprendre immédiatement que le mur de soutènement n'était probablement pas conforme aux normes. Comme je viens de le souligner, il est évident que des fondations qui n'ont pas été inspectées peuvent engendrer des vices cachés. Il en sera toujours ainsi et il existe en l'espèce deux autres faits qui rendent cet événement encore plus probable. Premièrement, on doit se rappeler que la municipalité a délivré le permis à partir de plans inadéquats qui ne permettaient absolument pas d'évaluer de façon préliminaire la solidité des fondations. De plus, en l'espèce, l'appréciation des plans aurait révélé que l'armature d'acier et l'empatement étaient inadéquats. Deuxièmement, il y avait le fait révélateur qu'une fissure était déjà apparue dans le mur.

Mon collègue est d'avis que l'omission des propriétaires de donner avis en temps opportun a «empêché [la municipalité] d'exécuter son obligation d'inspecter». J'estime cependant qu'il est nécessaire d'envisager la question dans une perspective plus large et non d'insister simplement sur le fait que la négligence des propriétaires a rendu difficile la tenue d'une inspection particulière. Il me semble que la question clé est de savoir s'il est

of the owners, the inspector was still in a position to acquit himself of the responsibility that the by-law placed on him, i.e., to take reasonable care to ensure that all building was done in accordance with the applicable standards of the by-law. In other words, is it reasonable, in the circumstances to conclude that a due exercise by the inspector of his powers, even though he was summoned late, could have avoided the danger? See the formulation of Lord Bridge of Harwich in *Curran v. Northern Ireland Co-Ownership Housing Association Ltd.*, [1987] A.C. 718, at pp. 727-28.

When the question is framed in this way, I think that the answer must be in the affirmative. The inspector could not and did not rely on the plan submitted to him; it was inadequate. He chose instead to rely solely on the on-site inspection. And when he attended at the site, he was confronted with a situation which, if left unremedied, manifestly stood to pose a threat to the health and safety of the public, including the neighbours and the owner builder. Of course, the cause of the problem would have been evident if the inspector had been asked to come at the proper time. But this does not absolve the inspector of his duties. It must be remembered that the inspector was, at the time, armed with all the powers necessary to remedy the situation. As I see the matter, it was incumbent on the building inspector, in view of the responsibility that rested on him, to order the cessation of the work, and the taking of whatever corrective measures were necessary to enable him to ensure that the structure was up to standard.

Instead, the inspector stipulated that the situation be monitored for a certain time and that construction proceed if no further damage occurred. In my view, this was negligence. When a building inspector authorizes a given project to proceed this must be taken as an indication that the inspector has satisfied himself that the project conforms to applicable standards. On what other basis could the building inspector, acting prudently, authorize construction to proceed? Here, on the

raisonnable de conclure que, malgré la négligence des propriétaires, l'inspecteur était toujours en mesure de s'acquitter de l'obligation que le règlement municipal lui imposait, c'est-à-dire d'agir avec diligence raisonnable pour s'assurer que tous les travaux de construction soient exécutés conformément aux normes applicables du règlement municipal. En d'autres termes, est-il raisonnable, dans les circonstances, de conclure que s'il avait dûment exercé ses pouvoirs, l'inspecteur, bien qu'il ait été appelé tardivement, aurait pu prévenir le danger? Voir la formulation de lord Bridge of Harwich dans l'arrêt *Curran v. Northern Ireland Co-Ownership Housing Association Ltd.*, [1987] A.C. 718, aux pp. 727 et 728.

Lorsque la question est ainsi formulée, je pense que la réponse ne peut qu'être affirmative. L'inspecteur ne pouvait se fier et ne s'est pas fié au plan qui lui a été soumis; ce plan était insuffisant. Il a plutôt choisi de se fier seulement à l'inspection effectuée sur les lieux des travaux. Et lorsqu'il s'est rendu sur place, il a fait face à une situation qui, si elle n'était pas corrigée, risquait manifestement de mettre en danger la santé et la sécurité du public, y compris celles des voisins et du constructeur propriétaire. Il est évident que la cause du problème aurait sauté aux yeux si on avait demandé à l'inspecteur de venir au moment opportun. Mais cela ne libère pas l'inspecteur de ses obligations. Il faut se rappeler que l'inspecteur disposait à ce moment-là de tous les pouvoirs nécessaires pour remédier à la situation. Selon ma perception de l'affaire, il était de son devoir, étant donné la responsabilité qui lui incombait, d'ordonner la cessation des travaux et de prendre les mesures correctives nécessaires pour s'assurer que l'ouvrage soit conforme aux normes.

L'inspecteur a plutôt ordonné qu'on surveille la situation pendant un certain temps et qu'on poursuive les travaux si on ne constatait pas d'autres dommages. À mon avis, cela constitue de la négligence. Lorsqu'un inspecteur des bâtiments autorise la poursuite de travaux donnés, cela doit être considéré comme une indication que l'inspecteur s'est assuré que le projet est conforme aux normes applicables. Sur quoi d'autre un inspecteur des bâtiments qui agit avec prudence peut-il se fonder

facts, I do not see how the building inspector, using reasonable care, could have satisfied himself that this was the case. Even leaving aside the fact that the project was already showing signs of damage, the inspector, never having inspected the structure, simply did not have at his disposal any information on which to base a conclusion that the project was up to standard. Indeed, had the inspector simply turned to the city's records or enquired about the manner in which the structure was built or about the materials used in the construction, he would have discovered from the specifications what he ought to be taken to know in any event, that the structure was deficient in a number of important aspects.

To return, then, to my initial proposition that it would be unreasonable to hold the owners to be the "sole authors of their loss", I see a vital distinction between this case and instances where an owner builder determines to flout the building by-law, or is completely indifferent to the responsibilities that the by-law places on him. In such circumstances, owner builders cannot reasonably allege that any damage they suffer is a result of the failure of the building inspector to take reasonable care to ensure that a given construction project is built in conformity with the by-laws. They have, by their actions, placed themselves outside the scope of the duty owed by the public authority. In effect, their breach of the regulations is such as to justify the conclusion that they can have no reasonable expectation that they are entitled to rely on the due exercise of the inspection power to forestall dangers to their health and safety. In summary, the duty of building inspectors should not be taken to extend to requiring them to ferret out those who are aware or indifferent as to whether work is being done illegally, and who persist in that course of action.

Here, the situation is entirely different. Admittedly, the owners had breached the applicable

pour autoriser la poursuite des travaux de construction? En l'espèce, étant donné les faits, je ne vois pas comment l'inspecteur des bâtiments aurait pu, en faisant preuve de diligence raisonnable, s'assurer de la conformité des travaux aux normes applicables. Même si l'on écarte le fait que le projet montrait déjà des signes de détérioration, l'inspecteur, n'ayant jamais inspecté l'ouvrage, ne disposait tout simplement d'aucun renseignement qui lui aurait permis de conclure que le projet était conforme aux normes. En fait, si l'inspecteur avait simplement consulté les archives de la municipalité ou s'il s'était informé de la façon dont l'ouvrage était construit ou des matériaux utilisés pour le construire, les devis lui auraient permis de découvrir ce qu'il aurait été censé savoir en tout état de cause, c'est-à-dire que l'ouvrage était défectueux sous de nombreux aspects importants.

Pour revenir alors à mon affirmation première qu'il serait déraisonnable de conclure que les propriétaires sont les «seuls responsables de leur perte», je perçois une distinction capitale entre la présente affaire et les cas où un constructeur propriétaire décide de passer outre au règlement de construction municipal ou ne se soucie absolument pas des responsabilités que lui impose le règlement municipal. Dans ces cas, les constructeurs propriétaires ne peuvent raisonnablement prétendre que le préjudice subi découle de l'omission de l'inspecteur des bâtiments d'agir avec diligence raisonnable pour s'assurer qu'un projet de construction donné soit conforme aux règlements municipaux. Par leurs actes, ils se sont exclus de la portée de l'obligation qui incombe à l'autorité publique. En effet, leur violation des règlements permet de conclure qu'ils ne peuvent raisonnablement s'attendre à pouvoir se fier que l'inspecteur exercera dûment son pouvoir d'inspection de manière à prévenir toute menace à leur santé et à leur sécurité. En résumé, il ne faut pas croire que l'obligation des inspecteurs des bâtiments va jusqu'à exiger qu'ils découvrent ceux qui sont conscients que les travaux se font illégalement ou ceux qui sont indifférents qu'il en soit ainsi et ceux qui persistent dans cette voie.

En l'espèce, la situation est tout à fait différente. Certes, les propriétaires n'ont pas respecté les



by-laws. One could indeed characterize the breach as serious, even though they had instructed the contractors to obtain the requisite permits. But the key point, as I view the matter, is that nothing in the nature of the breach would support the view that the owners should not be entitled to rely on the building inspector to acquit themselves of their responsibility to ensure that the project was up to standard. The very by-law contemplated that breaches of the sort committed here would occur. That is the reason the powers of the building inspector extend to allowing him to halt construction, and to order the correction of work improperly done when such breaches come to his attention.

In short, I am unable to share the view of Cory J. that the negligent breach of the by-laws by the owners was such as make them the sole authors of their own loss. To return to the formulation of Lord Bridge, *supra*, I remain of the view that in the circumstances of this case the due exercise by the building inspector of the powers at his disposal would have avoided the danger caused by the negligent behaviour of the owners. In failing to exercise these powers the building inspector was again in breach of his duty to take reasonable care to see that the by-laws were complied with.

But if I cannot agree with my colleague that the responsibility of the building inspector to discover and correct breaches of the building by-law was completely negated by the respondents' oversight, I am of the view that they should bear some responsibility for any loss they incurred because of their failure to summon the inspector in good time. The damage could have been avoided if notice had been given at the proper time. The by-law, I repeat, places responsibility for giving notice to the inspector squarely on the owner. It could not really function without this requirement and, in the case of small projects, we saw, there are additional reasons making on-site inspection critical if the by-law is to function with reasonable flexibility

règlements municipaux applicables. On pourrait en effet qualifier cette violation de grave même si les propriétaires avaient chargé les entrepreneurs d'obtenir les permis requis. Mais selon ma perception de l'affaire, le point essentiel est que rien dans la nature de la violation ne permet de conclure que les propriétaires ne devraient pas pouvoir s'en remettre à l'inspecteur des bâtiments pour ce qui est de s'acquitter de leur obligation de veiller à ce que le projet soit conforme aux normes. Le règlement municipal lui-même prévoyait que des violations du genre de celles commises en l'espèce pourraient se produire. Voilà pourquoi les pouvoirs de l'inspecteur des bâtiments lui permettent d'arrêter les travaux et d'ordonner la correction des travaux effectués incorrectement lorsqu'il s'aperçoit de ces violations.

En résumé, je suis incapable de partager l'avis du juge Cory selon lequel la violation par négligence des règlements municipaux par les propriétaires était telle qu'elle les rendait les seuls responsables de leur propre perte. Pour revenir à la formulation de lord Bridge, précitée, je suis toujours d'avis, compte tenu des circonstances de l'espèce, que s'il avait exercé dûment les pouvoirs dont il disposait, l'inspecteur des bâtiments aurait pu prévenir les dangers causés par la négligence des propriétaires. En n'exerçant pas ces pouvoirs, l'inspecteur des bâtiments a violé de nouveau son obligation d'agir avec diligence raisonnable pour veiller à ce qu'on respecte les règlements municipaux.

Mais bien que je ne puisse partager l'opinion de mon collègue que l'obligation de l'inspecteur des bâtiments de découvrir les violations du règlement de construction et d'y remédier a été complètement éteinte par l'omission des intimés, je suis d'avis que ceux-ci devraient assumer une certaine part de responsabilité pour les pertes qu'ils ont subies en raison de leur omission d'aviser l'inspecteur en temps opportun. Le préjudice aurait pu être évité si un avis avait été donné au bon moment. Le règlement, je le répète, impose carrément au propriétaire l'obligation d'aviser l'inspecteur. Il ne pourrait pas vraiment fonctionner sans cette condition et, comme nous l'avons vu, dans le cas de petits projets, il y a d'autres raisons de faire de

and efficiency. These are not technical matters for which the average person must rely on an experienced contractor. People generally should know that a building permit is required and that inspections cannot be done when the work is covered up. Of course, owners generally rely on a contractor to give notice at the appropriate time, but the responsibility is ultimately the owner's, not the city's. Failure to give timely notice places an unenviable burden on the inspector to decide whether the expensive task of digging up the area should be undertaken. All concrete cracks, and his failure to act, though negligent, may in some measure reasonably be attributed to the negligence of the owner in placing him in that position.

Nonetheless, it is clear that the lion's share of responsibility in the present case lies upon the appellants. I would, therefore, find the appellants (the city and its inspectors) and the respondent owners contributorily negligent and would accordingly apportion liability between them. In my view, a just apportionment would be in the order of 70% for the appellants and 30% for the owners, for which, pursuant to the trial judge's orders, the appellants are jointly and severally liable. As between the owners and the contractors, it must be remembered that the latter had contracted to construct the project and were thus under an obligation to do so with reasonable care and skill. Indeed, not only did they construct the work in an improper manner, it was really their fault, rather than the owners', that the building inspector was not notified at the appropriate time. Accordingly, the owners, pursuant to the trial judge's orders, are entitled to recover jointly and severally against the contractors for all the loss sustained by them. The trial judge also ordered (and the appellants did not dispute this) an apportionment of liability as between the contractors and the appellants of 60%

l'inspection sur place une condition essentielle à l'application raisonnablement souple et efficace du règlement. Ce ne sont pas là des questions techniques au sujet desquelles le citoyen ordinaire doit se fier à un entrepreneur expérimenté. Les gens devraient généralement savoir qu'un permis de construction est nécessaire et qu'il est impossible de procéder à des inspections lorsque les travaux de remblai sont terminés. Il va de soi que les propriétaires se fient généralement à un entrepreneur pour donner avis au moment opportun, mais la responsabilité ultime incombe au propriétaire et non à la municipalité. L'omission de donner avis au moment opportun impose à l'inspecteur l'obligation peu enviable de décider s'il y a lieu de procéder au dégagement coûteux de la surface recouverte. Toute fissure dans le béton et son omission d'agir, quoique par négligence, peuvent dans une certaine mesure être raisonnablement imputées à la négligence dont a fait preuve le propriétaire en le plaçant dans cette situation.

Néanmoins, il est clair que la majeure partie de la responsabilité en l'espèce incombe aux appelants. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les appelants (la municipalité et ses inspecteurs) et les propriétaires intimés se sont rendus coupables de négligence contributive et je suis donc d'avis de partager la responsabilité entre eux. À mon avis, un juste partage de la responsabilité serait de l'ordre de 70 pour 100 à l'égard des appelants et de 30 pour 100 à l'égard des propriétaires, pour lequel, conformément aux ordonnances du juge de première instance, les appelants sont solidairement responsables. En ce qui concerne les propriétaires et les entrepreneurs, il faut se rappeler que ces derniers s'étaient engagés par contrat à réaliser le projet et ils avaient donc l'obligation d'agir avec diligence et compétence raisonnables. En réalité, outre le fait qu'ils n'ont pas effectués les travaux de construction de manière appropriée, c'est réellement leur faute, plutôt que celle des propriétaires, si l'inspecteur des bâtiments n'a pas été avisé au moment opportun. Par conséquent, les propriétaires peuvent exercer un recours collectif contre les entrepreneurs pour toute la perte qu'ils ont subie. Le juge de première instance a également fixé (et les appelants ne contestent pas cela) la part de responsabilité entre les entrepre-

and 40% respectively. These orders were not contested and I have not disturbed them.

### Disposition

Accordingly, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal. The judgments of the trial judge should be varied as follows. In Action 241/81 Vernon, the plaintiffs are held to be contributorily negligent to the extent of 30% and judgment against the appellants is reduced accordingly. In Action 228/82 Kelowna, the defendants, Peter and Voula Manolakos, are held contributorily negligent to the extent of 30% and damages against the appellants are reduced accordingly. In all other respects, the judgments of the trial judge are confirmed.

I would apportion costs between the appellants and respondent owners in this Court and in the Court of Appeal on the basis of 30% to the appellants and 70% to the respondent owners. The owners and the appellants are entitled to recover these costs against the contractors, the former fully, the latter on the basis of the contribution to the liability apportioned between the contractors and the appellants by the trial judge.

The reasons of Lamer and Cory JJ. were delivered by

CORY J. (dissenting in part)—The issue to be resolved on this appeal is what if any duty was owed by the municipal authorities of the City of Vernon to the respondents who were having a retaining wall built on their land.

### Factual Background

The respondents, Peter and Voula Manolakos owned a house situated on a steeply sloping lot in the municipality of Vernon. Before they could have and enjoy a backyard, a retaining wall had to be built. They entered into a contract with Ralph Gohmann to build one, to erect a fence on top of it and to do some landscaping. Mr. Gohmann in turn

neurs et les appelants à 60 pour 100 et à 40 pour 100 respectivement. Ces ordonnances n'ayant pas été contestées, je me suis abstenu d'y toucher.

### Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel. Les décisions du juge de première instance devraient être modifiées ainsi. Dans l'action 241/81 Vernon, les demandeurs sont déclarés coupables de négligence contributoire jusqu'à concurrence de 30 pour 100 et le jugement rendu contre les appelants est réduit en conséquence. Dans l'action 228/82 Kelowna, les défendeurs Peter et Voula Manolakos sont déclarés coupables de négligence contributoire jusqu'à concurrence de 30 pour 100 et les dommages-intérêts que les appelants ont été condamnés à verser sont réduits en conséquence. Les décisions du juge de première instance sont confirmées à tous les autres égards.

Je suis d'avis de répartir les dépens entre les appelants et les propriétaires intimés en notre Cour et en Cour d'appel dans une proportion de 30 pour 100 pour les appelants et de 70 pour 100 pour les propriétaires intimés. Les propriétaires et les appelants ont le droit d'obtenir des entrepreneurs le remboursement de ces dépens, savoir un remboursement intégral dans le premier cas et, dans le deuxième cas, un remboursement selon les parts de responsabilité que le juge de première instance a réparties entre les entrepreneurs et les appelants.

Version française des motifs des juges Lamer et Cory rendus par

LE JUGE CORY (dissident en partie)—Il s'agit en l'espèce de déterminer quelle était, le cas échéant, l'obligation de la municipalité de Vernon envers les intimés qui faisaient construire un mur de soutènement sur leur terrain.

### Les faits

Les intimés, Peter et Voula Manolakos, sont propriétaires d'une maison située sur un lot en pente raide dans la municipalité de Vernon. Avant de pouvoir disposer d'une arrière-cour et d'en profiter, ils devaient faire construire un mur de soutènement. Les intimés ont conclu un contrat avec Ralph Gohmann pour la construction d'un mur,

subcontracted with Barry Barber for the construction of the retaining wall. Mr. Barber prepared a brief written proposal together with a rough sketch of the wall which was to be 74 feet long, 8 feet high and 8 inches wide. Although neither Mr. Gohmann nor Mr. Barber were engineers they professed to having considerable experience in construction work of this type.

The respondents, in their desire to avoid any problems with the wall, telephoned the City of Vernon to make enquiries about a building permit. In response to the call, William Morris-Reade, a city building inspector, visited the site on May 26, 1980. By that time the excavation had been completed and the footing forms were already in place. Mr. Morris-Reade did not conduct an inspection but he advised the respondents that a building permit was required. Later that afternoon Messrs. Gohmann and Barber attended the building department offices to apply for the permit. They met with William Phillips, a professional engineer and the city's Chief Building Inspector.

Mr. Phillips was presented with the rough sketch of the wall and the proposal Mr. Barber had drafted. Mr. Phillips carefully enquired of the contractor and subcontractor about their experience with building retaining walls and he was assured by them that they had been involved in a number of similar projects. Based upon their experience and the relatively low cost (\$5,000) of the wall, Mr. Phillips exercised the discretion which he possessed under the city by-law and decided that he would not insist upon a professional engineer's plan for the wall. He concluded that detailed specifications would be unnecessary because the adequacy of the wall's foundation, siting, reinforcing and drainage could be evaluated during the on-site inspections which were specifically required by the city's by-law. He therefore

l'installation d'une clôture sur ce mur et l'exécution de travaux d'aménagement paysager. Monsieur Gohmann a à son tour conclu un contrat de sous-traitance avec Barry Barber pour la construction du mur de soutènement. Monsieur Barber a présenté une brève proposition par écrit ainsi qu'un croquis rudimentaire du mur qui devait avoir 74 pieds de long, 8 pieds de haut et 8 pouces de large. Bien que ni M. Gohmann ni M. Barber n'aient été des ingénieurs, ils ont soutenu qu'ils possédaient une expérience considérable dans la construction de ce genre d'ouvrage.

Pour éviter d'avoir des problèmes avec le mur, les intimés ont communiqué par téléphone avec la municipalité de Vernon pour obtenir des renseignements au sujet d'un permis de construction. En réponse à leur appel, William Morris-Reade, un inspecteur municipal des bâtiments, a visité le site le 26 mai 1980. À cette date, les travaux d'excavation étaient terminés et les coffrages de l'empatement étaient déjà en place. Monsieur Morris-Reade n'a pas effectué d'inspection mais il a avisé les intimés qu'un permis de construction était nécessaire. Plus tard dans l'après-midi, MM. Gohmann et Barber se sont présentés aux bureaux du service du bâtiment pour obtenir un permis. Ils ont rencontré William Phillips, ingénieur et inspecteur en chef des bâtiments.

On a remis à M. Phillips un croquis rudimentaire du mur et la proposition rédigée par M. Barber. Monsieur Phillips s'est soigneusement renseigné auprès de l'entrepreneur et du sous-traitant au sujet de leur expérience dans la construction de murs de soutènement et ceux-ci l'ont assuré qu'ils avaient participé à de nombreux projets semblables. Compte tenu de leur expérience et du coût relativement peu élevé du mur (5 000 \$), M. Phillips a exercé le pouvoir discrétionnaire que le règlement municipal lui confère et a décidé de ne pas exiger qu'un plan du mur soit préparé par un ingénieur. Il a conclu qu'il ne serait pas nécessaire d'obtenir de détails précis parce que la conformité aux normes des fondations du mur, de son emplacement, de son renforcement et du drainage pourrait être examinée lorsque les inspections expressément requises par le règlement municipal seraient effectuées sur place. Il a donc donné les directives

gave instructions to issue the building permit for the retaining wall.

The City of Vernon's building by-law (like most such by-laws) places an obligation upon the owner to inform the city when a building has reached certain stages of completion in order that inspections can be carried out by the city's building inspectors. The concrete had been poured and backfilling had been commenced without any notification to the city. As a result, it was impossible for the city inspector to carry out the requisite inspection which, if reasonably performed, would have revealed the flaws in design and construction.

On June 12, 1980, Mr. Manolakos called Mr. Morris-Reade, the city building inspector, to advise him that a crack had appeared in the wall. The inspector went to check the wall but found that a large part of the backfilling had already been done. He was able to see a crack but was unable to evaluate the wall's foundations, siting, reinforcing or drainage, for the obvious reason that everything had been covered over.

Mr. Morris-Reade in turn told Mr. Phillips about the crack and he visited the site himself on June 16 and 19. He suggested to Messrs. Gohmann and Barber that they monitor the situation carefully to see if there was any movement of the wall and that they check the drainage from the house. The contractor found no further movement during the next 20 days. He then finished the backfilling, landscaping and sodding and put up a fence on the wall.

On February 19 the respondents found that the retaining wall was moving. Mr. Manolakos called the general contractor to have the wall stabilized and, as well, notified the city of the problem. The police arrived and took immediate steps to protect the lives and property of others by barricading and securing the area. The respondents were ordered to remove the wall. Fortunately, any physical danger to the neighbours living below the wall was averted, although they did sustain some damage to their property. Mr. Manolakos retained a professional engineer who found that the reinforcing for the

pour qu'un permis de construction soit délivré pour le mur de soutènement.

Le règlement de construction de la municipalité de Vernon (comme la plupart des règlements de ce genre) oblige le propriétaire à aviser la ville lorsque certaines étapes de la construction sont terminées afin que les inspecteurs municipaux des bâtiments puissent procéder à des inspections. On avait coulé le béton et commencé les travaux de remblai sans en aviser la ville. Par conséquent, l'inspecteur municipal n'a pu procéder à l'inspection requise qui, si elle avait été raisonnablement bien faite, aurait révélé les vices de conception et de construction.

Le 12 juin 1980, M. Manolakos a appelé M. Morris-Reade, l'inspecteur municipal des bâtiments, pour l'aviser qu'il y avait une fissure dans le mur. L'inspecteur s'est rendu sur les lieux pour vérifier le mur mais a constaté qu'une bonne partie des travaux de remblai avait déjà été effectuée. Il a pu apercevoir une fissure mais il a été incapable d'évaluer la qualité des fondations du mur, de son emplacement, de son renforcement et du drainage pour la bonne raison que tout avait été recouvert.

Monsieur Morris-Reade a à son tour avisé M. Phillips de la fissure et celui-ci s'est lui-même rendu sur les lieux les 16 et 19 juin. Il a suggéré à MM. Gohmann et Barber de surveiller la situation attentivement pour voir si le mur bougerait et de vérifier le drainage à partir de la maison. L'entrepreneur n'a constaté aucun autre mouvement au cours des 20 jours suivants. Il a donc terminé les travaux de remblai, d'aménagement paysager et de gazonnage et il a installé une clôture sur le mur.

Le 19 février, les intimés ont constaté que le mur de soutènement bougeait. Monsieur Manolakos a appelé l'entrepreneur général pour qu'il stabilise le mur et il a également avisé la ville du problème. Les policiers sont arrivés sur les lieux et ont immédiatement pris des mesures pour protéger la vie et la propriété d'autrui en érigeant une barrière pour délimiter la zone. On a ordonné aux intimés d'enlever le mur. Heureusement, on a pu écarter tout danger physique pour les voisins qui habitaient en bas du mur bien que leurs propriétés aient subi des dommages. Monsieur Manolakos a

wall had been inadequate. Mr. Phillips inspected the site and came to a similar conclusion. He testified that if an on-site inspection had been conducted when it should have been, before the concrete was poured, the project would not have been allowed to continue.

The respondents brought an action against the contractor, the subcontractor, the city inspectors and the city. The neighbouring owners, Mr. Rothfield and Mr. Burtch, brought an action against the respondents who in turn took third party proceedings against the parties they had sued.

#### Decisions of the Courts Below

The trial judge found that the subcontractor's original proposal and rudimentary sketch was an inadequate basis for issuing a building permit and that the city, through its building inspectors, was negligent in issuing one. In both the actions (one brought by the Manolakoses and one by their neighbours) he attributed 60% of the fault to the contractor and subcontractor, and 40% to the city and its inspectors. He ordered the defendants to pay \$12,416.68 in damages to the Manolakoses and \$2,600 to the neighbouring owners.

Although divided on other issues, the Court of Appeal was unanimous in deciding that the inspector Mr. Morris-Read could not be held liable. That finding was not challenged before this Court. The majority of the Court of Appeal agreed with the trial judge that Chief Building Inspector Phillips and the city were liable. This conclusion was based upon findings that Mr. Phillips had been negligent in two respects: firstly, in failing to warn the respondents that the original proposal was inadequate; and secondly, in failing to conduct an on-site inspection. The majority went so far as to conclude that the city had assumed the burden of conducting a pre-pour on-site inspection and thereby relieved the respondents of their obligation of

retenu les services d'un ingénieur qui a conclu que le renforcement du mur n'avait pas été fait correctement. Monsieur Phillips a inspecté les lieux et tiré une conclusion semblable. Il a témoigné que si une inspection des lieux avait été effectuée au moment opportun, avant que le béton soit coulé, on aurait mis fin au projet.

Les intimés ont intenté une action contre l'entrepreneur, le sous-traitant, les inspecteurs municipaux et la municipalité. Les propriétaires voisins, MM. Rothfield et Burtch, ont intenté une action contre les intimés qui à leur tour ont mis en cause les parties contre lesquelles ils avaient intenté une action.

#### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge de première instance a conclu que la proposition initiale et le croquis rudimentaire du sous-traitant étaient insuffisants pour justifier la délivrance d'un permis de construction et que la municipalité, par l'intermédiaire de ses inspecteurs des bâtiments, avait été négligente en délivrant un permis. Dans les deux actions (celle intentée par les Manolakos et celle intentée par leurs voisins), il a fixé à 60 pour 100 la part de responsabilité de l'entrepreneur et du sous-traitant et à 40 pour 100 celle de la municipalité et de ses inspecteurs. Il a ordonné aux défendeurs de payer 12 416,68 \$ de dommages-intérêts aux Manolakos et 2 600 \$ aux propriétaires voisins.

Bien que la Cour d'appel ait été partagée sur d'autres questions, c'est à l'unanimité qu'elle a conclu que l'inspecteur M. Morris-Read ne pouvait pas être tenu responsable. Cette conclusion n'a pas été contestée devant notre Cour. La Cour d'appel, à la majorité, était d'accord avec le juge de première instance pour dire que l'inspecteur en chef des bâtiments, M. Phillips, et la municipalité étaient responsables. Cette décision repose sur la conclusion que M. Phillips avait été négligent à deux égards: premièrement, en omettant d'aviser les intimés que la proposition initiale était inadéquate, et deuxièmement, en omettant d'inspecter les lieux. Les juges formant la majorité sont même allés jusqu'à dire que la municipalité s'était chargée de procéder à une inspection sur place avant que le béton soit coulé, ce qui dégageait les intimés

notification as to when such an inspection could be conducted.

Lambert J.A., in dissent, found that while the Chief Building Inspector may have been careless in granting the building permit, it was not reasonable for the respondent owners to rely upon the municipality to guarantee the adequacy of their own proposed design for the wall. He determined that the owners had not discharged their obligation to inform the city as to when inspections could be carried out. He thought this obligation was of fundamental importance as it would be impossible for the city to keep track of all the projects carried out within its limits in order to know when to inspect. He found that there was a significant difference in the owners' attempt to rely on the city to ensure the adequacy of their wall and that of the neighbouring land owners. The neighbours who, unlike the owners, had no control over the design or construction of the wall could reasonably assume the city's by-law would be complied with and that the city would ensure that there was such compliance. In his view, it was reasonable and appropriate for the neighbouring owners to rely upon the Chief Building Inspector to ensure that the designs submitted were adequate.

#### The Applicable Legislation and By-law

Division (5) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, as amended, provided for the promulgation and implementation of building regulations by City Councils in British Columbia. In particular, s. 734 reads:

734. The council may, for the health, safety and protection of persons and property, and subject to this Act, the *Health Act* and the *Fire Services Act* and their regulations, by bylaw

- (f) prescribe conditions generally governing the issue and validity of permits, inspection of works, buildings and structures, and provide for the levying and collecting of fees and inspection charges;

de leur obligation d'aviser la municipalité du moment où cette inspection pourrait avoir lieu.

Le juge Lambert, dissident, a conclu que bien que l'inspecteur en chef des bâtiments ait pu être négligent en accordant le permis de construction, les propriétaires intimés ne pouvaient raisonnablement se fier sur la ville pour garantir la conformité aux normes de leur propre plan du mur. Il a décidé que les propriétaires ne s'étaient pas acquittés de leur obligation d'aviser la municipalité du moment où les inspections pourraient être effectuées. Il a jugé que cette obligation était fondamentale parce qu'il était impossible que la municipalité suive tous les projets exécutés à l'intérieur de ses limites en vue de déterminer le moment des inspections. Il a conclu qu'il y avait une différence importante entre la tentative des propriétaires de se fier sur la ville pour garantir la conformité aux normes de leur mur et la situation des propriétaires de bien-fonds voisins. Les voisins qui, contrairement aux propriétaires, n'avaient aucun droit de regard sur la conception ou la construction du mur pouvaient raisonnablement présumer que le règlement municipal serait respecté et que la ville s'assurerait de son respect. À son avis, il convenait raisonnablement que les propriétaires voisins se fient sur l'inspecteur en chef des bâtiments pour garantir que les plans présentés étaient adéquats.

#### La loi et le règlement applicables

La section (5) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 290 et ses modifications, porte sur l'adoption et l'application des règlements de construction par les conseils municipaux de la Colombie-Britannique. L'article 734 prévoit en particulier:

[TRADUCTION] 734. Sous réserve de la présente loi, de la *Health Act* et de la *Fire Services Act* et de leurs règlements d'application, le conseil peut, pour la santé, la sécurité et la protection des personnes et des biens, par règlement municipal,

- f) fixer les conditions générales régissant la délivrance et la validité des permis et l'inspection des travaux, des bâtiments et des ouvrages, et prévoir un mode d'imposition et de perception de droits et de frais d'inspection;

Section 740 of Division (5) and the regulations thereunder provide that the British Columbia Plumbing Code and certain parts of the National Building Code of Canada apply to cities in British Columbia, including the City of Vernon. In order to fulfill its responsibilities under the Plumbing Code and Building Code, and pursuant to s. 734 of the *Municipal Act*, the city passed By-law Number 2450 in 1976. The by-law states its purpose in these words:

**101. Purpose:**

To provide for the administration and enforcement of the Plumbing and Building Code and to provide regulations for the erection, construction, maintenance, moving and safety of buildings with the corporate limits of The City of Vernon, but are not related to land quality.

Division 300 specifies the scope of the by-law's application:

This Bylaw shall apply:

**300.** To the erection, construction, maintenance, moving, demolition and safety of all buildings subject to the limitations set out in the Building Code.

The by-law applied to the Manolakoses' retaining wall because of the definition of the term "building":

"**Building**":

Shall mean a structure located on the ground which is designed, erected or intended for the support, enclosure or protection of persons or property.

Division 600 sets out the duties of the building inspector:

**600.** The Building Inspector, under the supervision and direction of the *Director of Community Development* shall:

- (i) Administer this Bylaw;
- (ii) Keep records of all applications received, permits and orders issued, inspections and tests made, and shall retain copies of all papers and documents connected with the administration of his duties;
- (iii) Establish whether any method or type of construction or materials used in the construction of any building conforms with the requirements and provisions of this Bylaw.

L'article 740 de la section (5) et son règlement d'application prévoient que le Plumbing Code de la Colombie-Britannique et certaines parties du Code national du bâtiment du Canada s'appliquent aux villes de la Colombie-Britannique, y compris celle de Vernon. Pour s'acquitter de ses obligations en vertu du Plumbing Code et du Building Code, et en application de l'art. 734 de la *Municipal Act*, la ville a adopté le règlement 2450 en 1976. L'objet du règlement est formulé en ces termes:

[TRADUCTION] **101. Objet:**

Le présent règlement porte sur l'administration et l'application du Plumbing and Building Code et porte sur la construction, l'entretien, le déménagement et la sécurité des bâtiments situés à l'intérieur des limites de la municipalité de Vernon, mais non sur la qualité du sol.

La section 300 précise la portée du règlement:

[TRADUCTION] Le présent règlement s'applique:

**300.** À la construction, à l'entretien, au déménagement, à la démolition et à la sécurité de tous les bâtiments, sous réserve des restrictions apportées par le Building Code.

Le mur de soutènement des Manolakos était visé par le règlement en raison de la définition du terme [TRADUCTION] «bâtiment»:

[TRADUCTION] «Bâtiment»:

Désigne un ouvrage situé sur le sol qui est conçu, construit ou prévu pour supporter, abriter ou protéger les personnes ou les biens.

La section 600 énonce les obligations de l'inspecteur des bâtiments:

[TRADUCTION]

**600.** Sous la surveillance du *directeur du développement communautaire*, l'inspecteur des bâtiments doit:

- (i) appliquer le présent règlement;
- (ii) consigner toutes les demandes reçues, les permis et les ordonnances délivrés, les inspections et tests effectués, et conserver copie de toutes les pièces et documents reliés à l'exercice de ses fonctions;
- (iii) déterminer si les méthodes ou types de construction ou les matériaux utilisés dans la construction de tout bâtiment sont conformes aux exigences et aux dispositions du présent règlement.



Division 700 specifies the powers that are granted to inspectors in order to fulfill these duties, including the powers to enter premises at any reasonable time, to revoke or refuse to issue a permit in situations where the construction method is not satisfactory in the opinion of the inspector, to order the correction of work improperly done and to order the cessation of work proceeding in contravention of the by-law.

Two other divisions of the by-law are of particular relevance to this appeal: Division 800 which deals with building permits and Division 1000 which deals with the duties of the owner.

Subsection 800(4) indicates that there is discretion which rests with the Chief Building Inspector to decide whether a proposed project requires that engineering plans should be submitted as a condition to the granting of a building permit:

**800. . . .**

- (4) Notwithstanding any other provision of this bylaw, whenever, in the opinion of the authority having jurisdiction, the proposed work requires specialized technical knowledge, it may be required as a condition of the issuance of any permit, that all drawings, specifications and plot plans, or any part thereof, be prepared and signed by, and the construction carried out under the supervision of, an architect or professional engineer.

Section 1001 makes it clear that the owner, (which by definition includes the contractor and subcontractor) is responsible for giving at least 24 hours notice and having pre-pour and pre-backfill inspections carried out:

**1001. Every owner of property shall:**

- (e) Give at least twenty-four (24) hours notice to the authority having jurisdiction and obtain his inspection and approval of the work:
- (i) after the forms for footings and foundations are complete, but prior to placing any concrete therein;

La section 700 énonce les pouvoirs conférés aux inspecteurs en vue d'exercer ces fonctions, y compris les pouvoirs d'entrer sur les lieux à toute heure raisonnable, de révoquer ou de refuser de délivrer un permis dans les cas où l'inspecteur juge que la méthode de construction n'est pas satisfaisante, d'ordonner la correction des travaux qui n'ont pas été effectués correctement et d'ordonner la cessation des travaux effectués contrairement au règlement.

Deux autres sections du règlement sont particulièrement pertinents dans ce pourvoi: la section 800 qui porte sur les permis de construction et la section 1000 qui porte sur les obligations du propriétaire.

Le paragraphe 800(4) prévoit que l'inspecteur en chef des bâtiments a le pouvoir discrétionnaire de décider si un projet nécessite la production de plans d'ingénieur pour qu'il y ait délivrance d'un permis de construction:

[TRADUCTION] **800. . . .**

- (4) Par dérogation à toute autre disposition du présent règlement, si l'autorité compétente est d'avis que les travaux projetés exigent des connaissances techniques spécialisées, elle peut exiger comme condition de la délivrance d'un permis que les plans, devis descriptifs et levés de terrain, ou toute partie de ceux-ci, soient préparés et signés par un architecte ou un ingénieur et que la construction s'effectue sous la surveillance de l'un d'eux.

L'article 1001 établit clairement que le propriétaire (qui par définition comprend l'entrepreneur et le sous-traitant) est tenu de donner un préavis d'au moins 24 heures et de veiller à ce que des inspections aient lieu avant que le béton soit coulé et que les travaux de remblai soient exécutés:

[TRADUCTION]

**1001. Le propriétaire d'un bien-fonds doit:**

- e) donner un préavis d'au moins vingt-quatre (24) heures à l'autorité compétente pour qu'elle inspecte et approuve les travaux:
- (i) après que les coffrages de l'empatement et des fondations ont été mis en place, mais avant que le béton y soit coulé;

- (ii) after removal of formwork from a concrete foundation and installation of perimeter drain tiles and damp-roofing but prior to backfilling against foundation;

Under the terms of subs. 1000(1), the granting of a permit does not relieve the owner "from full responsibility for carrying out the work or having the work carried out in accordance with the requirements of this bylaw or the Building Code."

Was a Duty of Care Owed by the Municipality to the Respondents?

The duty of care which may be owed by a municipality to its residents was reviewed by this Court in the *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. In that case Wilson J., writing on behalf of the majority, adopted the criteria for determining this question which was set forth by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. She restated in the following way the two questions which must be asked in order to determine whether a private law duty of care exists (at pp. 10-11):

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the local authority and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

I recognize that some critical comments have been made with regards to the *Anns* case. See, for instance, *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.A.); and *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.) Nevertheless, the approach set forward in the *Anns* case which has been confirmed and approved by this Court in the *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*, is sound. It can be applied effectively and should be applied in

- (ii) après le retrait des coffrages des fondations en béton et l'installation de tuyaux de drainage périphériques et d'un revêtement d'étanchéité, mais avant que les travaux de remblai soient exécutés contre les fondations;

En vertu du par. 1000(1), le fait d'accorder un permis ne dégage pas le propriétaire [TRADUCTION] «de l'entière responsabilité d'exécuter les travaux ou de veiller à ce qu'ils soient exécutés conformément aux exigences du présent règlement ou du Building Code».

La municipalité avait-elle une obligation de diligence envers les intimés?

Notre Cour a examiné l'obligation de diligence qu'une municipalité peut avoir envers ses résidents dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans cet arrêt, le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a retenu les critères établis par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, pour répondre à cette question. Elle a reformulé de la façon suivante les deux questions qu'il faut poser pour déterminer s'il existe une obligation de diligence qui relève du droit privé (aux pp. 10 et 11):

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties (les autorités locales et la personne qui a subi les dommages) pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

J'admets que des critiques ont été formulées au sujet de l'arrêt *Anns*. Voir, par exemple, les arrêts *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] A.C. 210 (H.L.), *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.A.), et *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (C.P.) Malgré tout, l'interprétation formulée dans l'arrêt *Anns* que notre Cour a confirmée et approuvée dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précité, est bien-fondée. Elle peut être appliquée utilement et devrait l'être dans tous les cas où on

any case where negligence or misconduct has been alleged against a government agency. According to the criteria set forth in the *Kamloops* case, the proximity or neighbourhood test familiar to all since *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, may well establish a *prima facie* duty of care on the part of a public authority. Nevertheless, the statutory provisions pursuant to which the public authority must act may well restrict the scope of that duty or enact specific conditions for its exercise. I would note that to say a statute restricts the scope of the duty of a government agency may mean that the standard of care owed by a government agency is reduced by the provisions of the statute which authorizes that agency to act.

The two criteria as set forward in *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*, separate the two sets of conditions for imposing liability on a public authority; first, the finding of a close relationship between the authority and the claimant and second, defining the scope of the duty or standard of care owed by the authority to the claimant and defining the class of persons to whom that duty is owed. In that case, it was recognized and emphasized that the extent to which any duty is owed by a public authority is dependent upon the statute under which it operates. There a municipal by-law similar to the one enacted by the City of Vernon was reviewed. It was noted that there existed a duty on the building inspector to enforce the provisions of the by-law. At the same time, it was expressly observed that there was a duty imposed upon the owner to advise the building inspector when various stages of construction had been reached in order that appropriate inspections could be carried out by the municipality. Thus it was recognized that the extent of the duty owed by a public authority will be dependent upon and may be limited by the statute under which the public authority acts.

Let us turn now to the application of the *Anns* test as set forth by Wilson J. in the *Kamloops* case. It will be recalled that the first criterion is as follows:

allègue qu'un mandataire du gouvernement a fait preuve de négligence ou d'inconduite. Suivant les critères formulés dans l'affaire *Kamloops*, le critère du lien étroit ou des relations étroites, connu de tous depuis l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, peut fort bien imposer à l'autorité publique une obligation de diligence à première vue. Cependant, les dispositions législatives en vertu desquelles l'autorité publique doit agir peuvent fort bien restreindre la portée de cette obligation ou établir les conditions spécifiques de son exécution. Je tiens à préciser qu'affirmer qu'une loi restreint la portée de l'obligation d'un mandataire du gouvernement peut signifier que la norme de diligence imposée au mandataire du gouvernement est réduite par les dispositions de la loi qui lui permettent d'agir.

Les deux critères formulés dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précité, établissent une distinction entre les deux séries de conditions applicables pour conclure à la responsabilité d'une autorité publique; premièrement, il faut conclure à l'existence de relations étroites entre l'autorité et la partie lésée et, deuxièmement, il faut définir la portée de l'obligation ou de la norme de diligence que l'autorité doit exercer envers la partie lésée et définir la catégorie de personnes qui bénéficie de cette obligation. Dans cet arrêt, on a reconnu et souligné que la portée de toute obligation d'une autorité publique dépend de la loi qui la régit. Dans cet arrêt, la Cour devait examiner un règlement municipal semblable à celui que la municipalité de Vernon a adopté. On a souligné que l'inspecteur des bâtiments était responsable de l'application des dispositions du règlement. En même temps, on a souligné expressément que le propriétaire avait l'obligation d'aviser l'inspecteur des bâtiments de la fin de certaines étapes de la construction pour que la municipalité puisse effectuer les inspections appropriées. On a donc reconnu que la portée de l'obligation de l'autorité publique est fonction de la loi qui la régit et peut être restreinte par celle-ci.

Examinons maintenant comment s'applique le critère de l'arrêt *Anns* formulé par le juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops*. On se rappelle que le premier critère est le suivant:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the local authority and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person?

It was held by this Court in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 238, that "proximity" requires a "special relationship" which "would arise in circumstances where the defendant, being so placed that others would reasonably rely on his judgment or skill, knows that the plaintiff will rely on his statements." (See also *Sutherland Shire Council v. Heyman*, *supra*, per Brennan J. and *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, *supra*.) If this were a case in which William Phillips, as a professional engineer in private practice was consulted by the respondents as homeowners seeking advice respecting a small construction project, then the relationship between Mr. Phillips and the respondents would seem to be indistinguishable from that relationship which is described in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) In those circumstances the respondents might well have been in a position to rely on Mr. Phillips' judgment or skill provided he would have reason to know that the respondents would act on his advice. In such a situation the special relationship or proximity would be clearly established.

However, Mr. Phillips was not acting in a private capacity but as an official of the appellant municipality. Nonetheless there was still such a close relationship that in the reasonable contemplation of Mr. Phillips, carelessness on his part might cause damage to the Manolakoses. It is necessary therefore to consider the second criterion for establishing liability, which is in this form:

- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

In applying this criterion it can be seen that there are considerations which, in this case, "negative or limit" (a) the scope of the duty, and (b) the

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties (les autorités locales et la personne qui a subi les dommages) pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause?

Notre Cour a conclu dans l'arrêt *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, à la p. 238, que le «lien étroit» exige un «lien particulier» qui existe «lorsque la défenderesse, étant dans une situation telle que les autres auront raisonnablement confiance en son jugement ou en son habileté, sait que la demanderesse se fierà à ses déclarations.» (Voir également les arrêts *Sutherland Shire Council v. Heyman*, précité, le juge Brennan, et *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, précité.) S'il s'agissait d'un cas où les intimés, en tant que propriétaires, avaient consulté William Phillips, en tant qu'ingénieur de pratique privée, au sujet d'un petit projet de construction, il semblerait alors qu'on ne pourrait distinguer les relations entre M. Phillips et les intimés de celles décrites dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) Dans ces circonstances, les intimés auraient fort bien pu se fier au jugement ou à l'habileté de M. Phillips pourvu qu'il ait eu de bonnes raisons de croire que les intimés tiendraient compte de son avis. Dans une telle situation, l'existence d'un lien particulier ou étroit serait clairement établie.

Cependant, M. Phillips n'agissait pas en son nom personnel mais à titre de représentant de la municipalité appelante. Quoi qu'il en soit, les relations étaient encore suffisamment étroites pour que la négligence de la part de M. Phillips pût raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice aux Manolakos. Il est donc nécessaire d'examiner le deuxième critère pour conclure à la responsabilité, lequel prévoit:

- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

On peut constater, en appliquant ce critère, qu'il y a en l'espèce des motifs «de restreindre ou de rejeter» a) la portée de l'obligation et b) les person-

persons to whom it is owed. It must be remembered that Mr. Phillips, although a professional engineer, was a senior employee fulfilling certain specific duties on behalf of the city. He was neither dispensing advice to the respondents nor was he guaranteeing that the respondents' home improvement project (the retaining wall) would be a success. The respondents had hired a contractor to take care of their interests in this regard. Further, the granting of a building permit did not and could not relieve the respondent owners of their responsibility to have the work on the retaining wall carried out in accordance with the city's by-laws. Nor did Mr. Phillips' willingness to allow this relatively small and inexpensive project to proceed without requiring the respondents to incur the cost of obtaining drawings completed by a professional engineer relieve the respondents of that responsibility.

By means of its by-law, the city had put into place a system of inspections designed to ensure that at the crucial stages in the project and before the next step in construction was undertaken which would conceal earlier errors, the progress of the work could be reviewed. As noted earlier, it is impossible for a municipality to constantly monitor all the building projects proceeding within its limits at any given time. It is properly incumbent upon owners to inform the city when the time for inspection has arrived. Where the owner has given timely notice, the city must reasonably and properly inspect the work in progress. That is the obligation which the municipality imposed upon itself pursuant to its by-law. The concomitant responsibility cast upon the owners was to advise the city as to when the inspection could be made. Since neither the Manolakoses nor their contractors gave the requisite timely notice to the city as to when the critical inspections could be made, they were in breach of their obligation to the city and their failure to give notice rendered it impossible for the city to fulfill its duty to inspect. As a result of their failure to notify the city, the Manolakoses absolved the municipality from any liability and

nes qui en bénéficient. Il faut se rappeler que M. Phillips, même s'il était ingénieur, était un employé de rang supérieur qui exerçait certaines fonctions précises au nom de la municipalité. Il n'avait pas à donner de conseils aux intimés ni à garantir que le projet d'amélioration de leur propriété (le mur de soutènement) serait bien construit. Les intimés avaient retenu les services d'un entrepreneur qui devait veiller à leurs intérêts à cet égard. En outre, la délivrance d'un permis de construction n'a pas eu et ne pouvait avoir pour effet de dégager les propriétaires intimés de leur obligation de veiller à ce que la construction du mur de soutènement soit faite en conformité avec les règlements municipaux. La volonté de M. Phillips d'autoriser la réalisation de ce projet relativement petit et peu coûteux sans exiger que les intimés assument les coûts d'obtention de plans complétés par un ingénieur n'a pas non plus eu pour effet de dégager les intimés de cette obligation.

Par son règlement, la municipalité a mis en place un système d'inspection conçu pour assurer qu'aux étapes critiques du projet, et avant qu'une nouvelle étape de la construction soit entreprise et que les erreurs antérieures soient dissimulées, l'état des travaux puisse faire l'objet d'un examen. Comme je l'ai déjà souligné, il est impossible qu'une municipalité surveille constamment tous les projets de construction qui se déroulent dans les limites de son territoire à un moment donné. Il revient à bon droit aux propriétaires d'aviser la municipalité qu'il est temps de procéder à l'inspection. Lorsque le propriétaire donne l'avis au moment opportun, la municipalité doit vérifier l'état des travaux de façon raisonnable et convenable. C'est là l'obligation que la municipalité s'est imposée à elle-même en vertu de son règlement. L'obligation concomitante imposée aux propriétaires était d'aviser la municipalité du moment où l'inspection pourrait être effectuée. Puisque ni les Manolakos ni leurs entrepreneurs n'ont donné à temps le préavis requis quant au moment où les inspections cruciales pourraient être effectuées, ils ont violé leur obligation envers la municipalité et leur omission d'aviser cette dernière l'a empêchée de remplir son obligation d'inspecter. En omettant d'aviser la municipalité, les Manolakos l'ont déga-

their claim must be dismissed on that ground alone.

There may be cases in which the city would be liable to a negligent building owner. For example, if the city received due notice of inspection but negligently carried out the inspection and as a result missed a fatal flaw in the construction, the city could be held liable. Nevertheless, where a by-law places upon a building owner a duty to inform the city when an inspection should be conducted and where the inspection would have revealed the very problem that ultimately manifests itself, then the owner's negligent failure to inform the city precludes the owner from recovering against the municipality. Such owners are the source of their own loss. The owners not the municipality must be responsible for and bear any losses occasioned to the owners as a result of the failure to comply with the building by-laws due to a failure to give timely notice to the municipality to inspect the work in progress.

Further, it was not reasonable for the respondents to rely upon Mr. Phillips' agreement to issue a permit as an indication that the wall was sound. That responsibility remained, as it should, with the owners who engaged contractors of their choosing to undertake and be responsible for the design and construction of the project on their behalf.

If tort law is, as it is said to be, a matter of policy, then it is fitting that owners remain primarily responsible for the work which they carry out on their property. It is the owners who should ensure through their contractors and subcontractors that the building is safe, structurally sound and complies with the municipal by-law. As well it is the owner who must ensure that due and proper notice of inspections is given to the municipality. If the policy were otherwise it would place an unreasonable and unfair burden upon all the other ratepayers of a municipality as it would require a municipality to be an insurer of the owner as to the compliance with its by-laws and in

gée de toute responsabilité et leur action doit être rejetée pour ce seul motif.

Il peut y avoir des cas où la municipalité serait responsable envers un propriétaire négligent. Par exemple, si la municipalité avait dûment reçu avis de l'inspection mais avait inspecté de façon négligente sans avoir ainsi constaté un vice fatal dans la construction, elle pourrait être tenue responsable. Cependant, lorsqu'un règlement oblige un constructeur propriétaire à aviser la municipalité du moment où l'inspection devrait être tenue et lorsque l'inspection aurait permis de découvrir le problème même qui finit par se manifester, l'omission par négligence du propriétaire d'aviser la municipalité empêche de demander réparation à cette dernière. Ces propriétaires sont à l'origine de leur propre perte. Ce sont les propriétaires et non la municipalité qui doivent être tenus responsable des pertes qu'ils subissent et qui doivent les assumer par suite de leur omission de se conformer au règlement de construction municipal qui leur imposait d'aviser la municipalité dans le délai imparti pour qu'elle puisse vérifier l'état des travaux.

De plus, il n'était pas raisonnable que les intimés se fient sur l'accord de M. Phillips de délivrer un permis comme une indication que le mur serait bien construit. Cette responsabilité reposait toujours, comme il se devait, sur les épaules des propriétaires qui ont retenu les services des entrepreneurs de leur choix pour exécuter les plans et la construction du projet et en être responsables en leur nom.

Si le droit en matière de responsabilité délictuelle est, comme on l'affirme, une question de principe, il est donc juste que les propriétaires demeurent les premiers responsables des travaux qu'ils font exécuter sur leur bien-fonds. Il appartient aux propriétaires de veiller, par l'intermédiaire de leurs entrepreneurs et de leurs sous-traitants, à ce que le bâtiment soit sûr, de construction solide et conforme au règlement municipal. Il appartient également au propriétaire de veiller à ce qu'un avis d'inspection en bonne et due forme soit donné à la municipalité. S'il en était autrement, on imposerait à tous les autres contribuables de la municipalité un fardeau déraisonnable et injuste

that way an insurer of the proper design and workmanship of projects undertaken by an owner.

In *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, Lord Wilberforce indicated that a public authority owed no duty to a negligent building owner who was the source of his or her own loss. He put it in this way at p. 758:

*To whom the duty is owed.* There is, in my opinion, no difficulty about this. A reasonable man in the position of the inspector must realize that if foundations are covered without adequate depth or strength as required by the bylaws, injury to safety or health may be suffered by owners or occupiers of the house. The duty is owed to them—not of course to a negligent building owner, the source of his own loss. [Emphasis added.]

A negligent building owner certainly is the source of his or her loss where, as here, the owner's negligent failure to inform the city that an inspection must be conducted precludes the city from taking steps which would have averted the loss. Nor can it be said that the city contributed to the loss suffered by the owners by its failure to insist upon engineers' drawings of the project. On this small project the city was entitled to rely upon the owners' complying with the by-law and giving timely notice that the inspection of the work could take place. If that had been done the inspection would have revealed the deficiencies and ensured that they were rectified, thus avoiding any loss to the owners. Although the city engineer waived the requirement of engineers' drawings as a favour to the owners, he did so in the very reasonable and proper expectation that the by-law inspection requirement would be complied with and in the knowledge that the inspection would reveal any deficiencies. It was the subsequent intervening breach of duty of the owners (and their contractor) which is in these circumstances the sole cause of their loss.

parce qu'on exigerait que la municipalité assure le propriétaire de la conformité avec les règlements municipaux et, en ce sens, assure la bonne qualité de la conception et de l'exécution des projets entrepris par un propriétaire.

Dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, précité, lord Wilberforce a indiqué qu'une autorité publique n'avait aucune obligation envers un propriétaire négligent qui est à l'origine de sa propre perte. Voici comment il s'exprime à la p. 758:

[TRADUCTION] *Le bénéficiaire de l'obligation.* À mon avis, cette question ne soulève aucune difficulté. Un homme raisonnable dans la situation d'un inspecteur doit comprendre que si les fondations sont recouvertes sans qu'elles aient l'épaisseur et la résistance requises par les règlements, il y a risque d'atteinte à la sécurité et à la santé des propriétaires ou des occupants de la maison. C'est envers eux que l'obligation existe—non pas, évidemment, envers un propriétaire négligent à l'origine de sa propre perte. [Je souligne.]

Un propriétaire négligent est certainement responsable de sa perte lorsque, comme en l'espèce, le propriétaire qui omet par négligence d'aviser la municipalité qu'une inspection doit avoir lieu empêche la ville de prendre les mesures qui auraient permis d'éviter la perte. On ne peut affirmer non plus que la municipalité est en partie responsable du préjudice subi par les propriétaires parce qu'elle n'a pas insisté pour obtenir des plans d'ingénieurs. Pour ce petit projet, la municipalité pouvait se fier que les propriétaires se conformeraient au règlement et donneraient au moment opportun le préavis en vue de l'inspection des travaux. Si cela avait été fait, l'inspection aurait permis de découvrir les vices de construction et de les corriger, et les propriétaires n'auraient donc pas subi de perte. Bien que l'ingénieur de la ville ait accordé aux propriétaires la faveur de renoncer à exiger des plans d'ingénieurs, il a agi ainsi dans la perspective tout à fait raisonnable et justifiée que les propriétaires se conformeraient à l'exigence d'inspection imposée par le règlement et en sachant que l'inspection permettrait de découvrir les vices de construction. C'est le manquement subséquent des propriétaires (et de leur entrepreneur) à leur obligation qui, en l'espèce, est la seule cause de leur perte.

I would therefore agree with the conclusion of Lambert J.A. that the respondents cannot succeed in their claim against Mr. Phillips or the City of Vernon.

#### Liability of the Municipality to the Neighbours

That conclusion, however, does not constitute an answer to the claims against Vernon brought by the neighbours of the respondents. For the reasons set out earlier it was unreasonable for the respondents the Manolakoses to rely upon the city to ensure that their property improvement (the retaining wall) would be successful. Nonetheless it was clearly reasonable for the neighbours who were completely blameless, who did not choose the contractors and who could not ensure that the required notice of inspection be given to the city, to rely upon the municipality to ensure that the construction carried out by the Manolakoses would not threaten the health or the safety of those residing below them on the hillside. Pursuant to s. 734 of the *Municipal Act*, city councils may pass by-laws, such as the one that presents itself in this case, for the protection of the health and safety of persons and the protection of property. The damage sustained by the neighbours is precisely that type of damage which the by-law was designed to avoid. It is therefore appropriate, with regard to the neighbours' claims to accept the trial judge's finding that Mr. Phillips was negligent in granting a building permit based on the inadequate information submitted to him by the contractor and subcontractor.

I would accept the apportionment of damages suggested by Lambert J.A. namely, 30% to the respondents the Manolakoses, 42% to the contractor and subcontractor on an individual allocation of 21% each, and 28% allocated to the chief building inspector for whom the city is vicariously liable. Further, the damages suffered by the neighbours are properly recoverable on the facts of this case. The retaining wall collapsed and it was the movement of the material from the wall down the slope that damaged the neighbours' property. It is

Par conséquent, je partage la conclusion du juge Lambert que les intimés ne peuvent avoir gain de cause contre M. Phillips ou la municipalité de Vernon.

#### La responsabilité de la municipalité envers les voisins

Cette conclusion ne s'applique cependant pas aux actions intentées par les voisins des intimés contre la municipalité de Vernon. Pour les motifs qui précèdent, il n'était pas raisonnable que les intimés, les Manolakos, se fient sur la municipalité pour garantir que le projet d'amélioration de leur propriété (le mur de soutènement) serait bien réalisé. Il était cependant tout à fait raisonnable que les voisins, auxquels on ne peut rien reprocher et qui n'ont pas choisi les entrepreneurs et ne pouvaient faire en sorte que l'avis d'inspection requis soit donné à la municipalité, se fient sur la municipalité pour veiller à ce que la construction entreprise par les Manolakos ne compromette pas la santé et la sécurité des gens dont les propriétés étaient situées plus bas sur la colline. Conformément à l'art. 734 de la *Municipal Act*, les conseils municipaux peuvent adopter des règlements, comme celui dont il est question en l'espèce, pour protéger la santé et la sécurité des personnes et pour la protection des biens-fonds. Le préjudice subi par les voisins fait précisément partie du type de préjudice que le règlement a pour but de prévenir. En ce qui concerne les actions intentées par les voisins, il convient donc d'accepter la conclusion du juge de première instance que M. Phillips a été négligent en accordant un permis de construction à partir des renseignements incomplets qui lui avaient été soumis par l'entrepreneur et le sous-traitant.

Je suis d'avis d'accepter le partage des dommages proposé par le juge Lambert, c'est-à-dire de fixer à 30 pour 100 la part de responsabilité des intimés, les Manolakos, à 42 pour 100, celle de l'entrepreneur et du sous-traitant, soit 21 pour 100 chacun, et à 28 pour 100 celle de l'inspecteur en chef des bâtiments à l'égard duquel la municipalité assume une responsabilité du fait d'autrui. En outre, les dommages subis par les voisins peuvent à juste titre donner lieu à une indemnité compte tenu des faits de l'espèce. Le mur de soutènement s'est



not therefore necessary to consider the problem of recovery for economic loss on the facts of this case.

### Disposition

In the result, I would allow the appeal of Mr. Phillips and the City of Vernon in the action brought by the respondents the Manolakoses. I would also allow their appeal in the third party proceedings to the extent of the findings of contributory negligence on the part of Mr. and Mrs. Manolakos.

In the result, the appeal of the municipality will be allowed, the order of the Court of Appeal and the judgment at trial set aside and the actions of the Manolakoses dismissed with costs.

In action 22882-82, Kelowna, that is the action of the neighbours of the Manolakoses, I would allow the appeal and vary the Order of the Court of Appeal and the judgment at trial in that the defendants Peter and Voula Manolakos will be held contributorily negligent to the extent of 30%, Ralph Gohmann and Harry Barber 42% (apportioned 21% each) and the City of Vernon 28%. There should be no costs on that appeal.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—As my colleagues Justices La Forest and Cory point out, this case is to be distinguished from *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, on the basis that in this case it is the owners of the property and not a subsequent third party purchaser who are suing the city for negligence. The question is whether the fact that the owners failed to discharge their responsibilities under the by-law should disentitle them from recovering against the city who failed to discharge its responsibilities. My colleague Cory J. says yes and my colleague La Forest J. says no. On this aspect I agree with La Forest J.

effondré et les matériaux du mur ont glissé le long de la pente pour endommager le bien-fonds des voisins. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de l'indemnisation pour perte économique compte tenu des faits de l'espèce.

### Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois de M. Phillips et de la municipalité de Vernon dans l'action intentée par les intimés, les Manolakos. Je suis également d'avis d'accueillir leurs pourvois dans les procédures de mise en cause dans la mesure des conclusions de négligence contributoire de la part de M. et M<sup>me</sup> Manolakos.

Somme toute, le pourvoi de la municipalité est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel et le jugement de première instance sont annulés et les actions des Manolakos sont rejetées avec dépens.

Dans le dossier 22882-82, Kelowna, savoir l'action intentée par les voisins des Manolakos, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel et le jugement de première instance en retenant la négligence contributoire des défendeurs Peter et Voula Manolakos dans une proportion de 30 pour 100, celle de Ralph Gohmann et de Harry Barber dans une proportion de 42 pour 100 (21 pour 100 chacun) et celle de la municipalité de Vernon dans une proportion de 28 pour 100. Il n'y aura pas d'adjudication des dépens dans ce pourvoi.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—Comme mes collègues les juges La Forest et Cory l'ont souligné, cette affaire doit être distinguée de l'affaire *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, puisqu'en l'espèce ce sont les propriétaires du bien-fonds et non un tiers acquéreur subséquent qui poursuivent la municipalité pour négligence. La question est de savoir si le défaut des propriétaires de s'acquitter de leurs obligations en vertu du règlement municipal doit les priver de tout recours contre la municipalité qui ne s'est pas acquittée de ses obligations. Mon collègue le juge Cory répond par l'affirmative et mon collègue le juge La Forest répond par la négative. Sur cet aspect, je partage l'opinion du juge La Forest.

I believe that the test of proximity set out by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, is met in this case. It must have been obvious to the city that any breach of duty on its part could cause damage to the plaintiffs just as it must have been obvious that it would cause damage to third party purchasers. The key issue is whether there is any reason then to exclude the owners from the class of persons to whom the city's private law duty of care is owed. Cory J. and Lambert J.A. (dissenting in the Court of Appeal) rely on Lord Wilberforce's statement in *Anns v. Merton London Borough Council* that a public authority owes no duty of care "to a negligent building owner (who is) the source of his own loss". Cory J. says that is the case here. If the owner had sent the notices which they were required under the by-law to send, the city would have made the necessary inspections, seen the defects in construction, and ensured that they were rectified. But this, in my view, overlooks one very important aspect of the case, namely that the city issued a permit to the contractors to proceed with the construction despite obvious deficiencies in the design of the wall. The city assumed the risk that it could check on the design deficiencies as construction progressed. Yet it did not notify the plaintiffs to this effect. Thus, it seems to me perfectly reasonable for the owners, knowing that the permit to proceed had been issued on the basis of the design submitted by the contractors, to assume that the design had the city's approval and that they could rely on the contractors to give whatever notices were required to be given on their, the owners', behalf. This, after all, is what normally happens. The contractors are, in the normal course, the owner's agent for this purpose. They are included in the definition of "owner" in the statute. They are primarily responsible for the proper construction of the wall and know when the crucial stages for inspection by the city have been reached. Moreover, they knew how important it was, in light of the deficiencies in their design, that the notices be given in a timely fashion so that the city could conduct its inspection. The owners, on the other hand, had no way of knowing that they were taking any special risk in relying on the contractors to give the notices. Had the city

J'estime que le critère des liens étroits établi par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, est respecté en l'espèce. La municipalité devait évidemment savoir qu'en violant son obligation elle pouvait causer un préjudice aux demandeurs tout comme elle devait évidemment savoir que cela causerait un préjudice aux tiers acquéreurs. La question clé est de savoir s'il existe des raisons d'exclure les propriétaires de la catégorie des personnes envers lesquelles la municipalité a une obligation de diligence en droit privé. Le juge Cory et le juge Lambert (dissentent en Cour d'appel) se sont appuyés sur l'affirmation de lord Wilberforce, dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, selon laquelle un organisme public n'a aucune obligation de diligence [TRADUCTION] «envers un propriétaire négligent à l'origine de sa propre perte». Le juge Cory affirme qu'il en est ainsi en l'espèce. Si le propriétaire avait envoyé les avis requis par le règlement municipal, la municipalité aurait effectué les inspections nécessaires, découvert les vices de construction et vu à leur correction. Mais, à mon avis, c'est oublier un aspect très important de l'affaire, c'est-à-dire que la municipalité a délivré aux entrepreneurs un permis de construction malgré les vices évidents de conception du mur. La municipalité a pris la chance de pouvoir vérifier l'existence des vices de conception au fur et à mesure de l'évolution des travaux. Cependant, elle n'a pas avisé les demandeurs en ce sens. Par conséquent, il me semble tout à fait raisonnable que les propriétaires, sachant que le permis de construction avait été délivré en fonction du plan soumis par les entrepreneurs, aient présumé que ce plan avait reçu l'approbation de la municipalité et qu'ils pouvaient se fier que les entrepreneurs donneraient tous les avis qui devraient être donnés en leur nom, comme propriétaires. Après tout, c'est ce qui se produit normalement. Les entrepreneurs sont, en temps normal, les mandataires du propriétaire à cette fin. Ils sont compris dans la définition de [TRADUCTION] «propriétaire» que donne la Loi. Ils sont avant tout responsables de la construction d'un mur conforme aux normes et ils savent quand les étapes cruciales d'inspection par la municipalité sont atteintes. De plus, ils connaissaient toute l'importance, compte

informed the owners that the plan was deficient and that it was therefore vital for the safety of the owners as well as for the safety of their neighbours that the requisite notices be given, I have no doubt that the plaintiffs would have attended to this matter personally or at the very least checked with their contractors to ensure that it was being done. But because of this omission on the part of the city which led the plaintiffs to rely on the contractors in the normal way, I do not believe that the plaintiffs can be viewed as "negligent", less still as "the source of their own loss".

I believe that negligence in the circumstances of this case must mean something more than a failure on the part of the owner to personally give the notices required by the by-law and I find support for this view in the decision of the English Court of Appeal in *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486, where, despite the fact that the plaintiffs had failed to meet all the requirements of the by-law, Templeman L.J. stated at p. 489:

In my judgment, if local authorities are liable within the limits prescribed in the *Anns* case for negligence in connection with the discretionary inspection of building works, they must similarly be liable for negligence in failing to use reasonable care in considering and approving plans.

There is no suggestion that Mr. and Mrs. Dennis, the building owners, were negligent or the source of their own loss. They were entitled to trust the builder and the council. They were entitled to claim damages against the builder if he was negligent. They were entitled to claim damages against the council if the council were negligently in breach of their duty to take reasonable care in the consideration of the plan of the house or in the exercise of their supervisory and discretionary power of inspection.

tenu des vices de leur plan, de donner les avis à temps afin de permettre à la municipalité d'effectuer son inspection. Par contre, les propriétaires ne pouvaient aucunement savoir qu'ils couraient un risque particulier en se fiant sur les entrepreneurs pour donner les avis. Si la municipalité avait avisé les propriétaires que le plan était défectueux et qu'il était donc essentiel tant pour la sécurité des propriétaires que pour celle de leurs voisins que les avis requis soient donnés, je ne doute pas que les demandeurs se seraient chargés de cette question personnellement ou, à tout le moins, se seraient assurés auprès de leurs entrepreneurs que cela soit fait. Mais en raison de cette omission de la municipalité qui a incité les demandeurs à se fier aux entrepreneurs, comme cela se fait normalement, je ne crois pas que l'on puisse dire des demandeurs qu'ils ont été «négligents» et, encore moins, qu'ils sont «à l'origine de leur propre perte».

Je crois que, dans les circonstances de la présente affaire, la négligence doit signifier plus que l'omission, de la part du propriétaire, de donner personnellement les avis requis par le règlement municipal et, à l'appui de cette opinion, je mentionne l'arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486, où, malgré le fait que les demandeurs aient omis de respecter toutes les exigences du règlement municipal, le lord juge Templeman a affirmé, à la p. 489:

[TRADUCTION] À mon avis, si les autorités locales peuvent se rendre coupables de négligence dans les limites prescrites dans l'arrêt *Anns* relativement au pouvoir discrétionnaire d'inspecter les travaux de construction, elles doivent de même pouvoir être déclarées coupable de négligence pour avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable dans l'examen et l'approbation des plans.

On ne prétend pas que M. et M<sup>me</sup> Dennis, les propriétaires du bâtiment, ont été négligents ou à l'origine de leur propre perte. Ils pouvaient se fier au constructeur et au conseil. Ils pouvaient réclamer des dommages-intérêts au constructeur s'il était négligent. Ils pouvaient réclamer des dommages-intérêts au conseil si celui-ci avait, par négligence, violé son devoir de faire preuve de diligence raisonnable dans l'examen du plan de la maison ou dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'inspection et de surveillance.

The decision in *Dennis v. Charnwood Borough Council* was explained by the House of Lords in *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] A.C. 210, where Lord Keith stated at pp. 244-45:

The decision is in my opinion to be justified on the basis that the plaintiffs, as owners who were the intended occupiers of the house, were within the ambit of the duty of care laid down in *Anns*. They were persons injury to whose safety or health might necessarily be expected to occur if the foundations of the house were inadequate. There can be no doubt that, under the ratio decidendi of *Anns*, a remedy against the local authority would have been available to any subsequent occupier who had purchased the house. The plaintiffs were in breach of certain material provisions of the relevant by-laws dealing with the adequacy of foundations, but the fact remains that plans showing the intended foundations had been submitted with their authority and had been approved. This approval might reasonably be taken as an indication that the foundations were satisfactory, and considering that the plaintiffs themselves had no technical knowledge nor understanding of the position and that their own safety and health were in issue, it would be unreasonable and unjust to hold that the local authority owed them no duty.

I think the present case parallels the *Dennis* case and I would apply to it the last sentence of the above quotation from Lord Keith's judgment. We are dealing here with inexperienced owners seeking to have a retaining wall built on their property and relying on the expertise of their contractors and on the watchdog function of the city. Both let them down. I think it was perfectly reasonable for the plaintiffs to rely on the city in that capacity particularly since it had issued a permit for the work to go ahead without any advice to the plaintiffs that it, the city, was taking a calculated risk in doing so and that subsequent on-site inspections were therefore absolutely vital.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed, LAMER and CORY JJ. dissenting in part, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting in part.*

La Chambre des lords a expliqué l'arrêt *Dennis v. Charnwood Borough Council* dans l'arrêt *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*, [1985] A.C. 210, dans lequel lord Keith a affirmé, aux pp. 244 et 245:

[TRADUCTION] À mon avis, on peut justifier l'arrêt en disant que les demandeurs, à titre de propriétaires qui devaient occuper la maison, étaient visés par l'obligation de diligence établie dans l'arrêt *Anns*. Ils étaient de ceux dont la santé ou la sécurité risquait forcément d'être compromise si les fondations de la maison étaient défectueuses. Il ne fait pas de doute qu'en vertu de la ratio decidendi de l'arrêt *Anns* tout acquéreur subséquent occupant la maison aurait eu un recours contre les autorités locales. Les demandeurs avaient violé certaines dispositions essentielles des règlements municipaux applicables portant sur la conformité des fondations, mais il demeure que les plans des fondations prévues avaient été soumis aux autorités et approuvés par celles-ci. On peut raisonnablement conclure que cette approbation était une indication que les fondations étaient satisfaisantes et, si on considère que les demandeurs eux-mêmes n'avaient aucune connaissance technique et ne saisissaient pas la gravité de la situation, et que leurs propres santé et sécurité étaient en cause, il serait déraisonnable et injuste de conclure que les autorités locales n'avaient aucune obligation envers eux.

J'estime que la présente affaire se rapproche de l'affaire *Dennis* et je lui appliquerais la dernière phrase de cet extrait du jugement de lord Keith. Nous sommes en présence de propriétaires inexpérimentés qui voulaient qu'un mur de soutènement soit construit sur leur propriété et qui s'en sont remis aux compétences de leurs entrepreneurs et à la fonction de surveillance de la municipalité. Les deux les ont laissés tomber. J'estime qu'il était tout à fait raisonnable que les demandeurs se fient à la municipalité en cette qualité particulière puisqu'elle avait délivré un permis autorisant le début des travaux sans les aviser qu'elle, la municipalité, prenait un risque calculé en agissant ainsi et que des inspections ultérieures des lieux étaient donc absolument essentielles.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli, les juges LAMER et CORY sont dissidents en partie, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes en partie.*

*Solicitors for the appellants: Watson Goepel  
Maledy, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: DuMont &  
Company, Armstrong.*

*Procureurs des appelants: Watson Goepel  
Maledy, Vancouver.*

*Procureurs des intimés: DuMont & Company,  
Armstrong.*

**The City of Saskatoon and The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, Local 80**  
*Appellants*

v.

**The Saskatchewan Human Rights Commission and Len Craig** *Respondents*

INDEXED AS: SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. SASKATOON (CITY)

File Nos.: 20529, 20523.

1989: February 27; 1989: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Civil rights — Mandatory retirement — Alleged discrimination on the basis of age — Defence of bona fide occupational qualification — Chief Fire Inspection Officer retired pursuant to mandatory retirement clause in labour contract — Whether or not Chief Fire Inspection Officer a fire fighter — Whether or not “reasonable” occupational qualification importing same test as “bona fide” occupational qualification — Whether or not failure to consider efficacy of individual testing error of law — Whether or not Union violated s. 18 of the Code — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16(1), (4), (7), 18, 32 — Saskatchewan Regulation 216/79, s. 1(a), (b) — City By-law 5585, s. 5.1.*

Respondent Craig served as Chief Fire Prevention Officer until he was retired when he reached the mandatory retirement age provided for in the collective agreement between the City and the Union and incorporated into the City's by-laws. Craig filed a complaint with the Saskatchewan Human Rights Commission alleging that his mandatory retirement contravened the Code's prohibition against discrimination on the basis of age and that it could not be justified as a “reasonable occupational qualification and requirement” within the meaning of the Code. A Board of Inquiry found the City's mandatory retirement policy to be a *prima facie* case of age discrimination contrary to s. 16(1) of the Code. It also held that s. 16(1) did not apply to the Union and dismissed the allegation that the Union has discriminated against Craig in violation of s. 18 of the Code. The Saskatchewan Court of Queen's Bench dismissed an

**La ville de Saskatoon et The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, section locale 80** *Appellants*

a c.

**La Saskatchewan Human Rights Commission et Len Craig** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) c. SASKATOON (VILLE)

N<sup>os</sup> du greffe: 20529, 20523.

1989: 27 février; 1989: 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*d Libertés publiques — Retraite obligatoire — Plainte de discrimination fondée sur l'âge — Moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle — Chef de la prévention des incendies mis à la retraite conformément à une clause de retraite obligatoire contenue dans une convention collective — Le chef de la prévention des incendies est-il un pompier? — L'exigence professionnelle «raisonnable» donne-t-elle lieu à l'application du même critère que l'exigence professionnelle «réelle»? — L'omission de tenir compte de l'efficacité de tests individuels constitue-t-elle une erreur de droit? — Le syndicat a-t-il violé l'art. 18 du Code? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(1), (4), (7), 18, 32 — Saskatchewan Regulation 216/79, art. 1a), b) — Règlement municipal 5585, art. 5.1.*

L'intimé Craig a occupé le poste de chef de la prévention des incendies jusqu'à ce qu'il soit mis à la retraite lorsqu'il a atteint l'âge de la retraite obligatoire prévu dans la convention collective entre la ville et le syndicat et repris dans les règlements municipaux. Craig a déposé auprès de la Saskatchewan Human Rights Commission une plainte alléguant que sa retraite obligatoire contrevient aux dispositions du Code interdisant la discrimination fondée sur l'âge et ne pouvait se justifier en tant qu'«exigence professionnelle raisonnable» au sens du Code. Une commission d'enquête a conclu que la politique de retraite obligatoire de la ville constituait à première vue de la discrimination fondée sur l'âge proscrite par le par. 16(1) du Code. Elle a décidé en outre que le par. 16(1) ne s'appliquait pas au syndicat et a rejeté l'allégation que celui-ci avait agi de manière discriminatoire envers Craig, contrairement à l'art. 18 du Code. La

appeal from the Board's decision. The Saskatchewan Court of Appeal set aside that decision and remitted the matter to the Board.

A number of issues were considered: whether or not Craig was a fire fighter; the meaning of "reasonable occupational qualification and requirement" in s. 16(7) of the Code; whether or not it was necessary to consider the efficacy of individualized testing; and whether or not the Union violated s. 18 of the Code?

*Held:* The appeals should be allowed.

The Board's conclusion that Craig was responsible for the same duties as a fire fighter duties even though he was not required, as Chief Fire Prevention Officer, to fight any fires was a finding of fact and accordingly could not be reconsidered unless the decision was made absent any evidence at all. There was ample evidence upon which the Board could base its conclusion, and that conclusion should not be disturbed on appeal.

The general philosophy of human rights legislation is that persons are not to be judged or dealt with on the basis of external characteristics such as race, age, sex, etc., but on individual merit. That is the general rule, and violation of it constitutes discrimination. The defence of *bona fide* occupational qualification or requirement is an exception to the general rule. The test as established by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, with respect to the Ontario Code, obliges the employer to show that the requirement, although it cannot necessarily be justified with respect to each individual, is reasonably justified in general application.

The language of the Saskatchewan Code was not sufficiently different to alter what are generally accepted as the characteristics of this defence. For a work rule to be reasonable (as required under the Saskatchewan Code) it would also have to be *bona fide* (as required under the Ontario Code). The word "reasonable" did not necessarily exclude the application of any subjective element from s. 16(7) of the Saskatchewan Code.

The individualized approach was not justified. The subjective requirement obliges the employer to establish that the employer had a sincerely held belief that the requirement was reasonably necessary for the adequate performance of the work and was not adopted for any ulterior or extraneous reasons. The objective standard

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté un appel de la décision de la commission d'enquête. La Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé ce jugement et a renvoyé l'affaire à la commission d'enquête.

Plusieurs questions ont été examinées: celle de savoir si Craig était un pompier; celle du sens de l'expression «exigence professionnelle raisonnable» employée au par. 16(7) du Code; celle de savoir s'il était nécessaire de prendre en considération l'efficacité de tests individuels; et celle de savoir si le syndicat a violé l'art. 18 du Code?

*Arrêt:* Les pourvois sont accueillis.

La conclusion de la commission d'enquête que les attributions de Craig comprenaient les fonctions de pompier même si, en sa qualité de chef de la prévention des incendies, il n'avait pas été appelé à combattre des incendies, était une conclusion de fait et ne pouvait donc être réexaminée, à moins que la décision n'ait été rendue en l'absence totale d'éléments de preuve. En l'espèce, il existait une preuve abondante sur laquelle la commission pouvait fonder sa conclusion et celle-ci ne devrait pas être changée en appel.

La philosophie générale qui sous-tend les lois en matière de droits de la personne veut que les personnes soient jugées ou traitées non pas en fonction de caractéristiques externes telles la race, l'âge, le sexe, etc., mais plutôt en fonction de leur mérite individuel. C'est la règle générale et sa violation constitue de la discrimination. Le moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle est une exception à la règle générale. Le critère, établi par la Cour relativement au Code ontarien dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, oblige l'employeur à démontrer que l'exigence, même si elle ne se justifie pas nécessairement dans le cas de chaque individu, est raisonnablement justifiée dans son application générale.

Les termes du Code de la Saskatchewan ne sont pas assez différents pour changer ce qui est généralement admis comme étant les caractéristiques de ce moyen de défense. Pour qu'une règle en matière de travail soit raisonnable (comme l'exige le Code de la Saskatchewan), il faudrait en outre qu'elle ait été établie de bonne foi (comme l'exige le Code de l'Ontario). Le mot «raisonnable» n'exclut pas nécessairement dans le cas du par. 16(7) du Code de la Saskatchewan l'application de tout élément subjectif.

La méthode individualisée était injustifiée. L'exigence subjective oblige l'employeur à prouver qu'en toute sincérité il croyait l'exigence raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution adéquate du travail et qu'elle n'avait pas été posée pour des motifs inavoués ou étrangers à ce travail. Le critère objectif astreint l'employeur

requires the employer to establish that, apart from his belief, the requirement is in fact reasonably necessary. In both the subjective and objective applications of the test, the reasonableness of the requirement is vital. The elimination of the subjective element, which is an additional burden imposed on an employer who seeks to avail himself of the defence, cannot transform the defence from one that requires a generalized approach to one that requires a specific examination of individual circumstances.

The Regulations, which sought to define the ingredients of the defence, did not affect the application of the *Etobicoke* test to s. 16(7) of the Code. An important element of the defence was exclusivity in relation to the age group that the employer desires to retain as his or her employees. The definition provided by the Regulations, however, was itself not exclusive. The employer could justify the impugned policy either by bringing it within the enumerated definitions or the *Etobicoke* definition. The City justified its mandatory retirement policy on the basis of the definition approved in *Etobicoke*.

The Regulation required that the employer establish that employer show that it was necessary to hire persons in one age group exclusively in order that the duties of the job can be performed safely. The standard with which the employer must establish necessity was one of reasonableness for otherwise the Regulations would conflict with the Code and with the general defence.

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. Absent error of law, the Board's decision as to whether or not individual testing was feasible should stand. It correctly applied the law, found as a fact that there was no practical alternative available to the appellant, and concluded the employer was acting reasonably its mandatory retirement policy.

It is unnecessary to deal with the application of s. 16(4) to the facts of this case.

à établir que, indépendamment de sa conviction personnelle, l'exigence est en fait raisonnablement nécessaire. Dans les applications tant subjective qu'objective du critère, le caractère raisonnable de l'exigence est vital. L'élimination de l'élément subjectif, qui représente un fardeau supplémentaire imposé à l'employeur qui cherche à se prévaloir du moyen de défense, ne peut transformer ce moyen de défense, exigeant une approche générale, en un moyen de défense exigeant l'examen de chaque cas individuel.

Le règlement, qui tente de définir les éléments du moyen de défense, n'a aucun effet sur l'application au par. 16(7) du Code du critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*. Un élément important du moyen de défense est l'exclusivité en ce qui concerne le groupe d'âge auquel l'employeur désire que ses employés appartiennent. Toutefois la définition contenue dans le règlement n'est pas elle-même exclusive. L'employeur peut justifier la politique contestée en la rendant conforme soit aux définitions énumérées, soit à la définition donnée dans *Etobicoke*. La ville a justifié sa politique de retraite obligatoire sur le fondement de la définition approuvée dans l'arrêt *Etobicoke*.

Le règlement exige que l'employeur démontre qu'il a été nécessaire d'embaucher exclusivement des personnes d'un certain groupe d'âge afin d'assurer l'exercice en toute sécurité des fonctions que comporte un emploi. La norme selon laquelle l'employeur doit établir la nécessité est celle du caractère raisonnable, sinon le règlement serait incompatible avec le Code et avec le moyen de défense général.

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter les employés individuellement, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution. En l'absence d'erreur de droit, la décision de la commission d'enquête quant à la faisabilité de tests individuels doit être maintenue. La commission a appliqué correctement les règles de droit, a conclu qu'en fait l'appelante ne disposait d'aucune autre solution pratique et a décidé que l'employeur a agi raisonnablement en adoptant sa politique de retraite obligatoire.

Il est inutile d'aborder la question de l'application du par. 16(4) aux faits de l'espèce.



There is no unlawful discrimination by a union contrary to s. 18 if there is no unlawful discrimination by the employer. The employer has not discriminated if a defence has been made out under s. 16(7). There cannot therefore be discrimination by a union that has merely agreed to a non-discriminatory act by an employer. The Union accordingly did not discriminate against Craig contrary to s. 18 of the Code.

#### Cases Cited

**Applied:** *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; **referred to:** *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Moose Jaw (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1317; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Re City of Winnipeg and Ogelski* (1986), 31 D.L.R. (4th) 161; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209.

#### Statutes and Regulations Cited

*Bylaw of The City of Saskatoon To Provide For Superannuation of The Employees of The Fire Department*, City By-law 5585, s. 5.1.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12.  
*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, s. 4(6).  
*Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16(1), (4), (7), 18, 32.  
*Saskatchewan Regulation 216/79*, s. 1(a), (b).

APPEALS from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 57 Sask. R. 241, 40 D.L.R. (4th) 143, [1987] 5 W.W.R. 173, 40 CLLC ¶ 17,024, allowing an appeal from a judgment of Maher J. (1985), 37 Sask. R. 1, dismissing an appeal from a decision of a Board of Inquiry created pursuant to *The Saskatchewan Human Rights Code*. Appeals allowed.

*Theresa M. Dust and Barry Rossmann*, for the appellant the City of Saskatoon.

*George Taylor, Q.C.*, and *Eric Cline*, for the appellant The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, Local 80.

*Milton C. Woodard*, for the respondents.

Un syndicat ne commet pas de discrimination contrairement à l'art. 18 s'il n'y a pas de discrimination illégale de la part de l'employeur. Si la défense prévue au par. 16(7) est établie, il n'y a pas de discrimination de la part de l'employeur. Il ne peut donc pas y en avoir de la part d'un syndicat qui a simplement donné son acquiescement à un acte non-discriminatoire de l'employeur. Cela étant, le syndicat n'a pas agi d'une manière discriminatoire envers Craig contrairement à l'art. 18 du Code.

#### *b* Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; **arrêts mentionnés:** *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Moose Jaw (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1317; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Re City of Winnipeg and Ogelski* (1986), 31 D.L.R. (4th) 161; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209.

#### Lois et règlements cités

*Bylaw of The City of Saskatoon To Provide For Superannuation of The Employees of The Fire Department*, Règlement municipal 5585, art. 5.1.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12.  
*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, art. 4(6).  
*Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(1), (4), (7), 18, 32.  
*Saskatchewan Regulation 216/79*, art. 1a), b).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 57 Sask. R. 241, 40 D.L.R. (4th) 143, [1987] 5 W.W.R. 173, 40 CLLC ¶ 17,024 qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Maher (1985), 37 Sask. R. 1, rejetant un appel interjeté contre une décision d'une commission d'enquête constituée en vertu de *The Saskatchewan Human Rights Code*. Pourvois accueillis.

*Theresa M. Dust et Barry Rossmann*, pour l'appelante la ville de Saskatoon.

*George Taylor, c.r.*, et *Eric Cline*, pour l'appellant The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, section locale 80.

*Milton C. Woodard*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

SOPINKA J.—These appeals arise out of a complaint by the respondent Craig to the respondent Saskatchewan Human Rights Commission pursuant to provisions of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, (“the Code”) alleging that the appellants, the City of Saskatoon (the “City”) and The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, Local 80 (the “Union”), discriminated against Craig by requiring him to retire from his employment with the Saskatoon Fire Department upon attaining age sixty. These are appeals from the decision of the Court of Appeal for Saskatchewan, which set aside the order of the Court of Queen’s Bench dismissing an appeal from a Board of Inquiry, which had dismissed Craig’s application against the appellants.

LE JUGE SOPINKA—Ces pourvois tirent leur origine d’une plainte portée par l’intimé Craig devant l’intimée la Saskatchewan Human Rights Commission en vertu de *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1, («le Code»). Dans sa plainte, Craig reprochait aux appelants, la ville de Saskatoon (la «ville») et The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, section locale 80 (le «syndicat»), d’avoir fait preuve de discrimination à son égard en l’obligeant à quitter son emploi avec le service d’incendie de Saskatoon dès qu’il avait atteint l’âge de soixante ans. Les pourvois attaquent l’arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan, qui a annulé l’ordonnance de la Cour du Banc de la Reine rejetant l’appel contre la décision d’une commission d’enquête qui avait rejeté la plainte de Craig contre les appelants.

#### Facts

The respondent Craig joined the Saskatoon Fire Department as a fire fighter in 1947. In 1967 he was promoted to the position of Fire Inspector and was named Chief Fire Inspection Officer, otherwise known as Chief Fire Prevention Officer, in 1977. Craig served in this capacity until May 1982, when he reached age sixty and was retired pursuant to the provisions of the collective agreement between the City and the Union.

#### Les faits

L’intimé Craig a été engagé comme pompier par le service d’incendie de Saskatoon en 1947. En 1967, il a été promu au poste d’inspecteur et nommé chef de l’inspection des incendies, appelé à partir de 1977 chef de la prévention des incendies. Craig a servi en cette dernière qualité jusqu’en mai 1982, mois où il a atteint l’âge de soixante ans et a été mis à la retraite conformément à la convention collective signée entre la ville et le syndicat.

Since 1947 the collective agreement between the City and the Union has required that every member of the fire department retire at age sixty. Specifically, Article 12 of the collective agreement provided as follows:

Depuis 1947, la convention collective en vigueur entre la ville et le syndicat exige que chaque membre du service d’incendie prenne sa retraite à soixante ans. Plus précisément, l’article 12 de la convention stipule:

#### Article 12. SUPERANNUATION AND RETIREMENT

#### [TRANSLATION] Article 12. PENSION ET RETRAITE

(a) With the exception of those employees covered by General Superannuation Bylaw #4323, who will retire on the first of the month succeeding their sixtieth (60th) birthday, all employees covered by this Agreement shall be retired at the first of next month following their sixtieth (60th) birthday, in accordance with Bylaw #5585.

a) À l’exception des employés visés par le General Superannuation Bylaw #4323, qui prennent leur retraite le premier jour du mois qui suit leur sixantième (60<sup>e</sup>) anniversaire, tous les employés visés par la présente convention sont mis à la retraite le premier jour du mois qui suit le mois après leur soixantième (60<sup>e</sup>) anniversaire, conformément au règlement #5585.

As well, City By-law 5585 incorporates the Superannuation Plan of the Fire Department, s. 5.1 of which provides for retirement at age sixty.

Craig filed a complaint with the Saskatchewan Human Rights Commission alleging that his mandatory retirement contravened the Code's prohibition against discrimination on the basis of age and that it could not be justified as a "reasonable occupational qualification and requirement" within the meaning of the Code. The relevant provisions of the Code and the regulations thereunder are as follows:

#### The Code

16.—(1) No employer shall refuse to employ or continue to employ or otherwise discriminate against any person or class of persons with respect to employment, or any term or condition of employment, because of his or their race, creed, religion, colour, sex, marital status, physical disability, age, nationality, ancestry or place or [*sic*] origin.

(4) No provision of this section relating to age prohibits the operation of any term of a bona fide retirement, superannuation or pension plan, or any terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan, or of any bona fide scheme based upon seniority.

(7) The provisions of this section relating to any discrimination, limitation, specification or preference for a position or employment based on sex, physical disability or age do not apply where sex, physical ability or age is a reasonable occupational qualification and requirement for the position or employment.

18. No trade union shall exclude any person from full membership or expel, suspend or otherwise discriminate against any of its members, or discriminate against any person in regard to employment by any employer, because of the race, creed, religion, colour, sex, marital status, physical disability, age, nationality, ancestry or place of origin of that person or member.

De plus, le règlement municipal 5585 comprend le régime de retraite du service d'incendie, dont l'art. 5.1 prévoit la retraite à l'âge de soixante ans.

Craig a déposé auprès de la Saskatchewan Human Rights Commission une plainte alléguant que sa retraite obligatoire contrevenait aux dispositions du Code interdisant la discrimination fondée sur l'âge et ne pouvait se justifier en tant qu'«*exigence professionnelle raisonnable*» au sens du Code. Les dispositions pertinentes du Code et du règlement pris sous son régime sont les suivantes:

#### Le Code

[TRADUCTION] 16.—(1) Aucun employeur ne doit refuser d'employer ou de continuer d'employer ni de quelque autre manière faire preuve de discrimination envers une personne ou une catégorie de personnes en matière d'emploi ou quant aux modalités ou conditions d'emploi, en raison de la race, la croyance, la religion, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, l'infirmité, l'âge, la nationalité, l'ascendance ou le lieu d'origine.

(4) Aucune disposition du présent article relative à l'âge ne rend inopérante une condition d'un régime légitime de retraite ou de pensions ni les modalités ou conditions d'un régime légitime d'assurance collective ou d'employés ou de quelque autre régime légitime fondé sur l'ancienneté.

(7) Les dispositions du présent article relatives à toute discrimination, restriction, exigence ou préférence en matière d'emploi qui est fondée sur le sexe, l'infirmité ou l'âge ne s'appliquent pas lorsque ces facteurs constituent des exigences professionnelles raisonnables pour le poste ou l'emploi.

18. Aucun syndicat ne doit refuser à une personne la pleine qualité de membre, ni expulser, suspendre ou de quelque autre manière faire preuve de discrimination envers ses membres ni pratiquer à l'égard de quiconque en matière d'embauchage par un employeur la discrimination fondée sur la race, la croyance, la religion, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, l'infirmité, l'âge, la nationalité, l'ascendance ou le lieu d'origine de la personne ou du membre en question.

Saskatchewan Regulation 216/79

1. In The Saskatchewan Human Rights Code:

(a) “marital status” means that state of being engaged to be married, married, single, separated, divorced, widowed or living in a common-law relationship, but discrimination on the basis of a relationship with a particular person is not discrimination on the basis of marital status;

(b) “reasonable occupational qualification” means, *inter alia*, a qualification:

(i) that renders it necessary to hire members of one sex, one age group or of a certain physical ability exclusively in order that the essence of the business operation is not undermined; or

(ii) that is essential or an overriding, legitimate business purpose; or

(iii) that renders it necessary to hire members of one sex, one age group or of a certain physical ability exclusively in order that the duties of a job involved can be performed safely;

but does not include, *inter alia*, a qualification:

(iv) based on assumptions of the comparative employment characteristics of that sex, age group or state of physical disability in general;

(v) based on stereotyped characterizations of the sex, age group or physical disability;

(vi) based on the preferences of co-workers, the employer, clients or customers, except that, where it is necessary for the purpose of authenticity or genuineness, sex shall be a reasonable occupational qualification;

(vii) that distinguishes between “light” and “heavy” jobs which operate in a disguised form of classification by sex and which creates unreasonable obstacles to the advancement by females into jobs which females could reasonably be expected to perform;

Board of Inquiry

As a result of Craig’s complaint a Board of Inquiry (the “Board”) was created pursuant to the Code to consider whether the City’s mandatory retirement policy violated s. 16(1) of the Code and

Le règlement 216/79 de la Saskatchewan

[TRADUCTION] 1. Dans The Saskatchewan Human Rights Code:

a) «état matrimonial» désigne le fait d’être fiancé, marié, célibataire, séparé, divorcé, veuf ou de vivre en union libre, mais la discrimination fondée sur des rapports avec une personne en particulier ne constitue pas une discrimination fondée sur l’état matrimonial;

b) «exigence professionnelle raisonnable» désigne notamment une exigence:

(i) qui rend nécessaire l’embauchage de membres d’un sexe ou d’un groupe d’âge ou de personnes ayant une certaine capacité physique, exclusivement, afin que ne soient pas compromises les caractéristiques essentielles de l’entreprise; ou

(ii) qui est essentielle ou qui constitue un objet commercial légitime et prépondérant; ou

(iii) qui rend nécessaire l’embauchage de membres d’un sexe ou d’un groupe d’âge ou de personnes ayant une certaine capacité physique, exclusivement, afin d’assurer l’exercice en toute sécurité des fonctions que comporte un emploi;

mais ne comprend pas notamment une exigence:

(iv) fondée sur des suppositions quant aux caractéristiques attribuées, d’une manière générale, en matière d’emploi à des personnes d’un sexe ou d’un groupe d’âge donnés ou qui ont un handicap physique donné;

(v) fondée sur des caractérisations stéréotypées quant à ce sexe ou ce groupe d’âge ou ce handicap physique;

(vi) fondée sur les préférences de collègues, de l’employeur ou de clients, mais le sexe constitue une exigence professionnelle raisonnable si cela est nécessaire à des fins d’authenticité;

(vii) qui fait une distinction entre les tâches «légères» et les tâches «lourdes» de manière à constituer une classification déguisée en fonction du sexe et à créer des obstacles déraisonnables à l’avancement de femmes dans des fonctions dont on peut raisonnablement les supposer capables de s’acquitter;

La commission d’enquête

Par suite de la plainte de Craig, une commission d’enquête (la «commission») a été constituée en vertu du Code pour examiner si la politique de retraite obligatoire suivie par la ville violait le par.

whether the Union violated s. 18 of the Code by agreeing to the age-based retirement provisions.

The Board first concluded that the mandatory retirement provisions in the collective agreement constituted a *prima facie* case of age discrimination. The central question was whether these provisions could be characterized as a "reasonable occupational qualification and requirement" within the meaning of s. 16(7) of the Code. Despite the appellants' [respondents herein] contention that the Chief Fire Inspector and his Fire Inspectors were not responsible for the same duties as fire fighters, the Board held that members of the Fire Prevention Department, including Craig, were fire fighters and were required to engage in active fire fighting when so called upon by the Fire Chief. The Board also concluded that both investigative work and actual fire fighting were strenuous occupations, and that the risk of failure by a fire fighter endangered the fire fighter, the fire fighter's colleagues and the public.

Based in part on the decision of this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Etoibicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202 ("*Etoibicoke*"), which defined a "*bona fide* occupational qualification and requirement" in the context of *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, the Board held that the mandatory retirement of Craig at age sixty was justified pursuant to s. 16(7) of the Code. The Board considered expert evidence presented by the respondents suggesting that a more accurate determination of fire fighters' ability to perform their duties could be made if each employee were individually tested. The Board concluded on the basis of evidence before it that as a person ages his or her ability to perform the tasks required of a fire fighter decreases. The Board was also of the opinion that there was no reliable testing procedure that would accurately determine how an individual fire fighter would be able to cope in an emergency situation. Therefore, it was unnecessary to undertake individualized functional testing in order to determine if age is a reasonable occupational qualification and requirement for the position of a fire fighter. The Board

16(1) du Code et si le syndicat avait contrevenu à l'art. 18 du Code en acquiesçant aux dispositions fixant l'âge de retraite.

a La commission a d'abord conclu que les dispositions de la convention collective prévoyant la retraite obligatoire constituaient à première vue de la discrimination fondée sur l'âge. La question essentielle était de savoir si ces dispositions pouvaient être caractérisées comme une « exigence professionnelle raisonnable » au sens du par. 16(7) du Code. Bien que les appelants [intimés en l'espèce] aient fait valoir que le chef de la prévention des incendies et ses inspecteurs ne remplissaient pas les mêmes fonctions que des pompiers, la commission a décidé que les membres du service de la prévention des incendies, y compris Craig, étaient en fait des pompiers appelés à combattre des incendies, b lorsque le chef du service d'incendie le leur demandait. La commission a conclu en outre que les fonctions d'enquête et de lutte contre les incendies étaient toutes les deux des tâches ardues et que le risque de défaillance d'un pompier mettait en danger le pompier lui-même, ses collègues et le public. c d e

Se fondant en partie sur l'arrêt de notre Cour *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etoibicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 ("*Etoibicoke*"), qui définissait l'expression « exigence professionnelle réelle » dans le contexte de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, la commission a dit que la retraite obligatoire de Craig à l'âge de soixante ans était justifiée en vertu du par. 16(7) du Code. La commission a pris en considération la preuve d'expert produite par les intimés, d'où il ressortait que des tests individuels f g h i j permettaient de déterminer avec plus d'exactitude la capacité des pompiers de remplir leurs fonctions. Sur la foi de la preuve qu'on lui avait soumise, la commission a conclu que le vieillissement diminue la capacité de s'acquitter des tâches de pompiers. La commission a estimé aussi qu'il n'existait aucune méthode fiable de déterminer avec exactitude comment un pompier individuel ferait face à une situation d'urgence. Il n'était donc pas nécessaire, pour déterminer si l'âge constitue une exigence professionnelle raisonnable dans le cas d'un pompier, de faire des tests individuels d'aptitude. La commission était d'avis qu'en raison

was satisfied that the mandatory retirement of Craig at age sixty did not fall afoul of the prohibition in s. 16(1) of the Code, by virtue of the operation of a s. 16(7) "reasonable occupational qualification" defence.

Finally, the Board held that the provisions of s. 16(1) do not apply to the Union and therefore dismissed the allegation that the Union had discriminated against Craig in violation of s. 18 of the Code.

Court of Queen's Bench ((1985), 37 Sask. R. 1)

An appeal was taken to the Court of Queen's Bench under s. 32 of the Code, which permits an appeal on a question of law from the decision of a Board of Inquiry. Maher J. dismissed the appeal.

Mahe J. initially stated that not only did he agree with the Board's characterization of Craig as a fire fighter, but that this was a finding of fact and appeals from Boards of Inquiry are limited to questions of law. Maher J. also stated that it was not necessary to conduct individualized testing in order to determine whether age is a reasonable occupational qualification and requirement. It was held that this was a finding of fact made by the Board based upon statistical and medical evidence placed before the Board, and that the Board committed no error of law in applying the principles of *Etobicoke* to this case.

Court of Appeal ((1987), 57 Sask. R. 241)

The Saskatchewan Court of Appeal, Bayda C.J.S. speaking for the court, considered both this case and that of *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Moose Jaw (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1317, in the same judgment. The Court of Appeal ordered that the decision of Maher J. be set aside and the matter be remitted to the Board.

Bayda C.J.S. first concluded that there was a difference between the meaning of "bona fide occupational qualification and requirement" used in s. 4(6) of the Ontario Code as defined judicially in *Etobicoke* and the meaning of "reasonable occupational qualification and requirement" used

du moyen de défense de l'«exigence professionnelle raisonnable» prévu au par. 16(7), la retraite obligatoire de Craig à l'âge de soixante ans ne contrevenait pas au par. 16(1) du Code.

Finalement, la commission a décidé que les dispositions du par. 16(1) ne s'appliquaient pas au syndicat et a donc rejeté l'allégation que celui-ci avait agi de manière discriminatoire envers Craig, contrairement à l'art. 18 du Code.

La Cour du Banc de la Reine ((1985), 37 Sask. R. 1)

Un appel a été interjeté devant la Cour du Banc de la Reine en vertu de l'art. 32 du Code, qui autorise à faire appel, sur une question de droit, de la décision d'une commission d'enquête. Le juge Maher a rejeté l'appel.

Le juge Maher a affirmé au départ que non seulement il partageait l'avis de la commission que Craig était un pompier, mais qu'il s'agissait là d'une conclusion de fait et qu'un appel de la décision d'une commission d'enquête ne peut porter que sur des questions de droit. Le juge Maher a dit en outre qu'il n'était pas nécessaire de faire des tests individuels pour déterminer si l'âge est une exigence professionnelle raisonnable. Selon lui, c'était une conclusion de fait fondée sur une preuve statistique et médicale produite et la commission n'avait commis aucune erreur de droit en appliquant les principes de l'arrêt *Etobicoke* en l'espèce.

La Cour d'appel ((1987), 57 Sask. R. 241)

La Cour d'appel de la Saskatchewan, dont le jugement a été prononcé par le juge en chef Bayda, a examiné ensemble la présente instance et l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Moose Jaw (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1317. Elle a ordonné l'annulation de la décision du juge Maher et le renvoi de l'affaire à la commission.

Le juge en chef Bayda a conclu en premier lieu qu'il y avait quant à leur sens une différence entre l'expression «exigence professionnelle réelle» employée au par. 4(6) du Code de l'Ontario et définie par notre Cour dans l'arrêt *Etobicoke* et l'expression «exigence professionnelle raisonnable»

in s. 16(7) of the Saskatchewan Code. In his view, the definition of "reasonable occupational qualification" in the Regulations pursuant to the Code confines a court's task to construing this statutory definition. Therefore, the application of the definition of a "bona fide occupational qualification and requirement" from *Etobicoke* by both the Board and the Saskatchewan Court of Queen's Bench constituted an error of law.

Bayda C.J.S. distinguished *Etobicoke* on the ground that the use of the word "reasonable" as opposed to "bona fide" excludes the application of any subjective element from s. 16(7) of the Saskatchewan Code. Moreover, the objective aspect of the occupational requirement as detailed by this Court in *Etobicoke* differs from that prescribed by the Regulations under the Saskatchewan Code. It was his view that in order to rely upon either Regulation 1(b)(i) or 1(b)(iii), the employer has to prove an element of exclusivity in relation to the age group he desires to retain as his employees. In *Etobicoke*, which dealt with an almost identical claim that the mandatory retirement of a fire fighter was discriminatory, McIntyre J. held that for the purpose of that case it was not enough for the employees to argue simply that some below age sixty may become unfit for fire fighting while many above that age may remain fit. Bayda C.J.S. held that *Etobicoke* was inapplicable since the Saskatchewan Regulations require exclusivity of the unrestricted age group, and that the attempt here to invoke s. 16(7) could not succeed unless no persons below age sixty became unfit for fire fighting. On this interpretation he concluded that the fact that some below age sixty might become unfit and many above that age would be fit leads inexorably to the conclusion that s. 16(7) may not be relied upon in this case, since there is nothing exclusive about the age group.

figurant au par. 16(7) du Code de la Saskatchewan. À son avis, la définition de l'expression «exigence professionnelle raisonnable», dans le règlement pris en vertu du Code, limite la tâche des tribunaux à l'interprétation de cette définition. En conséquence, la commission et la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan avaient toutes deux commis une erreur de droit en appliquant la définition donnée à l'expression «exigence professionnelle réelle» dans l'arrêt *Etobicoke*.

Le juge en chef Bayda a fait une distinction avec l'arrêt *Etobicoke*, affirmant que l'emploi du mot «raisonnable» plutôt que «réel» exclut dans le cas du par. 16(7) du Code de la Saskatchewan l'application de tout élément subjectif. De plus, l'aspect objectif de l'exigence professionnelle, tel que l'expose notre Cour dans l'arrêt *Etobicoke*, diffère de celui énoncé dans le règlement pris en vertu du Code de la Saskatchewan. Selon lui, pour se prévaloir des sous-al. 1b)(i) ou 1b)(iii) du règlement, l'employeur doit prouver l'existence d'un élément d'exclusivité en ce qui concerne le groupe d'âge qu'il veut maintenir chez ses employés. Dans l'arrêt *Etobicoke*, qui portait sur une allégation presque identique que la retraite obligatoire d'un pompier était discriminatoire, le juge McIntyre a statué qu'aux fins de cette affaire-là, il ne suffisait pas que les employés fassent simplement valoir que certaines personnes âgées de moins de soixante ans peuvent devenir inaptes au travail de pompier, tandis que bien des personnes plus âgées peuvent y être encore aptes. Le juge en chef Bayda a conclu que l'arrêt *Etobicoke* ne s'appliquait pas parce que le règlement de la Saskatchewan pose une exigence d'exclusivité à l'égard du groupe d'âge qui n'est soumis à aucune restriction, et que la tentative d'invoquer le par. 16(7) en l'espèce ne pouvait réussir que si aucune personne de moins de soixante ans ne devenait inapte au travail de pompier. Se fondant sur cette interprétation, il a conclu que le fait que certaines personnes âgées de moins de soixante ans pourraient devenir inaptes à ce travail et que beaucoup de gens plus âgés y seraient aptes même inexorablement à la conclusion qu'on ne saurait se prévaloir du par. 16(7) en l'espèce parce que le groupe d'âge en question n'a rien d'exclusif.

As well, Bayda C.J.S. held that the Board and the Court of Queen's Bench erred in failing to consider the efficacy of individualized testing as a relevant factor in determining whether a reasonable occupational qualification defence had been made out. He distinguished *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, in which this Court concluded that the individual application of a working condition is foreign to an occupational requirement. In his view, the use of the word "necessary" in both Regulation 1(b)(i) and 1(b)(iii) prevented reliance upon age-based criteria when there were other means such as physiological testing which are practical and capable of identifying those individuals who are in the sufficient risk category. In addition, Bayda C.J.S. held that an occupational requirement cannot be characterized as reasonable where legitimate alternative means, by individual testing, exist for securing the same valid objective without resort to age-based discrimination. Accordingly, the Saskatchewan definition of a reasonable occupational qualification permits, if not dictates, that the efficacy of individualized testing is a relevant factor for any Board of Inquiry considering an attempt to invoke s. 16(7) of the Code.

Finally, Bayda C.J.S. held that the statutory requirements of the Code do not contain any "reasonable occupational qualification" exception for the Union in respect of the s. 18 prohibition of discrimination on behalf of the Union equivalent to the exemption granted to employers by s. 16(7). Therefore, the Union was in violation of s. 18 of the Code.

The Issues

This appeal requires resolution of the following issues:

- (1) Is the respondent Craig a fire fighter?
- (2) What is the meaning of "reasonable occupational qualification and requirement" in s. 16(7) of the Code, and does it differ from the definition given to "bona fide occupational qualification or requirement" in *Etobicoke*?

Le juge en chef Bayda a conclu en outre que c'est à tort que la commission et la Cour du Banc de la Reine ont omis de tenir compte de l'efficacité de tests individuels comme facteur pertinent aux fins de déterminer le bien-fondé du moyen de défense de l'exigence professionnelle raisonnable. Il a fait une distinction avec l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, dans lequel notre Cour conclut que la notion de l'application individuelle d'une condition de travail est étrangère à celle d'une exigence professionnelle. Selon lui, l'emploi du mot «nécessaire» aux sous-al. 1b)(i) et 1b)(iii) fait qu'on ne peut se fonder sur le critère de l'âge lorsqu'il existe d'autres moyens pratiques, tels les tests physiologiques, qui permettent d'identifier les personnes qui présentent un risque suffisant. Une exigence professionnelle, a ajouté le juge en chef Bayda, ne peut être qualifiée de raisonnable s'il y a d'autres moyens légitimes, sous la forme de tests administrés aux individus, d'atteindre le même objectif valable sans avoir recours à la discrimination fondée sur l'âge. Par conséquent, la définition utilisée en Saskatchewan pour l'exigence professionnelle raisonnable permet, voire même exige, que l'efficacité de tests individuels soit un facteur pertinent à prendre en considération par une commission d'enquête face à une tentative d'invoquer le par. 16(7) du Code.

Finalement, le juge en chef Bayda a statué que les exigences légales du Code ne comportent pas d'exception fondée sur une «exigence professionnelle raisonnable» pouvant être opposée par le syndicat à l'interdiction de discrimination en vertu de l'art. 18 et correspondant à l'exemption que le par. 16(7) accorde aux employeurs. Cela étant, le syndicat a enfreint l'art. 18 du Code.

Les questions en litige

Sont à résoudre en l'espèce les questions suivantes:

- (1) L'intimé Craig est-il un pompier?
- (2) Quel est le sens de l'expression «exigence professionnelle raisonnable» employée au par. 16(7) du Code et diffère-t-il de la définition donnée à l'expression «exigence professionnelle réelle» dans l'arrêt *Etobicoke*?



(3) Did the Board fail to consider the efficacy of individualized testing and commit thereby an error of law?

(4) Does s. 16(4) apply?

(5) Did the Union violate s. 18 of the Code?

#### Is Craig a Fire Fighter?

The Board concluded that even though Craig's duties as Chief Fire Prevention Officer had not required that he fight any fires, he was nonetheless responsible for the same duties as a fire fighter. Despite the affirmation of this conclusion in the courts below, the respondent Commission continues to assert that the Board failed to consider the actual duties of a Fire Prevention Officer.

While this contention is not devoid of merit, the Board found as a fact that the duties of the Chief Fire Prevention Officer included the strenuous task of fire fighting. Section 32 of the Code expressly limits appeals from decisions of Boards of Inquiry to questions of law. The conclusion that Craig was a fire fighter was a finding of fact. The privative clause in s. 32 prevents any reconsideration of the issue unless the impugned decision was made in the absence of any evidence at all. In this case, there was ample evidence upon which the Board could base its conclusion, and that conclusion should not be disturbed on appeal.

#### Reasonable Occupational Qualification and Requirement

The Court of Appeal held that the Board erred in law in giving an interpretation to the definition of "reasonable occupational qualification and requirement" in s. 16(7) of the Code that conforms to the definition of "*bona fide* occupational qualification and requirement" in s. 4(6) of *The Ontario Human Rights Code* provided in the *Etobicoke* case. In that case, McIntyre J., speaking for the Court, stated, at p. 208:

Two questions must be considered by the Court. Firstly, what is a *bona fide* occupational qualification and requirement within s. 4(6) of the Code and, second-

(3) La commission a-t-elle omis de prendre en considération l'efficacité de tests individuels, commettant ainsi une erreur de droit?

a (4) Le paragraphe 16(4) s'applique-t-il?

(5) Le syndicat a-t-il violé l'art. 18 du Code?

#### Craig est-il un pompier?

b La commission a conclu que, même si Craig n'avait pas eu à combattre d'incendies dans l'exercice de ses fonctions de chef de la prévention des incendies, son poste comportait néanmoins les tâches d'un pompier. Bien que cette conclusion ait été confirmée par les tribunaux d'instance inférieure, la Human Rights Commission intimée continue de soutenir que la commission d'enquête a omis de tenir compte des fonctions réelles d'un agent de la prévention des incendies.

d Cet argument n'est pas sans valeur, mais la commission a conclu sur les faits que les fonctions du chef de la prévention des incendies comprennent le travail ardu du pompier. L'article 32 du Code limite expressément aux questions de droit les appels contre des décisions de commissions d'enquête. Or, la conclusion que Craig était un pompier est une conclusion de fait. La clause privative de l'art. 32 empêche donc tout réexamen de la question, à moins que la décision attaquée n'ait été rendue en l'absence totale d'éléments de preuve. En l'espèce, il existait une preuve abondante sur laquelle la commission pouvait fonder sa conclusion et celle-ci ne devrait pas être changée en appel.

#### L'exigence professionnelle raisonnable

h La Cour d'appel a jugé que la commission avait commis une erreur de droit en donnant à la définition de l'expression «exigence professionnelle raisonnable» au par. 16(7) du Code une interprétation conforme à la définition donnée dans l'arrêt *Etobicoke* à l'expression «exigence professionnelle réelle» au par. 4(6) de *The Ontario Human Rights Code*. Dans cette affaire, le juge McIntyre, au nom de la Cour, a dit à la p. 208:

j La Cour doit examiner deux questions. En premier lieu, qu'est-ce qu'une exigence professionnelle réelle au sens du par. 4(6) du Code et, en second lieu, l'employeur

ly, was it shown by the employer that the mandatory retirement provisions complained of could so qualify? . . . To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

This test obliges the employer to show that the requirement, although it cannot necessarily be justified with respect to each individual, is reasonably justified in general application. This interpretation was reaffirmed in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, *supra*, per McIntyre J. at p. 589, and per Wilson J. at p. 580. The dichotomy between an individualized approach and an approach based on average characteristics is of the very essence of a defence of this kind. The general philosophy of human rights legislation is that persons are not to be judged or dealt with on the basis of external characteristics such as race, age, sex, etc., but on individual merit. That is the general rule, and violation of it constitutes discrimination. As pointed out by McIntyre J. in *Etobicoke*, the defence of *bona fide* occupational qualification or requirement is an exception to the general rule. In the limited circumstances in which this defence applies, it is not individual characteristics that are determinative but general characteristics reasonably applied. It is important to bear in mind that we are speaking of a defence to a charge of discrimination. If an employer were required to show that each employee at age sixty is physically incapable of doing the work, there would be no necessity of a defence of reasonable occupational qualification or requirement. The employer in the circumstances to which I refer would have negated

a-t-il démontré que les dispositions relatives à la retraite obligatoire qui font l'objet de la plainte peuvent être ainsi qualifiées? [. . .] Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

Ce critère oblige l'employeur à démontrer que l'exigence, même si elle ne se justifie pas nécessairement dans le cas de chaque individu, est raisonnablement justifiée dans son application générale. Cette interprétation a été confirmée dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, par le juge McIntyre, à la p. 589, et par le juge Wilson, à la p. 580. La dichotomie entre une méthode individualisée et une méthode fondée sur les caractéristiques moyennes est l'essence même de ce genre de défense. La philosophie générale des lois en matière de droits de la personne veut que les personnes soient jugées ou traitées non pas en fonction de caractéristiques externes telles la race, l'âge, le sexe, etc., mais plutôt en fonction de leur mérite individuel. C'est la règle générale et sa violation constitue de la discrimination. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, le moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle est une exception à la règle générale. Dans les cas limités d'applicabilité de ce moyen de défense, ce ne sont pas les caractéristiques individuelles qui sont déterminantes, mais les caractéristiques générales appliquées de façon raisonnable. Il importe de se rappeler qu'il s'agit d'un moyen de défense à une accusation de discrimination. Si un employeur était tenu de montrer que chaque employé âgé de soixante ans est dans l'incapacité physique de remplir ses fonctions, il n'y aurait aucun besoin du moyen de défense qu'est l'exigence professionnelle raisonnable. Dans de telles circonstances, l'employeur aurait établi l'ab-

discrimination. That would be open to an employer in the absence of a provision such as s. 16(7) of the Code.

It is therefore necessary to determine whether the language of the Saskatchewan Code is sufficiently different to alter what are generally accepted as the characteristics of this defence.

The Court of Appeal stressed the difference between the use of the words "*bona fide*" and "reasonable". The significance of the difference in wording was said to be that the word "reasonable" excluded the application of any subjective element from s. 16(7) of the Saskatchewan Code. I would have difficulty in concluding that a term or condition of employment was reasonable if the employer did not think it was necessary. On this basis, for a work rule to be reasonable it would also have to be *bona fide*. Even if I accept the more restrictive interpretation of the word "reasonable" employed by the Court of Appeal, I am nevertheless of the opinion that the individualized approach adopted by that court is not justified. The subjective requirement obliges the employer to establish that the employer had a sincerely held belief that the requirement was reasonably necessary for the adequate performance of the work and was not adopted for any ulterior or extraneous reasons. The objective standard requires the employer to establish that, apart from his belief, the requirement is in fact reasonably necessary. In both the subjective and objective applications of the test, the reasonableness of the requirement is vital. The elimination of the subjective element, which is an additional burden imposed on an employer who seeks to avail himself of the defence, cannot transform the defence from one that requires a generalized approach to one that requires a specific examination of individual circumstances. Indeed, the Court of Appeal recognized that this difference in the wording of the Ontario and Saskatchewan legislation was not a proper basis for the interpretation of s. 16(7). Accordingly, subject to the effect of the Regulations, the interpretation placed on the Ontario section by this Court in *Etobicoke* is applicable as well to s. 16(7) of the Code.

sence de discrimination. C'est ce que pourrait faire un employeur en l'absence d'une disposition comme le par. 16(7) du Code.

Il est en conséquence nécessaire de déterminer si les termes du Code de la Saskatchewan sont assez différents pour changer ce qui est généralement admis comme les caractéristiques de ce moyen de défense.

La Cour d'appel a insisté sur la différence entre les mots «réelle» et «raisonnable». L'importance de cette différence, a-t-on dit, tenait à ce que le mot «raisonnable» excluait, dans le cas du par. 16(7) du Code de la Saskatchewan, l'application de tout élément subjectif. Pour ma part, j'aurais de la difficulté à conclure qu'une condition de travail est raisonnable si l'employeur ne la jugeait pas nécessaire. Dans cette optique, pour qu'une règle en matière de travail soit raisonnable, il faudrait qu'elle soit réellement requise. Même si j'accepte l'interprétation plus restrictive du mot «raisonnable» retenue par la Cour d'appel, je tiens néanmoins pour injustifiée la méthode individualisée qu'elle a adoptée. L'exigence subjective oblige l'employeur à prouver qu'en toute sincérité il croyait l'exigence raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution adéquate du travail et qu'elle n'avait pas été posée pour des motifs inavoués ou étrangers à ce travail. Le critère objectif astreint l'employeur à établir que, indépendamment de sa conviction personnelle, l'exigence est en fait raisonnablement nécessaire. Dans les applications tant subjective qu'objective du critère, le caractère raisonnable de l'exigence est vital. L'élimination de l'élément subjectif, qui représente un fardeau supplémentaire imposé à l'employeur qui cherche à se prévaloir du moyen de défense, ne peut transformer ce moyen de défense, exigeant une approche générale, en un moyen de défense exigeant l'examen de chaque cas individuel. De fait, la Cour d'appel a reconnu que cette différence de rédaction entre les textes de l'Ontario et de la Saskatchewan n'était pas un fondement valable pour l'interprétation du par. 16(7). Par conséquent, sous réserve de l'effet du règlement, l'interprétation que notre Cour a donné à l'article de l'Ontario dans l'arrêt *Etobicoke* s'applique également au par. 16(7) du Code en cause.

The Court of Appeal quite properly points out that the Regulations seek to define the ingredients of the defence, an important element of which is exclusivity in relation to the age group that the employer desires to retain as his or her employees. It must be observed, first, that the definition provided by the Regulations is itself not exclusive. It states that "(b) 'reasonable occupational qualification' means, *inter alia*, a qualification..." [emphasis added]. Accordingly, if there is no incompatibility between the definitions in the Regulations and the definition approved in *Etobicoke*, compliance with either will meet the test of a *bona fide* occupational qualification. In my opinion, there is no such incompatibility. The employer can therefore justify the impugned policy either by bringing it within the enumerated definitions or the *Etobicoke* definition. The Board interpreted s. 16(7) of the Code by applying to it the definition approved in the *Etobicoke* case and correctly found that the City had justified its mandatory retirement policy on this basis.

This conclusion is also supported on a proper interpretation of the definitions in the Regulations. The definitions in paragraphs 1(b)(i) and (iii) are satisfied if the employer shows that it was necessary to hire persons in one age group exclusively in order that the essence of the business operation is not undermined, or in order to ensure that the duties of the job can be performed safely. The requirement in question provides that only employees who are in the age group below age sixty are to continue in their employment. The Regulation requires that the employer establish that this is necessary either in the interests of the essence of the business operation or safety. The question arises as to the standard with which the employer must establish necessity. In my opinion, in view of the words used in the Code, the standard must be one of reasonableness. To interpret the Regulations otherwise would conflict with the Code. It would also conflict with the general nature of this defence, to which I have referred above. Indeed it would virtually read it out of the statute. In my opinion, therefore, the Board did not err in applying the *Etobicoke* definition in determining whether the defence of reasonable

La Cour d'appel souligne à très juste titre que le règlement tente de définir les éléments du moyen de défense dont un élément important est l'exclusivité en ce qui concerne le groupe d'âge auquel l'employeur désire que ses employés appartiennent. Faisons observer d'abord que la définition contenue dans le règlement n'est pas elle-même exclusive. Elle porte: «(b) «exigence professionnelle raisonnable» désigne notamment une exigence...» [je souligne]. Donc, s'il n'y a pas d'incompatibilité entre les définitions données dans le règlement et la définition approuvée dans *Etobicoke*, la conformité avec l'une ou l'autre satisfera au critère de l'exigence professionnelle réelle. À mon avis, il n'y a pas d'incompatibilité. L'employeur peut donc justifier la politique contestée en la rendant conforme soit aux définitions énumérées soit à la définition approuvée dans *Etobicoke*. La commission a interprété le par. 16(7) du Code en y appliquant la définition approuvée dans l'arrêt *Etobicoke* et a conclu, avec raison, que la ville avait justifié sur ce fondement sa politique de retraite obligatoire.

Cette conclusion est appuyée également par l'interprétation correcte des définitions données dans le règlement. Les définitions des sous-al. 1b)(i) et (iii) sont respectées dès lors que l'employeur démontre qu'il a été nécessaire d'embaucher exclusivement des personnes d'un certain groupe d'âge afin de ne pas compromettre les caractéristiques essentielles de l'entreprise ou afin d'assurer l'exercice en toute sécurité des fonctions que comporte un emploi. L'exigence en question porte que seuls les employés âgés de moins de soixante ans peuvent continuer à travailler. Le règlement impose à l'employeur l'obligation de prouver que cela est nécessaire soit pour le maintien des caractéristiques essentielles de l'entreprise, soit pour les besoins de la sécurité. Se pose alors la question de savoir selon quelle norme l'employeur doit établir la nécessité. À mon avis, compte tenu des mots utilisés dans le Code, la norme à appliquer doit être celle du caractère raisonnable. Toute autre interprétation du règlement serait incompatible avec le Code. Elle serait en outre inconciliable avec la nature générale de ce moyen de défense, ce dont j'ai déjà traité. De fait, une telle interprétation opérerait pratiquement l'exclusion dudit

occupational qualification and requirement had been made out.

A similar conclusion was reached by the Manitoba Court of Appeal in *Re City of Winnipeg and Ogelski* (1986), 31 D.L.R. (4th) 161. In that case, the *Etobicoke* test was held to be the proper one in Manitoba even though the Manitoba legislation referred to a "reasonable occupational qualification" rather than a "*bona fide* occupational qualification".

### Individualized Testing

The argument that individualized testing is a prerequisite to a successful defence under s. 16(7) and the Regulations is essentially the argument that the employer must justify the impugned requirement on an individual basis. In *Bhinder v. Canadian National Railway Co., supra*, at p. 589, McIntyre J. said:

To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(a) a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(a). In my view, it was error in law for the Tribunal, having found that the *bona fide* occupational requirement existed, to exempt the appellant from its scope.

Wilson J. in a concurring opinion was of the same view. At page 580 she stated:

With respect, I do not think it is open to us under the statute to give the words *bona fide* a meaning which would have the effect of nullifying a provision which says that an employer will not be guilty of a discriminatory practice if the requirement he attaches to the job is a genuine requirement of that job. The purpose of s. 14(a) seems to me to be to make the requirement of the job prevail over the requirement of the employee. It

moyen de défense de la loi en cause. J'estime donc que la commission n'a pas commis d'erreur quand elle a appliqué la définition formulée dans l'arrêt *Etobicoke* aux fins de déterminer si l'on avait réussi à établir le moyen de défense de l'exigence professionnelle raisonnable.

Une conclusion analogue a été tirée par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Re City of Winnipeg and Ogelski* (1986), 31 D.L.R. (4th) 161, affaire dans laquelle le critère de l'arrêt *Etobicoke* a été jugé celui qu'il convenait d'appliquer au Manitoba, même si la loi manitobaine parlait d'une [TRADUCTION] «exigence professionnelle raisonnable» et non d'une «exigence professionnelle réelle».

### Les tests individuels

L'argument selon lequel les tests individuels sont un élément préalable nécessaire pour invoquer le moyen de défense fondé sur le par. 16(7) et sur le règlement revient essentiellement à dire que l'employeur doit justifier pour chaque individu l'exigence contestée. Dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, le juge McIntyre dit à la p. 589:

Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14a), mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14a). À mon avis, le tribunal a commis une erreur de droit quand, après avoir constaté l'existence d'une exigence professionnelle normale, il a exempté l'appelant de son application.

Le juge Wilson a exprimé la même opinion dans ses motifs concordants. À la page 580, elle écrit:

Avec égards, je ne pense pas qu'il nous soit permis, en vertu de la Loi, de donner au terme «normales» un sens qui aurait pour effet d'annuler une disposition qui dit qu'un employeur n'est pas coupable d'un acte discriminatoire si l'exigence qu'il attache à un emploi est une exigence réelle de cet emploi. L'alinéa 14a) me semble avoir pour objet de faire prévaloir les exigences d'un emploi sur celles de l'employé. Il supprime toute obliga-

negates any duty to accommodate by stating that it is not a discriminatory practice.

The legislature, in my view, by narrowing the scope of what constitutes discrimination has permitted genuine job-related requirements to stand even if they have the effect of disqualifying some persons for those jobs.

In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, the Court dealt with the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12. Beetz J., elaborating on the *Etobicoke* test of reasonable necessity, held, at p. 312, that an occupational requirement must be properly designed to ensure that the requirement is met without the imposition of an undue burden upon those to whom it applies. He further held that this allows an examination of the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question.

In *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209, the Federal Court of Appeal addressed an allegation that Air Canada's practice of refusing to hire new pilots over the age of 27 was discriminatory. Mahoney J. for the majority stated, at p. 217:

Thus, in asking what is reasonably necessary to ensure the safe performance by pilots of their duties as they age, it seems entirely reasonable to enquire if it is not possible or practical to deal with those pilots on an individual basis rather than preventing their initial employment by a blanket refusal to hire.

In my opinion, these cases point the way to the proper approach with respect to individual testing. While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determina-

tion d'accommodement en disant qu'il ne s'agit pas là d'un acte discriminatoire.

J'estime que le législateur, en rétrécissant le champ de la discrimination, a permis le maintien d'exigences réellement liées à un emploi, même si elles ont pour effet d'écarter certains individus de ces tâches.

Dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, la Cour a examiné la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q. 1977, chap. C-12. Le juge Beetz, développant le critère de la nécessité raisonnable énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, dit, à la p. 312, qu'une exigence professionnelle doit être bien conçue de manière qu'elle puisse être remplie sans que les personnes assujetties ne se voient imposer un fardeau excessif. Il ajoute que cela permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question.

Dans l'arrêt *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209, la Cour d'appel fédérale traitait d'une allégation que le refus systématique d'Air Canada d'embaucher des pilotes âgés de plus de vingt-sept ans était une pratique discriminatoire. Le juge Mahoney, au nom de la majorité, dit à la p. 217:

Ainsi, lorsqu'on se demande ce qui est raisonnablement nécessaire pour s'assurer que les pilotes accomplissent leurs fonctions en toute sécurité à mesure qu'ils vieillissent, il semble tout à fait raisonnable de vérifier s'il n'est pas possible ou pratique d'examiner le cas de chaque pilote plutôt que d'empêcher leur embauchage par un refus général de les embaucher.

À mon avis, cette jurisprudence nous indique la bonne façon d'aborder la question des tests individuels. Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur

tion that the employer did not act reasonably in not adopting it.

In this case, Bayda C.J.S. held that the Board had erred in law in failing to consider the efficacy of individualized functional testing as a relevant factor in the evaluation of a s. 16(7) defence. He focussed, at p. 252, on the following passage in the Board's reasons:

The approach to the problem advocated by the two [expert] witnesses may be reasonable. However, the issue to be determined in this matter is not whether a method of functional testing should be adopted but whether or not age is a reasonable occupational qualification and requirement for the position of fire fighter and/or Fire Marshall. [Emphasis added.]

With respect to the Chief Justice, I cannot conclude that the emphasized words represent a finding of law by the Board that the efficacy of functional testing is irrelevant to a s. 16(7) defence, particularly since the Board continued after the quoted passage to consider at length the evidence of the parties' experts, and ultimately made the following finding:

The safe and efficient performance of a fire fighter's duties is imperative especially where a situation exists involving danger to the life of a member of the community or to a fellow fire fighter. It is my opinion that there is no reliable testing procedure that will accurately determine how an individual will react or be able to cope with an emergency situation.

If the efficacy of functional testing had been thought by the Board to be irrelevant as a matter of law, then it would not have gone on to consider the evidence of the parties' experts or to make the finding of fact referred to.

It was the role of the Board, admittedly a very difficult one given the complexity and divergence of medical views on the subject, to determine if individualized testing was feasible. The Board concluded that this was not the case. In my opinion, the Board correctly applied the law, found as a fact that there was no practical alternative available to the appellant, and concluded that in adopting the policy with respect to retirement at age

a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution.

En l'espèce, le juge en chef Bayda a jugé que la commission avait commis une erreur de droit en ne prenant pas en considération l'efficacité de tests d'aptitude individuels comme facteur pertinent dans l'appréciation de la défense fondée sur le par. 16(7). Il s'est arrêté à l'extrait suivant des motifs de la commission, à la p. 252:

[TRADUCTION] La façon d'aborder le problème, préconisée par les deux témoins [experts], est peut-être raisonnable. Toutefois, la question à trancher ici n'est pas de savoir s'il y a lieu d'adopter une méthode de vérification de l'aptitude, mais de savoir si l'âge est une exigence professionnelle raisonnable du poste de pompier ou de commissaire aux incendies. [Je souligne.]

Avec égards pour le Juge en chef, je ne puis conclure que les mots soulignés représentent une conclusion de droit par la commission que l'efficacité d'un test d'aptitude n'est pas pertinente à l'égard d'une défense fondée sur le par. 16(7), d'autant que, après le passage cité, la commission fait l'examen minutieux des témoignages des experts produits par les parties, pour arriver enfin à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] L'exécution efficace et en toute sécurité des tâches d'un pompier s'impose absolument, surtout dans un cas où la vie d'un membre du public ou d'un collègue pompier se trouve en danger. Je suis d'avis qu'il n'existe aucune méthode fiable de vérification permettant de déterminer avec exactitude comment une personne réagira ou pourra faire face à une situation d'urgence.

Si la commission avait estimé que l'efficacité de tests d'aptitude était juridiquement sans pertinence, alors elle n'aurait pas examiné les témoignages des experts des parties ni n'aurait tiré la conclusion de fait mentionnée.

La commission avait un rôle, très difficile il est vrai étant donné la complexité et la divergence des opinions médicales en la matière, qui consistait à déterminer la faisabilité de tests individuels. Elle a conclu qu'ils n'étaient pas faisables. À mon avis, la commission d'enquête a appliqué correctement les règles de droit, a conclu qu'en fait l'appelante ne disposait d'aucune autre solution pratique et a décidé qu'en adoptant la politique relative à la

sixty, the employer was acting reasonably. No error of law having been committed by the Board, the Court of Appeal was wrong to reverse its decision.

Section 16(4)

In view of the conclusion I have reached with respect to the interpretation of s. 16(7) of the Code, it is unnecessary to deal with the application of s. 16(4) to the facts of this case.

Section 18

The final issue concerns the allegation that the Union violated s. 18 of the Code by discriminating against Craig. For ease of reference I repeat s. 18:

18. No trade union shall exclude any person from full membership or expel, suspend or otherwise discriminate against any of its members, or discriminate against any person in regard to employment by any employer, because of the race, creed, religion, colour, sex, marital status, physical disability, age, nationality, ancestry or place of origin of that person or member.

Bayda C.J.S. held that the provisions of the Code do not contain a reasonable occupational qualification exemption for unions analogous to that provided to employers by virtue of s. 16(7). Therefore, the Union was held to be in violation of s. 18 as soon as a *prima facie* case of discrimination was made out. This interpretation leads to the anomalous result that a union might be liable for agreeing to a discriminatory practice while the employer who formulates and enforces it is not.

Such an unfair result does not appear to reflect the overall intention of the Code. A more logical and consistent interpretation would be that there is no unlawful discrimination by a union contrary to s. 18 if there is no unlawful discrimination by the employer. The respondent, Human Rights Commission, conceded that if the employer does not discriminate within the meaning of the Code by virtue of s. 16(7), then the union has not negotiated a term whereby the employer must discriminate, and therefore the union has not itself dis-

retraite à l'âge de soixante ans, l'employeur avait agi raisonnablement. Comme la commission n'avait pas commis d'erreur de droit, c'est à tort que la Cour d'appel a infirmé sa décision.

<sup>a</sup> Le paragraphe 16(4)

<sup>b</sup> Vu ma conclusion relativement à l'interprétation du par. 16(7) du Code, il est inutile d'aborder la question de l'application du par. 16(4) aux faits de l'espèce.

L'article 18

<sup>c</sup> La dernière question concerne l'allégation que le syndicat a violé l'art. 18 du Code en faisant preuve de discrimination envers Craig. Par souci de commodité, je cite encore l'art. 18:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] 18. Aucun syndicat ne doit refuser à une personne la pleine qualité de membre, ni expulser, suspendre ou de quelque autre manière faire preuve de discrimination envers ses membres ni pratiquer à l'égard de quiconque en matière d'embauchage par un employeur la discrimination fondée sur la race, la croyance, la religion, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, l'infirmité, l'âge, la nationalité, l'ascendance ou le lieu d'origine de la personne ou du membre en question.

<sup>e</sup> Le juge en chef Bayda a dit que les dispositions du Code ne prévoient pas pour les syndicats une exemption fondée sur l'existence d'une exigence professionnelle raisonnable analogue à celle que le par. 16(7) accorde aux employeurs. Il a jugé en conséquence que le syndicat avait violé l'art. 18 dès lors qu'avait été établie l'existence à première vue d'une discrimination. Une telle interprétation amène au résultat illogique qu'un syndicat peut être responsable du fait d'avoir acquiescé à une pratique discriminatoire alors que l'employeur qui formule et applique cette pratique ne l'est pas.

<sup>f</sup> Un résultat aussi injuste ne paraît pas conforme à l'objet général du Code. Une interprétation plus logique et plus cohérente serait qu'un syndicat ne commet pas de discrimination contrairement à l'art. 18 s'il n'y pas de discrimination illégale de la part de l'employeur. La Human Rights Commission, intimée, a reconnu que si, suivant le par. 16(7), l'employeur ne pratique pas la discrimination au sens du Code, il s'ensuit que le syndicat n'a pas négocié une condition qui oblige cet employeur à faire preuve de discrimination, de sorte que le



criminated in relation to employment. I agree with this concession. If a defence is made out under s. 16(7), there is no discrimination by the employer. There cannot therefore be discrimination by a union that has merely agreed to a non-discriminatory act by an employer. Therefore, the Fire Fighters' Union has not discriminated against Craig contrary to s. 18 of the Code.

#### Disposition

The appeals are allowed with costs both here and in the Court of Appeal, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the judgment of Maher J. and the decision of the Board are restored.

*Appeals allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant City of Saskatoon: Theresa M. Dust, Saskatoon.*

*Solicitors for the appellant The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, Local 80: Mitchell Taylor Mattison Ching, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondents: Milton C. Woodard, Saskatoon.*

syndicat n'a pas lui-même pratiqué la discrimination en matière d'emploi. Je souscris à ce point de vue. Si la défense prévue au par. 16(7) est établie, il n'y a pas de discrimination par l'employeur. Il ne peut donc pas y en avoir de la part d'un syndicat qui a simplement donné son acquiescement à un acte non-discriminatoire de l'employeur. Cela étant, le Fire Fighters' Union n'a pas agi d'une manière discriminatoire envers Craig contrairement à l'art. 18 du Code.

#### Dispositif

Les pourvois sont accueillis avec dépens tant en notre Cour qu'en Cour d'appel, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement du juge Maher ainsi que la décision de la commission d'enquête sont rétablis.

*Pourvois accueillis avec dépens.*

*Procureur de l'appelante la ville de Saskatoon: Theresa M. Dust, Saskatoon.*

*Procureurs de l'appelant The Saskatoon Professional Fire Fighters Union, section locale 80: Mitchell Taylor Mattison Ching, Saskatoon.*

*Procureur des intimés: Milton C. Woodard, Saskatoon.*

**The City of Moose Jaw and The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553**

*Appellants*

v.

**The Saskatchewan Human Rights Commission and Roy Day** *Respondents*

INDEXED AS: SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. MOOSE JAW (CITY)

File No.: 20501.

1989: February 27; 1989: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Civil rights — Mandatory retirement — Labour contract providing for mandatory retirement for fire fighters — Alleged discrimination on the basis of age — Defence of bona fide occupational qualification — Fire fighter retired — Whether or not City had established "reasonable" occupational qualification defence — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(7).*

Respondent Day was a fire fighter with the City of Moose Jaw who was retired pursuant to a collective agreement. Both the City and the Union had declined to grant Day an extension of his retirement date as provided for in the collective agreement. As a result Day filed a complaint with the Saskatchewan Human Rights Commission alleging a violation of the prohibition against discrimination on the basis of age contained in s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*.

The Board of Inquiry appointed pursuant to the Code held that the City and the Union had discriminated against Day on the basis of age, contrary to ss. 16(1) and 18 of the Code respectively, and that the s. 16(7) defence of "reasonable occupational qualification and requirement" had not been made out. The Board's decision was reversed on an appeal taken to the Saskatchewan Court of Queen's Bench. Day died before a further appeal to the Court of Appeal was heard. That Court permitted the appeal to proceed on the initiative of the Commission, allowed the appeal and restored the order of the Board of Inquiry.

*Held:* The appeal should be allowed.

The controversy on which this proceeding was founded disappeared on Day's death. Both the Court of

**La ville de Moose Jaw et The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553**

*Appelants*

a c.

**La Saskatchewan Human Rights Commission et Roy Day** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) c. MOOSE JAW (VILLE)

N° du greffe: 20501.

1989: 27 février; 1989: 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Libertés publiques — Retraite obligatoire — Convention collective prévoyant la retraite obligatoire de pompiers — Plainte de discrimination fondée sur l'âge — Moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle — Mise à la retraite d'un pompier — La ville a-t-elle établi le moyen de défense de l'exigence professionnelle «raisonnable»? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(7).*

L'intimé Day, un pompier de la ville de Moose Jaw, a été mis à la retraite en application d'une convention collective. La ville et le syndicat ont tous les deux refusé de remettre sa retraite à plus tard en vertu de la convention. Day a en conséquence saisi la Saskatchewan Human Rights Commission d'une plainte alléguant la violation de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge édictée par le par. 16(1) de *The Saskatchewan Human Rights Code*.

La commission d'enquête constituée conformément au Code a jugé que la ville et le syndicat avaient commis à l'endroit de Day une discrimination fondée sur l'âge, contrairement au par. 16(1) et à l'art. 18 du Code, et qu'ils n'avaient pas établi le moyen de défense de l'«exigence professionnelle raisonnable» prévu au par. 16(7). La décision de la commission a été infirmée en appel par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Day est décédé avant qu'un nouvel appel devant la Cour d'appel soit entendu. Cette cour a autorisé la Human Rights Commission à poursuivre l'appel, a accueilli cet appel et a rétabli l'ordonnance de la commission d'enquête.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le différend qui a donné naissance au présent litige a cessé d'exister à la mort de Day. L'appel, dès lors sans

Appeal and this Court properly exercised their discretion and heard the appeal notwithstanding that it was moot.

The City established that its mandatory retirement policy was a reasonable occupational requirement within the terms of s. 16(7) of the Code. The issues of law which this appeal shared in common with *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, were resolved in that case.

#### Cases Cited

**Applied:** *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; **referred to:** *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (1976).

#### Statutes and Regulations Cited

*Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16(1), (7), 18, 30(1)(a), 32(1).  
*Saskatchewan Regulation 216/79*, s. 1(b).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 57 Sask. R. 241, 40 D.L.R. (4th) 143, [1987] 5 W.W.R. 173, 87 CLLC ¶ 17,024, allowing an appeal from a judgment of the Saskatchewan Court of Queen's Bench (1984), 33 Sask. R. 105, [1984] 4 W.W.R. 468, 84 CLLC ¶ 17,022, allowing an appeal from a decision of a Board of Inquiry created under *The Saskatchewan Human Rights Code*. Appeal allowed.

*John Zimmer*, for the appellant the City of Moose Jaw.

*Ronald Hagan*, for the appellant The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553.

*Milton C. Woodard*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The facts in this appeal, and the issues it raises, are virtually identical to those in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297.

objet, a néanmoins été entendu par la Cour d'appel et par notre Cour qui ont exercé de la façon appropriée leur pouvoir discrétionnaire.

La ville a établi que sa politique de retraite obligatoire constituait une exigence professionnelle raisonnable au sens du par. 16(7) du Code. Les questions de droit communes au présent pourvoi et à l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, ont été tranchées dans cette dernière affaire.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; **arrêt mentionné:** *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (1976).

#### Lois et règlements cités

*Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(1), (7), 18, 30(1)a), 32(1).  
*Saskatchewan Regulation 216/79*, art. 1b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 57 Sask. R. 241, 40 D.L.R. (4th) 143, [1987] 5 W.W.R. 173, 87 CLLC ¶ 17,024, qui a accueilli un appel d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (1984), 33 Sask. R. 105, [1984] 4 W.W.R. 468, 84 CLLC ¶ 17,022, accueillant un appel interjeté contre une décision d'une commission d'enquête constituée en vertu de *The Saskatchewan Human Rights Code*. Le pourvoi est accueilli.

*John Zimmer*, pour l'appelante la ville de Moose Jaw.

*Ronald Hagan*, pour l'appelant The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553.

*Milton C. Woodard*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Les faits et les questions en litige dans ce pourvoi sont presque identiques à ceux de l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

Facts

The respondent Day commenced employment as a fire fighter with the appellant City of Moose Jaw ("the City") in 1947. A collective agreement entered into in 1974 by the City and the appellant The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553 ("the Union"), provided for a gradual reduction in the mandatory retirement age for fire fighters, from sixty-five to sixty over a ten-year period. Pursuant to the collective agreement Day was retired at the end of February 1980, at age sixty-two. Both the City and the Union had declined to grant Day an extension of his retirement date as provided for in the collective agreement. As a result Day filed a complaint with the Saskatchewan Human Rights Commission alleging a violation of the prohibition against discrimination on the basis of age contained in s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1 ("the Code").

Board of Inquiry

The Board of Inquiry (the "Board") appointed pursuant to the Code held that the City and the Union had discriminated against Day on the basis of age, contrary to ss. 16(1) and 18 of the Code respectively, and that the s. 16(7) defence of "reasonable occupational qualification and requirement" had not been made out.

The Board first concluded that Day's mandatory retirement upon attaining age sixty-two amounted to *prima facie* age discrimination. The central issue for the Board's consideration was the proper interpretation of the words "reasonable occupational qualification and requirement" in s. 16(7) of the Code, as defined in s. 1(b) of Saskatchewan Regulation 216/79. The Board held that the standard of proof to be applied in considering a s. 16(7) defence is the ordinary civil standard of proof on a balance of probabilities, and that the burden of proof is borne by the employer. The Board held further that this Court's decision in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202 ("*Etobicoke*"), was binding upon it. It is the Board's application of *Etobicoke* that has precipitated the appeal now before us.

Les faits

L'intimé Day a commencé à travailler comme pompier pour la ville de Moose Jaw («la ville»), appelante, en 1947. Une convention collective conclue en 1974 entre la ville et The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553 («le syndicat»), appellant, prévoyait la réduction graduelle, sur une période de dix ans, de l'âge de retraite obligatoire des pompiers de soixante-cinq à soixante ans. En application de la convention collective, Day a été mis à la retraite à la fin de février 1980, à l'âge de soixante-deux ans. La ville et le syndicat ont tous les deux refusé le report de son départ à la retraite, en vertu de la convention. Day a en conséquence saisi la Saskatchewan Human Rights Commission d'une plainte alléguant la violation de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge édictée par le par. 16(1) de *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1 («le Code»).

La commission d'enquête

La commission d'enquête (la «commission») constituée conformément au Code a jugé que la ville et le syndicat avaient commis à l'endroit de Day une discrimination fondée sur l'âge, contrairement au par. 16(1) et à l'art. 18 du Code, et qu'ils n'avaient pas établi le moyen de défense de l'«exigence professionnelle raisonnable».

La commission a conclu d'abord que la retraite obligatoire de Day à l'âge de soixante-deux ans constituait à première vue de la discrimination. La question essentielle à examiner par la commission était celle de l'interprétation à donner à l'expression «exigence professionnelle raisonnable» employée au par. 16(7) du Code et définie à l'al. 1b) du règlement 216/79 de la Saskatchewan. Selon la commission, la norme de preuve à appliquer dans le cas du moyen de défense prévu au par. 16(7) était la norme ordinaire en matière civile de la preuve selon la prépondérance des probabilités dont la charge incombe à l'employeur. La commission s'estimait en outre liée par l'arrêt de notre Cour *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 («*Etobicoke*»). C'est l'application de cet arrêt par la commission qui a donné lieu au présent pourvoi.

The Board took the view that the absence of the term “*bona fide*” in the Saskatchewan legislation, and the presence instead of the term “reasonable”, mandated that the subjective aspect of the test enunciated by McIntyre J. in *Etobicoke* not apply in relation to the s. 16(7) defence, and that, therefore, it was irrelevant whether the occupational requirement in question was set honestly and in good faith, or otherwise. The Board thus held that the objective aspect of the test in *Etobicoke* was the operative test under s. 16(7). That test, set out in *Etobicoke* by McIntyre J. at p. 208, requires that an employer against whom a *prima facie* case of discrimination has been made out show that the impugned qualification or requirement is:

... related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

The Board’s interpretation of the Saskatchewan legislation and its application of *Etobicoke* are contained in the following portions of its reasons for decision:

It is the Board’s view that the case law establishes that it is still necessary for the employer to show that all members of the restricted class ... had the intolerable characteristic or that the incidence in that group was so great and not sufficiently identifiable as to make the risks from continuing to employ members of the group intolerable in the circumstances. It is the Board’s view that the wording of this test, although taken from the *Tamiami* decision was adopted by the Supreme Court of Canada in the *Etobicoke* case when the Court made reference to ‘sufficient risk of employee failure’.

The American decision referred to by the Board is the judgment of the United States Court of Appeals in *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976). The Board continued its reasons by propounding a test:

From its review of the case law the Board concludes that in order to establish a reasonable occupational qualification exception within the meaning of Section 16(7) of the *Code* the Respondent must meet the following requirements:

Selon la commission, le fait qu’à la place de «*bona fide*» («réelle») figurait dans la loi de la Saskatchewan le terme «reasonable» («raisonnable») signifiait que l’aspect subjectif du critère énoncé par le juge McIntyre dans l’arrêt *Etobicoke* ne s’appliquait pas au moyen de défense prévu au par. 16(7) et qu’en conséquence il importait peu que l’exigence professionnelle en question ait été posée sincèrement et de bonne foi ou non. La commission a donc décidé que l’aspect objectif du critère établi dans l’arrêt *Etobicoke* était celui à appliquer aux fins du par. 16(7). Ce critère, formulé dans l’arrêt *Etobicoke* par le juge McIntyre, à la p. 208, exige qu’un employeur contre lequel a été faite une preuve *prima facie* de discrimination démontre que l’exigence contestée:

... se rapport[e] objectivement à l’exercice de l’emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l’exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l’employé, ses compagnons de travail et le public en général.

L’interprétation donnée par la commission à la loi de la Saskatchewan ainsi que son application de l’arrêt *Etobicoke* ressortent des extraits suivants des motifs de sa décision:

[TRADUCTION] La commission estime que la jurisprudence établit qu’il est encore nécessaire pour l’employeur de prouver que tous les membres de la catégorie visée par la restriction [...] possédaient la caractéristique inadmissible ou que celle-ci se manifestait tellement fréquemment parmi les membres de ce groupe ou était tellement difficile à déceler que les risques inhérents au maintien en fonction de ces personnes devenaient intolérables dans les circonstances. La commission estime que la formulation de ce critère, quoique tirée de l’arrêt *Tamiami*, a été adoptée par la Cour suprême du Canada qui, dans l’arrêt *Etobicoke*, parle d’un «risque d’erreur humaine suffisant».

L’arrêt américain auquel se réfère la commission a été rendu par la Cour d’appel des États-Unis dans l’affaire *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976). La commission a poursuivi en formulant le critère que voici:

[TRADUCTION] Son examen de la jurisprudence amène la commission à la conclusion que, pour établir une exception fondée sur l’existence d’une exigence professionnelle raisonnable au sens du par. 16(7) du *Code*, l’intimé doit remplir les conditions énumérées ci-après:

(a) In situations where employment involves risk to the public, which includes the case before the Board, the *Etobicoke* case establishes the test as: "whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large".

(b) That, in attempting to meet this burden, evidence of a medical and scientific nature will be considerably more persuasive than impressionistic evidence.

(c) That the burden of proof, which is on the Respondent is no less in "public risk" situations, but merely that the Respondent is allowed to establish risk as opposed to inability and to establish that risk on the balance of probabilities.

(d) That before risk of employee failure can be identified with a certain class it must be shown that the characteristics creating the risk either pervade the entire class or that those members of the class having such characteristics cannot be sufficiently identified through testing or other means in order that they might be retired.

(e) That what will amount to "sufficient risk" must be determined in relation to the severity of the consequences, so that less increased risk might establish the exception where the results could be catastrophic, such as in the transportation cases whereas greater risk might not be sufficient in situations where there is more possibility of backup and support such as in a group or team type of work.

(f) That the imposition of the requirement must be reasonable, that is a reasonable solution to the presence of the risk which needs to be minimized.

The Board then canvassed the evidence of the various experts called by both the appellants and the respondents in order to determine if the above test had been met on the facts of this case. The Board recognized that fire fighting was an arduous task, but stated that the appellants had not demonstrated that there was sufficient risk of employee

a) Pour les situations où le maintien en fonction entraîne un risque pour le public, tel le cas dont la commission est saisie, l'arrêt *Etobicoke* établit le critère suivant: «si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque de défaillance de l'employé suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général».

b) Pour s'acquitter de cette obligation, une preuve de nature médicale et scientifique sera bien plus convaincante que de simples impressions.

c) La charge de la preuve, qui incombe à l'intimée, n'est pas moins lourde dans les situations comportant un «risque pour le public», mais il lui est simplement permis d'établir le risque plutôt que l'incapacité et de prouver ce risque selon la pondération des probabilités.

d) Avant que le risque de défaillance de l'employé puisse être rattaché à une certaine catégorie de personnes, il doit être démontré que les caractéristiques d'où naît le risque se manifestent parmi tous les membres de la catégorie en question ou encore qu'il est impossible par des tests ou par d'autres moyens de déterminer avec une certitude suffisante les membres de la catégorie qui possèdent ces caractéristiques, afin qu'ils puissent être mis à la retraite.

e) Ce qui constitue un «risque suffisant» doit être déterminé en fonction de la gravité des conséquences, de sorte que l'existence d'un risque moins grand établirait peut-être l'exception lorsque les résultats pourraient être catastrophiques, comme c'est le cas dans les affaires en matière de transport, tandis qu'un risque plus grand pourrait s'avérer insuffisant dans des situations où il y a de meilleures possibilités d'obtenir de l'aide ou du soutien, par exemple dans le cas d'un travail de groupe ou d'équipe.

f) L'exigence doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'elle doit représenter une solution raisonnable face à l'existence du risque devant être atténué.

La commission a fait ensuite l'examen de la preuve des différents experts produits tant par les appelants que par les intimés, afin de déterminer si, d'après les faits de l'espèce, on avait satisfait au critère énoncé ci-dessus. La commission a reconnu le caractère ardu du travail de pompier, mais a dit que les appelants n'avaient pas démontré l'exis-

failure in those over the mandatory retirement age to warrant the retirement of Day at age sixty-two. The Board appeared to impose a burden on the employer, again adopting principles from the *Tamiami* decision, that the employer prove that it is "impossible or highly impractical" to conduct individualized testing. However, the Board found as a fact, on the basis of the extensive record before it, that individual performance testing to eliminate those who would be unable to perform the tasks of a fire fighter was feasible:

The Board concludes that, even though there was no burden on it to do so, the Commission has established on a balance of probabilities that individual firefighters at high risk of having a CHD [coronary heart disease] event can be detected and removed from the firefighting force without a blanket resort to age and at a cost which would not be prohibitive.

What the Human Rights Code requires in a case such as this is a balancing of the right of each individual employee to continue to work in spite of his age against the risk to the public and to other employees created by the nature of the duties to be performed. This Board has taken its obligation to balance the right against the risk extremely seriously and is satisfied that the risk of employee failure can be adequately reduced by performance testing and screening for potential CHD events through medical histories followed by possible tread mill stress testing.

In view of the test set out by the Board this finding resulted in the conclusion that the s. 16(7) defence had not been made out.

Court of Queen's Bench (1984), 33 Sask. R. 105

An appeal from the Board's decision was taken to the Saskatchewan Court of Queen's Bench pursuant to s. 32 of the Code, according to which appeals may be taken only on questions of law.

Matheson J. held that the Board erred in law in adopting a test for a reasonable occupational

tence, chez les personnes ayant dépassé l'âge de retraite obligatoire, d'un risque de défaillance de l'employé suffisant pour justifier la mise à la retraite de Day à l'âge de soixante-deux ans. La commission, adoptant encore une fois des principes établis dans l'arrêt *Tamiami*, semble avoir imposé à l'employeur la charge de prouver qu'il est [TRADUCTION] «impossible ou hautement impraticable» de procéder à des tests individuels. Se fondant sur la preuve abondante produite devant elle, la commission a toutefois conclu qu'il était faisable d'administrer des tests d'aptitude individuels pour écarter les personnes incapables de s'acquitter des tâches d'un pompier:

[TRADUCTION] La commission conclut que, même si elle n'était pas tenue de le faire, la Human Rights Commission a établi selon la prépondérance des probabilités que les pompiers présentant un grand risque d'insuffisance coronarienne peuvent être détectés et écartés du corps des pompiers, sans recourir à une restriction générale fondée sur l'âge et sans que le coût soit prohibitif.

Le Code exige dans un cas de ce genre qu'on soupèse le droit de chaque employé de continuer à travailler malgré son âge, d'une part, et le risque auquel se trouvent exposés le public et d'autres employés compte tenu de la nature des tâches à exécuter, d'autre part. Cette commission a pris très au sérieux son obligation de soupeser ce droit et ce risque et elle est convaincue que le risque de défaillance de l'employé peut être réduit suffisamment par des tests d'aptitude et par une vérification de la prédisposition aux insuffisances coronariennes, par consultation de dossiers médicaux suivie éventuellement d'épreuves d'effort sur tapis roulant.

Étant donné le critère énoncé par la commission d'enquête, cette conclusion a conduit à la décision que le moyen de défense prévu au par. 16(7) n'avait pas été établi.

La Cour du Banc de la Reine (1984), 33 Sask. R. 105

La décision de la commission d'enquête a été portée en appel devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan conformément à l'art. 32 du Code, qui dispose qu'appel ne peut être interjeté que sur des questions de droit.

Le juge Matheson a conclu que la commission avait commis une erreur de droit en adoptant un

qualification modelled on the American test in *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, *supra*, and that the *Tamiami* test had not been adopted by this Court in *Etoibicoke*. Matheson J. rejected the assertion that the employer must show that all members of the restricted class must possess the "intolerable characteristic", as this would involve placing an impossible burden upon employers. As well, he held that nothing in *Etoibicoke* suggested that the employer need establish, in the Board's words, that "... the incidence in that group was so great and not sufficiently identifiable as to make the risks from continuing to employ members of the group intolerable in the circumstances."

Matheson J. held that the Board erred in law when it concluded that the respondents [appellants herein] failed to displace the burden of showing that functional testing on an individualized basis was "impossible or highly impractical". As a consequence of this error Matheson J. reversed the Board's decision and dismissed Day's complaint.

Court of Appeal (1987), 57 Sask. R. 241

A further appeal was taken to the Court of Appeal for Saskatchewan. Before the appeal was heard, the respondent Day died. However, Bayda C.J.S., speaking for the court, was of the view that the Saskatchewan Human Rights Commission is a party to all proceedings before a board of inquiry by virtue of s. 30(1)(a) of the Code, and any such party enjoys the right to appeal granted by s. 32(1) of the Code. The appeal was, therefore, permitted to proceed on the initiative of the Commission. This ruling was not challenged in this Court.

The judgment of Bayda C.J.S. in the present case has been reviewed in *Saskatoon Fire Fighters*, and it would serve no purpose to repeat that review here. In his conclusion, Bayda C.J.S. dealt

critère de ce qui constituait une exigence professionnelle raisonnable qui était modelé sur le critère américain formulé dans l'arrêt *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, précité, et que ce dernier critère n'avait pas été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Etoibicoke*. Le juge Matheson a rejeté l'assertion qu'il incombe à l'employeur de démontrer que tous les membres de la catégorie touchée par la restriction possèdent la «caractéristique inadmissible», car ce serait là imposer aux employeurs une obligation dont il leur serait impossible de s'acquitter. Il a conclu en outre que rien dans l'arrêt *Etoibicoke* n'indique que l'employeur doit établir, pour reprendre les propos de la commission, que la caractéristique en question «... se manifestait tellement fréquemment parmi les membres de ce groupe ou était tellement difficile à déceler que les risques inhérents au maintien en fonction de ces personnes devenaient intolérables dans les circonstances».

Le juge Matheson a décidé que la commission avait commis une erreur de droit en concluant que les intimés [appelants en l'espèce] ne s'étaient pas acquittés de l'obligation qui leur incombait de démontrer que des tests individuels d'aptitude étaient «impossibles ou hautement impraticables». Vu cette erreur, le juge Matheson a infirmé la décision de la commission et a rejeté la plainte de Day.

La Cour d'appel (1987), 57 Sask. R. 241

Un nouvel appel a été formé devant la Cour d'appel de la Saskatchewan. L'intimé Day est décédé avant que l'appel soit entendu. Le juge en chef Bayda, au nom de la cour, a toutefois estimé que, suivant l'al. 30(1)a) du Code, la Saskatchewan Human Rights Commission est partie à toute procédure devant une commission d'enquête et qu'elle jouit à ce titre du droit d'appel que confère le par. 32(1) du Code. L'autorisation a donc été accordée à la Human Rights Commission de poursuivre l'appel, décision qu'on ne conteste pas devant notre Cour.

Les motifs du juge en chef Bayda dans la présente affaire ont été étudiés dans l'arrêt *Saskatoon Fire Fighters* et il est inutile de refaire cet examen ici. Dans sa conclusion, le juge en chef Bayda



specifically with the circumstances of the Day complaint, as follows at p. 255:

As for the Day case, the Board, although at one point in its reasons appeared to state the proper test, proceeded to apply a modified *Etobicoke* test. In so doing, however, it in large measure applied the same principles one would need to apply to determine the existence of the element of exclusivity required under the Saskatchewan Regulations. The fact that the Board did not specifically say it was doing that does not affect the result it reached. The Board found, in effect, that the employer did not discharge the onus upon him to prove exclusivity of the unrestricted age group and concluded that the employer did justify the discrimination the Board initially found. This was the proper conclusion under Saskatchewan law. The Board was right to hold that a violation of s. 16(1) occurred. The appellate judge was wrong to reverse the Board's decision.

Consequently, the Court of Appeal set aside Matheson J.'s decision, and restored the order of the Board of Inquiry.

#### Disposition

Upon the unfortunate death of the respondent Day, the controversy upon which this proceeding was founded disappeared. Both the Court of Appeal and this Court heard the appeal notwithstanding that it was moot. This was an appropriate exercise of discretion in order to resolve issues of law which this appeal shared in common with *Saskatoon Fire Fighters*. Those issues have been resolved in the reasons in that case which need not be repeated here. It is sufficient to state that the Board erred in law in concluding as it did that the City had failed to establish that its mandatory retirement policy was a reasonable occupational requirement within the terms of s. 16(7) of the Code. I agree with Bayda C.J.S. that, without expressly saying so, the Board in effect applied the exclusivity test which has been held to constitute an error of law in *Saskatoon Fire Fighters*.

The issues of law having been resolved, in light of the circumstances outlined above, it is unneces-

traite particulièrement des circonstances de la plainte de Day, à la p. 255:

[TRADUCTION] Pour ce qui est du cas de Day, la commission d'enquête, quoiqu'elle paraisse à un endroit dans ses motifs énoncer le critère approprié, a par la suite appliqué une variante du critère établi dans l'arrêt *Etobicoke*. En le faisant, toutefois, elle a dans une grande mesure appliqué les principes qu'il faudrait appliquer pour déterminer l'existence de l'élément d'exclusivité exigé par le règlement de la Saskatchewan. Le fait que la commission d'enquête n'a pas dit explicitement que c'est ce qu'elle faisait ne change en rien la conclusion à laquelle elle est arrivée. La commission a décidé en fait que l'employeur ne s'était pas acquitté de la charge qui lui incombait de prouver l'exclusivité de ce groupe d'âge, sans restriction, et a conclu que l'employeur n'avait pas justifié la discrimination qu'elle avait constatée. C'était la conclusion qui s'imposait sous le régime du droit de la Saskatchewan. La commission a eu raison de dire qu'il y avait eu violation du par. 16(1). C'est donc à tort que le juge d'appel a infirmé la décision de la commission.

La Cour d'appel a en conséquence infirmé la décision du juge Matheson et a rétabli l'ordonnance de la commission d'enquête.

#### Dispositif

Avec le décès malheureux de l'intimé Day, le différend qui a donné naissance au présent litige n'existait plus. L'appel, dès lors sans objet, a néanmoins été entendu par la Cour d'appel et par notre Cour. Il s'agit là d'un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire afin de régler des questions de droit communes au présent pourvoi et à l'affaire *Saskatoon Fire Fighters*. Ces questions ont été tranchées dans les motifs rédigés dans cette dernière affaire, qu'il n'y a pas lieu de répéter ici. Il suffit de dire que la commission d'enquête a commis une erreur de droit en concluant que la ville n'avait pas établi que sa politique de retraite obligatoire était une exigence professionnelle raisonnable au sens du par. 16(7) du Code. Je suis d'accord avec le juge en chef Bayda que, sans le reconnaître explicitement, la commission a en fait appliqué le critère d'exclusivité qui a été jugé erroné en droit dans l'arrêt *Saskatoon Fire Fighters*.

Comme les questions de droit ont été tranchées et compte tenu des circonstances exposées plus

sary to consider whether the matter should be remitted to the Board to be dealt with according to law. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, and the judgment of Matheson J. restored; costs to the appellants against the respondent Commission both here and in the Court of Appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant the City of Moose Jaw: John C. Zimmer, Moose Jaw.*

*Solicitor for the appellant The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553: Ronald G. Hagan, Moose Jaw.*

*Solicitor for the respondents: Milton C. Woodard, Saskatoon.*

haut, il est inutile d'examiner si l'affaire devrait être renvoyée à la commission d'enquête pour qu'elle statue conformément aux règles de droit appropriées. Par conséquent, le pourvoi est <sup>a</sup> accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement du juge Matheson rétabli. Les dépens des appelants tant en notre Cour qu'en Cour d'appel seront supportés par l'intimée la Human Rights Commission.

<sup>b</sup>

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l'appelante la ville de Moose Jaw: John C. Zimmer, Moose Jaw.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'appelant The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553: Ronald G. Hagan, Moose Jaw.*

<sup>d</sup> *Procureur des intimés: Milton C. Woodard, Saskatoon.*

**IN THE MATTER OF sections 2(b) and 52(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*;**

**AND IN THE MATTER OF sections 25 and 30 of the *Judicature Act*, being chapter J-1 of the *Revised Statutes of Alberta, 1980*;**

between

**Edmonton Journal, a division of Southam Inc. *Appellant***

v.

**The Attorney General for Alberta and the Attorney General of Canada *Respondents***

and

**The Attorney General for Ontario *Intervener***

INDEXED AS: EDMONTON JOURNAL v. ALBERTA  
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20608.

1989: March 3; 1989: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Open court process — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether legislation violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether legislation violates s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Whether s. 15 applicable to corporations — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.*

**DANS L'AFFAIRE DE l'alinéa 2b) et du paragraphe 52(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*;**

**<sup>a</sup> ET DANS L'AFFAIRE DES articles 25 et 30 de la *Judicature Act*, chapitre J-1 des Lois révisées de l'Alberta, 1980;**

<sup>b</sup> entre

**Edmonton Journal, une division de Southam Inc. *Appelant***

c.

**<sup>c</sup> Le procureur général de l'Alberta et le procureur général du Canada *Intimés***

et

**<sup>d</sup> Le procureur général de l'Ontario *Intervenant***

RÉPERTORIÉ: EDMONTON JOURNAL c. ALBERTA  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20608.

<sup>e</sup> 1989: 3 mars; 1989: 21 décembre.

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

<sup>f</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Publicité du processus judiciaire — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 15 s'applique-t-il aux personnes morales? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.*

The appellant sought a declaration that s. 30 of the Alberta *Judicature Act* (the "Act") contravenes ss. 2(b) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which respectively guarantee freedom of expression and legal equality. Section 30(1) of the Act prohibits the publication of any detail relating to matrimonial proceedings other than the names, addresses and occupations of the parties and witnesses; a concise statement of the charges, defences, counter-charges and legal submissions; and the summing up of the judge, the finding of the jury and the judgment of the court. Section 30(2) prohibits the publication before trial of anything contained in the pleadings of civil proceedings, except the names of the parties and the general nature of the claim and of the defence. Section 30(3) provides for various types and forms of publication when ordered by the court, including the publication of matters otherwise prohibited. Both the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal dismissed the application on the ground that s. 30 constitutes a reasonable limit to s. 2(b) under s. 1 of the *Charter* and that it did not violate s. 15.

*Held* (La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed. Sections 30(1) and 30(2) of the Act infringe s. 2(b) of the *Charter* and are not justifiable under s. 1 of the *Charter*. In light of this conclusion, it is not necessary to deal with the argument based on s. 15 of the *Charter*.

*Per* Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ.: Freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society and should only be restricted in the clearest of circumstances. It is also essential to a democracy, and crucial to the rule of law, that the courts are seen to function openly. The press must thus be free to comment and report upon court proceedings to ensure that the courts are in fact seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny. It is only through the press that most individuals can really learn of what is occurring in the courts. The members of the public, as "listeners" or "readers", have a right to receive information pertaining to public institutions, in particular the courts. Here, there is no doubt that the provisions of s. 30(1) and (2) of the Act contravene s. 2(b) of the *Charter*. Section 30(1) represses the publication of important aspects of court proceedings in matrimonial causes, including information on the evidence adduced at trial and the comments of counsel or of the presiding judge. Section 30(2) creates an almost total restriction on providing information pertaining to pleadings or documents filed in any civil proceedings, including cases

L'appelant demande un jugement déclarant que l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta (la «Loi») contrevient à l'al. 2b) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantissent, le premier, la liberté de la presse et, le deuxième, l'égalité devant la loi. Le paragraphe 30(1) de la Loi interdit la publication de tout renseignement relatif à une procédure matrimoniale autre que les noms, adresses et occupations des parties et des témoins, un exposé concis des accusations, des défenses et des contre-accusations et des arguments sur un point de droit, et les directives du juge, la décision du jury et le jugement du tribunal. Le paragraphe 30(2) interdit la publication, avant le procès, de tous les renseignements mentionnés dans les procédures écrites à l'exception des noms des parties, de la nature de la demande ou de la défense, en termes généraux. Le paragraphe 30(3) permet certaines formes de publication lorsque la cour l'ordonne, y compris la publication de détails par ailleurs interdits. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont rejeté la demande parce que l'art. 30 constitue une limite raisonnable à l'al. 2b) en vertu de l'article premier de la *Charte* et qu'il ne viole pas l'art. 15.

*Arrêt* (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli. Les paragraphes 30(1) et (2) de la Loi contreviennent à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

*Le* juge en chef Dickson et les juges Lamer et Cory: La liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique et ne devrait être restreinte que dans les cas les plus clairs. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit donc être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'auditeurs ou de lecteurs, ils ont droit à l'information relative aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. En l'espèce, il est certain que les dispositions des par. 30(1) et (2) de la Loi violent l'al. 2b) de la *Charte*. Le paragraphe 30(1) interdit la publication d'aspects importants des procédures judiciaires dans les instances matrimoniales, y compris des renseignements sur la preuve produite au procès et les remarques des avocats ou du juge. Le paragraphe 30(2)

involving matters of administrative or constitutional law, before they have been heard.

The limits imposed by s. 30(1) and (2) on s. 2(b) are not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the objectives of protecting the privacy of individual (s. 30(1) and (2)) and of ensuring a fair trial (s. 30(2)) constitute pressing and substantial concerns for the purpose of s. 1 of the *Charter*, both subsections do not interfere as little as possible with the fundamental right of freedom of expression, nor do they reflect that proportionality which is required between the effect of the impugned measure on the protected right and the attainment of the objectives. The restrictions in s. 30(1) and (2) are too extensive and go much further than necessary to protect the objectives of the legislation. Section 30 by its restrictive ban on publication results in a very substantial interference with freedom of expression and significantly reduces the openness of the courts. Any need to protect the privacy of the parties, their children or of the witnesses, or to ensure a fair trial could have been accomplished by far less sweeping measures.

Because ss. 30(1) and 30(2) contravene s. 2(b), and in light of the conclusion that it cannot be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the argument based on s. 15 of the *Charter*.

*Per* Wilson J.: The *Charter* should be applied to individual cases using a contextual rather than an abstract approach. A contextual approach recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context and brings into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. This approach is more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts of a case and is more conducive to finding a fair and just compromise between two competing values under s. 1. The importance of a *Charter*'s right or freedom, therefore, must be assessed in context rather than in the abstract and its purpose must also be ascertained in context.

The values in conflict in the context of this particular case are the right of the public to an open court process, which includes the right of the press to publish what goes on in the courtroom, and the right of litigants to the protection of their privacy in matrimonial proceedings. In particular, the purpose of s. 30(1) of the Act is to protect these litigants against the embarrassment,

interdit presque totalement l'accès aux renseignements relatifs aux actes de procédure ou aux documents produits dans une instance civile, y compris les instances concernant des questions de droit administratif ou de droit constitutionnel, avant qu'ils aient été présentés.

Les limites imposées à l'al. 2b) par les par. 30(1) et (2) ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de protéger la vie privée des individus (par. 30(1) et (2)) et de garantir un procès équitable (par. 30(2)) constituent des préoccupations urgentes et réelles aux fins de l'article premier de la *Charte*, les deux paragraphes ne portent pas le moins possible atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression ni ne satisfont à la proportionnalité requise entre l'effet de la mesure contestée sur le droit garanti et la réalisation des objectifs. Les restrictions des par. 30(1) et (2) sont trop sévères et vont beaucoup plus loin que ce qui est nécessaire pour protéger les objectifs de la loi. L'interdiction de publier que contient l'art. 30 porte très gravement atteinte à la liberté d'expression et altère considérablement la transparence des tribunaux. Des mesures beaucoup moins radicales pourraient protéger la vie privée des parties, de leurs enfants ou des témoins, ou assurer le caractère équitable des procès.

Puisque les par. 30(1) et (2) portent atteinte à l'al. 2b), et vu la conclusion qu'ils ne peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge Wilson: La *Charte* devrait être appliquée aux cas individuels selon une méthode contextuelle plutôt qu'abstraite. La méthode contextuelle reconnaît qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte et met clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et donc être plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier. L'importance d'une liberté ou d'un droit reconnus par la *Charte* doit donc être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et son objet doit être déterminé en fonction du contexte.

Les valeurs en conflit dans le contexte de l'espèce sont le droit du public à la publicité du processus judiciaire, qui comporte le droit de la presse de publier ce qui se passe dans une salle d'audience, et le droit des plaideurs à la protection de leur vie privée dans des litiges matrimoniaux. En particulier, l'objet du par. 30(1) de la Loi est de protéger les plaideurs contre la gêne, la peine ou

grief or humiliation that may flow from the publication of the particulars of their private life disclosed in the courtroom. To do so, s. 30(1) has placed serious limits on the publication of what takes place in a courtroom. These limits clearly infringe the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. They restrict the right of the press to report the details of judicial proceedings and go against the traditional emphasis which has been placed in our justice system upon an open court process. The importance of the open court process in our society is supported by several compelling reasons and only powerful considerations would justify inroads into such a process.

Section 30(1) of the Act does not constitute a reasonable limit on the freedom of the press which can be justified by s. 1 of the *Charter*. While the protection of privacy is a legitimate government objective, s. 30(1) lacks the required degree of proportionality. There is unquestionably a small proportion of matrimonial cases in which publication of the evidence would cause severe emotional and psychological trauma and public humiliation for the parties (and their children) as to warrant a ban on publication. Section 30(1), however, is not restricted to such cases. It encompasses all matrimonial causes presumably on the assumption that they are all inevitably attended by such consequences. This assumption may have been valid at one time but it is wholly unrealistic today. Many allegations that might once have been acutely embarrassing and painful are today a routine feature of matrimonial causes to which little, if any, public stigma attaches. Legislation seeking to place restrictions on freedom of the press in this area need to be much more carefully tailored.

Section 30(2) of the Act infringes s. 2(b) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1.

In light of the conclusion with respect to ss. 2(b) and 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the appellant's contention that ss. 30(1) and 30(2) of the Act violate s. 15 of the *Charter*.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. (dissenting in part): The freedom of expression and the concept of open courts are essential to a free and democratic society. However, like other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, the freedom of expression, which includes the freedom of the press and other media, is subject to such limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic

l'humiliation qui peuvent découler de la publication des détails de leur vie privée qui sont divulgués dans la salle d'audience. Pour ce faire, le par. 30(1) a imposé des limites sévères à la publication de ce qui se passe dans une salle d'audience. Ces limites portent clairement atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Elles restreignent le droit de la presse de rapporter les détails des procédures judiciaires et sont contraires à l'importance traditionnellement accordée dans notre système judiciaire à la publicité du processus judiciaire. L'importance de la publicité du processus judiciaire dans notre société est fondée sur plusieurs raisons impérieuses et seules des raisons très sérieuses peuvent justifier des atteintes à ce processus.

Le paragraphe 30(1) de la Loi ne constitue pas une limite raisonnable à la liberté de la presse qui peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la vie privée soit un objectif gouvernemental légitime, le par. 30(1) n'a pas le degré de proportionnalité requis. Il existe incontestablement un petit nombre d'affaires matrimoniales dans lesquelles la publication de la preuve causerait aux parties (et à leurs enfants) un traumatisme émotionnel et psychologique tellement grave et une humiliation tellement grande qu'une interdiction de publication serait justifiée. Cependant, le par. 30(1) ne se restreint pas à ces cas. Il englobe toutes les instances matrimoniales en raison vraisemblablement de l'hypothèse qu'elles comportent toutes inévitablement ces conséquences. Cette hypothèse a pu être valide à une époque mais elle est tout à fait irréaliste aujourd'hui. Plusieurs allégations qui ont pu être extrêmement gênantes et pénibles à une époque constituent aujourd'hui un aspect routinier des instances matrimoniales auquel le public n'accorde que peu ou pas d'importance. Une loi qui tente d'imposer des restrictions à la liberté de la presse dans ce domaine devrait être conçue beaucoup plus soigneusement.

Le paragraphe 30(2) de la Loi porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peut être justifié en vertu de l'article premier.

Compte tenu de la conclusion concernant l'al. 2b) et l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de la prétention de l'appelant que les par. 30(1) et (2) de la Loi violent l'art. 15 de la *Charte*.

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka (dissidents en partie): La liberté d'expression et le principe de la publicité des débats judiciaires sont essentiels dans une société libre et démocratique. Cependant, comme d'autres droits et libertés garantis par la *Charte*, la liberté d'expression, qui comprend la liberté de la presse et des autres moyens de communication, est soumise aux limites imposées par la loi qui sont raison-

society. Here, s. 30(1), as modified by s. 30(3) of the Act, was justifiable under s. 1 of the *Charter*. First, the protection of the privacy of the parties (including their children and the witnesses) and the protection of the access to the courts are two objectives sufficiently important to warrant a reasonable limitation on publication of the details of matrimonial disputes. An individual involved in a matrimonial case is forced to reveal many aspects of his private life. While the divulging of such personal information by the mass media serves little or no public interest, it can do incalculable harm to that individual and his family. The unrestrained publicity of the details of familial activities would also discourage some people from seeking relief in matrimonial causes. It would be a great wrong if those in need of redress shrank from seeking it because their intimate affairs would needlessly become publicly known. Second, given the very limited character of the restriction as compared with the serious deleterious effects on the important values—right to privacy and access to the courts—sought to be protected by the legislation, s. 30(1) meets the test of proportionality. Section 30(1) is rationally connected to the objectives and imposes only minimal limits on the freedom of the press. The interference with the freedom is narrowly defined and carefully tailored to resolve a real and serious problem. Section 30(1) is limited to the details and particularities of the case in specific proceedings that deal with personal and family matters, often of a particularly private, and sometimes, of an intimate character. It does not prohibit reporting about the conduct of judges or counsel. The principle of open courts is respected: publication for those having a serious interest in court proceedings or family law is permitted under s. 30(3) of the Act, and all the general information about the nature of the case may be published by the mass media. Finally, a provision under which a judge would retain a discretionary power to prohibit publication in an appropriate case has been tried elsewhere and proven ineffective.

Section 30(2) of the Act infringes s. 2(b) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1. Section 30(2) is simply too broad a restriction without adequate justification to afford a defence under s. 1.

Section 30 of the Act does not infringe s. 15 of the *Charter*. Section 15 is limited to individuals and does

ables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En l'espèce, le par. 30(1), tempéré par le par. 30(3) de la Loi, peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Premièrement, la protection de la vie privée des parties (y compris leurs enfants et les témoins) et la protection de l'accès aux tribunaux sont deux objectifs suffisamment importants pour justifier une restriction raisonnable à la publication des détails des affaires matrimoniales. Une personne visée dans une affaire matrimoniale est amenée à divulguer de nombreux détails de sa vie privée. Bien que la divulgation de ces renseignements personnels par les grands médias serve peu ou pas l'intérêt public, elle peut causer un tort incalculable à cette personne et à sa famille. La publication illimitée des détails relatifs à la vie familiale découragerait également certaines personnes de recourir aux tribunaux dans des affaires matrimoniales. Il serait très regrettable que ceux qui ont besoin de secours se privent d'exercer leur droit par crainte de voir leur vie privée inutilement étalée au grand jour. Deuxièmement, vu le caractère très limité de la restriction en regard des effets graves et dévastateurs que pourraient subir les valeurs importantes—droit à la vie privée et l'accès aux tribunaux—que les dispositions législatives cherchent à préserver, le par. 30(1) satisfait au critère de proportionnalité. Le paragraphe 30(1) a un lien rationnel avec les objectifs et n'impose que des limites minimales à la liberté de la presse. L'atteinte à la liberté est définie de façon restrictive et soigneusement conçue pour répondre à un problème réel et grave. Le paragraphe 30(1) se limite à des renseignements déterminés et spécifiques à l'affaire dans des procédures précises concernant des questions personnelles ou familiales, souvent de nature privée et même parfois de caractère intime. Il n'interdit pas de faire état des actes des juges et des avocats. Le principe de la publicité de la justice est sauf: la publication à l'intention de ceux qui ont un intérêt réel dans les procédures judiciaires ou le droit familial est autorisée en vertu du par. 30(3) de la Loi et les grands médias peuvent publier des informations générales sur la nature de l'affaire. Enfin, une disposition en vertu de laquelle un juge aurait un pouvoir discrétionnaire d'interdire la publication dans un cas approprié a déjà été utilisée ailleurs et s'est avérée inefficace.

Le paragraphe 30(2) de la Loi porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peut être justifié en vertu de l'article premier. Le paragraphe 30(2) constitue une restriction trop générale sans justification suffisante pour être maintenue en vertu de l'article premier.

L'article 30 de la Loi ne porte pas atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. L'article 15 ne s'applique qu'aux personnes

not apply to corporations. Moreover, appellant faces serious problems of standing. Though it may have an interest in the matter, appellant is not directly affected. In any event, although s. 30 imposes a prohibition not found in other jurisdictions in Canada, and discriminates against print media and between newspapers in general circulation and professional journals, these distinctions do not fall within the ambit of s. 15.

### Cases Cited

By Cory J.

**Distinguished:** *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; Eur. Court H. R., *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30, rev'g [1974] A.C. 273 (H.L.), rev'g [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.), rev'g [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.)

By Wilson J.

**Referred to:** *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By La Forest J. (dissenting in part)

*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Fraser v. Public Service Staff Relations*

physiques et ne s'applique pas aux personnes morales. De plus, il est loin d'être certain que l'appelant a qualité pour agir. Bien qu'il puisse avoir un intérêt dans la question, il n'est pas directement touché. Quoi qu'il en soit, même si l'art. 30 impose une interdiction qui n'existe pas dans d'autres provinces et territoires du Canada et crée une discrimination contre la presse écrite et entre les journaux de grande diffusion et la presse spécialisée, ces distinctions ne relèvent pas de la portée de l'art. 15.

### b Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; Cour Eur. D. H., affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, inf. [1974] A.C. 273 (H.L.), inf. [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.), inf. [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.)

Citée par le juge Wilson

**Arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge La Forest (dissident en partie)

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Fraser c. Commission des relations de*



*Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.), leave to appeal to Ont. C.A. refused September 2, 1986; *Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 514; *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 8, 15.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 166.  
*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (1950), Arts. 8, 10(2).  
*Family Law Act 1975*, S. Aust. 1975, No. 53, s. 121(1).  
*Family Proceedings Act 1980*, S.N.Z. 1980, No. 94, s. 169(1), (2).  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), Arts. 17, 19(3).  
*Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, ss. 30, 31.  
*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 12.

#### Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1. London: Hunt & Clarke, 1827.  
 Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.  
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.  
 Bloustein, Edward J. "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser" (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962.  
 Canada. Statistics Canada. *Divorce: Law and the Family in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.

*travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.), autorisation d'appel à la C.A. Ont. refusée le 2 septembre 1986; *Parkdale Hotel Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 514; *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453; *Remvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 8, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 166.  
*Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 8, 10(2).  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 12.  
*Family Law Act 1975*, S. Aust. 1975, n° 53, art. 121(1).  
*Family Proceedings Act 1980*, S.N.Z. 1980, n° 94, art. 169(1), (2).  
*Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30, 31.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 17, 19(3).

#### Doctrines citées

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1. London: Hunt & Clarke, 1827.  
 Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.  
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.  
 Bloustein, Edward J. «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser» (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962.  
 Canada. Statistique Canada. *Divorce: La loi et la famille au Canada*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, Canada, 1983.

- Canada. Statistics Canada. *Marriages and Divorces: Vital Statistics 1985*, vol. II. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. Statistics Canada. *Marrying and Divorcing: A Status Report for Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.
- Cohen, Anne Elizabeth. "Access to Pretrial Documents Under the First Amendment" (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813.
- Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 *Yale L. J.* 475.
- Gross, Hyman. "The Concept of Privacy" (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34.
- Howland, W. G. C. *et al.* "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988" (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4.
- Prosser, William L. "Privacy" (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.
- Stoljar, Samuel. "A Re-examination of Privacy" (1984), 4 *Legal Studies* 67.
- United Kingdom. Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes. *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes*. London: King's Printer, 1912.
- United Kingdom. Select Committee on the Matrimonial Causes. *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill*. London: King's Printer, 1923.
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.
- Canada. Statistique Canada. *Mariages et divorces: La statistique de l'état civil 1985*, vol. II. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1986.
- Canada. Statistique Canada. *Le mariage et le divorce: Examen de la situation au Canada*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services, 1988.
- Cohen, Anne Elizabeth. "Access to Pretrial Documents Under the First Amendment" (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813.
- Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 *Yale L. J.* 475.
- Gross, Hyman. "The Concept of Privacy" (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34.
- Howland, W. G. C. *et al.* "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988" (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4.
- Prosser, William L. "Privacy" (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.
- Stoljar, Samuel. "A Re-examination of Privacy" (1984), 4 *Legal Studies* 67.
- United Kingdom. Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes. *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes*. London: King's Printer, 1912.
- United Kingdom. Select Committee on the Matrimonial Causes. *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill*. London: King's Printer, 1923.
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 375, 41 D.L.R. (4th) 502, [1987] 5 W.W.R. 385, 34 C.R.R. 111, affirming a judgment of Foster J. (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, 63 A.R. 114, 22 D.L.R. (4th) 446, [1986] 1 W.W.R. 453, 23 C.R.R. 356. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting in part.

*Allan Lefever* and *Fred Kozak*, for the appellant.

*Nolan D. Steed*, for the respondent the Attorney General for Alberta.

*David Lepofsky* and *Timothy Macklem*, for the interveners.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 375, 41 D.L.R. (4th) 502, [1987] 5 W.W.R. 385, 34 C.R.R. 111, qui a confirmé une décision du juge Foster (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, 63 A.R. 114, 22 D.L.R. (4th) 446, [1986] 1 W.W.R. 453, 23 C.R.R. 356. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents en partie.

*Allan Lefever* et *Fred Kozak*, pour l'appelant.

*Nolan D. Steed*, pour l'intimé le procureur général de l'Alberta.

*David Lepofsky* et *Timothy Macklem*, pour l'intervenant.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—On this appeal the appellant has challenged the validity of s. 30 of the *Alberta Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, on the grounds that it contravenes s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the section does not constitute a reasonable limit upon that right so as to come within s. 1 of the *Charter*. The Attorney General for Alberta has conceded that the impugned section contravenes s. 2(b) of the *Charter* but contends that it constitutes a reasonable limit and thus comes within the scope of s. 1 of the *Charter*.

It may be convenient here to set out s. 30 and the enforcement provision of s. 31. Those sections provide:

30(1) No person shall within Alberta print or publish or cause or procure to be printed or published in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section, or any other particulars except

- (a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses,
- (b) a concise statement of the charges, defenses and counter-charges in support of which evidence has been given,
- (c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and
- (d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and observations made by the judge in giving judgment.

(2) No person shall, before the trial of any proceedings had in a court of civil jurisdiction in Alberta or, if there is no trial, before the determination of the proceedings within Alberta, print or publish or cause to be printed or published anything contained in a statement of claim, statement of defence or other pleading, examination for discovery or in an affidavit or other document other than

- (a) the names and addresses of the parties and their solicitors, and
- (b) a concise statement of the nature of the claim or of the defence, as the case may be, in general words

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Dans ce pourvoi, l'appelant conteste la validité de l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. J-1, parce qu'il contrevient à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et parce qu'il ne constitue pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le procureur général de l'Alberta reconnaît que l'article contesté porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* mais prétend qu'il constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Il convient de reproduire ici l'art. 30 ainsi que l'art. 31, la disposition d'application:

[TRADUCTION] 30(1) Il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la province concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant, ou tout détail autre que:

- a) les noms, adresses et occupations des parties ou des témoins;
- b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis;
- c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard;
- d) les directives du juge, la décision du jury, le cas échéant, et le jugement du tribunal ainsi que les observations faites par le juge en rendant jugement.

(2) Il est interdit, avant l'audition d'une procédure de nature civile en Alberta ou, en l'absence d'audition, avant qu'une décision soit rendue, d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements contenus dans une déclaration, une défense ou autre acte de procédure, un interrogatoire préalable, un affidavit ou tout document autre que:

- a) les noms et adresses des parties et de leurs procureurs;
- b) un exposé concis de la nature de la demande ou de la défense en des termes généraux comme «il s'agit

such as, "the claim is for the price of goods sold and delivered", or "the claim is for damages for personal injuries caused by the negligent operation of an automobile", or as the case may be.

(3) Nothing in this section applies

(a) to the printing of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding,

(b) to the communication of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding to persons concerned in the proceeding,

(c) to the printing or publishing of a notice or report pursuant to an order or direction given by a court competent to so order or direct, or

(d) to the printing or publishing of a matter

(i) in a separate volume or part of a bona fide series of law reports that does not form part of another publication and that consists solely of reports of proceedings in courts of law, or

(ii) in a publication of a technical character bona fide intended for circulation among members of the legal or medical professions.

31(1) A person who contravenes section 30 is guilty of an offence and, in respect of each offence, liable

(a) if a natural person to a fine of not more than \$1000 and in default of payment to imprisonment for a term of not more than one year, and

(b) if a corporation to a fine of not more than \$5000.

(2) When the offence consists in the printing and publication of a matter, detail or thing in a newspaper, circular or other publication printed and published in Alberta, the proprietor of the newspaper, the editor of the newspaper and the publisher are each guilty of the offence.

(3) When the offence consists of the publication in Alberta of a matter or thing contained in a newspaper, circular or other publication that is printed outside Alberta and that continually or repeatedly publishes writings or articles that are obscene, immoral or otherwise injurious to public morals, every person within Alberta is guilty of an offence who

(a) receives that newspaper, circular or other publication, and

(b) is engaged in the public distribution of it or does an act or thing for the purpose of the public distribution of it.

(4) In a prosecution with respect to an offence under subsection (3), the fact that the accused was in posses-

d'une action en réclamation du prix de marchandises vendues et livrées» ou «il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour lésions corporelles résultant de la conduite négligente d'une automobile».

a (3) Le présent article ne s'applique pas:

a) à l'impression des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé dans une procédure judiciaire;

b) à la transmission des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé par les personnes concernées dans une procédure judiciaire;

c) à l'impression ou à la publication d'un avis ou d'un rapport en application d'une décision d'un tribunal compétent;

d) à l'impression ou à la publication d'une décision

i) soit dans un volume ou une partie d'une série authentique de rapports judiciaires qui n'appartient à aucune autre publication et consiste exclusivement en rapports de procédures devant les tribunaux,

ii) soit dans une publication d'un caractère technique authentiquement destinée à circuler parmi les gens de loi ou les médecins.

e 31(1) Quiconque contrevient à l'article 30 est coupable d'une infraction et passible, pour chaque infraction:

a) d'une amende maximale de 1 000 \$ et, à défaut de paiement, un emprisonnement maximal d'un an dans le cas d'un individu;

f b) d'une amende maximale de 5 000 \$ dans le cas d'une personne morale.

(2) Si l'infraction consiste à avoir imprimé et publié un renseignement, un détail ou une chose dans un journal, une circulaire ou toute autre publication imprimée et publiée en Alberta, le propriétaire et le rédacteur du journal ainsi que l'éditeur sont coupables de l'infraction.

(3) Si l'infraction consiste à avoir publié en Alberta un renseignement contenu dans un journal, une circulaire ou toute autre publication qui est imprimée à l'extérieur de la province et qui publie de façon continue ou répétée des écrits obscènes, immoraux ou qui portent atteinte à la moralité publique, est coupable d'une infraction en Alberta toute personne qui:

a) reçoit le journal, la circulaire ou autre publication, et

b) en effectue la distribution publique ou y participe.

j (4) Dans les poursuites pour infraction au paragraphe (3), le fait que le prévenu soit en possession de plus de

sion of more than 6 copies of a newspaper, circular or other publication referred to in subsection (3) is prima facie proof that the accused was engaged in the public distribution of it.

(5) No prosecution for an offence under subsection (3) may be commenced by any person without the consent of the Attorney General.

The issues raised require consideration of ss. 1 and 2(b) of the *Charter*. These sections provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Importance of s. 2(b) of the *Charter* and the Reporting of Court Proceedings

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

The vital and fundamental importance of freedom of expression has been recognized in decisions of this Court. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J., speaking for the majority, put the position in this way at p. 583:

six copies du journal ou autre publication constitue une preuve prima facie qu'il en faisait la distribution publique.

a (5) Une poursuite pour infraction au paragraphe (3) ne peut être intentée sans le consentement du procureur général.

b Les questions soulevées exigent l'examen de l'article premier et de l'al. 2b) de la *Charte*. Ces dispositions prévoient:

c 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

d b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

e L'importance de l'al. 2b) de la *Charte* et le compte rendu des procédures judiciaires

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

Notre Cour a déjà reconnu l'importance primordiale et fondamentale de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre, au nom de la majorité, a énoncé le principe de la façon suivante, aux pp. 583 et 584:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and Considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

And, after stating that "All silencing of discussion is an assumption of infallibility, he said, at p. 16:

Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill's words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy.

There can be no doubt that the courts play an important role in any democratic society. They are the forum not only for the resolution of disputes between citizens, but for the resolution of disputes between the citizens and the state in all its manifestations. The more complex society becomes, the more important becomes the function of the courts. As a result of their significance, the courts must be open to public scrutiny and to public criticism of their operation by the public.

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

[TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l'infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

[TRADUCTION] Il est toutefois évident d'une évidence qui se passe de démonstration qu'une époque n'est pas plus infallible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne.

Il est certain que les tribunaux jouent un rôle important dans toute société démocratique. C'est là que sont résolus non seulement les litiges qui opposent les citoyens entre eux, mais aussi les litiges qui opposent les citoyens à l'État dans toutes ses manifestations. Plus la société devient complexe, plus le rôle des tribunaux devient important. En raison de cette importance, il faut que le public puisse faire l'examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement.

The importance of the concept that justice be done openly has been known to our law for centuries. In Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 23, at p. 373, the following observation appears:

This open examination of witnesses *viva voce*, in the presence of all mankind, is much more conducive to the clearing up of truth, than the private and secret examination taken down in writing before an officer, or his clerk . . . .

This principle has been recognized by the United States Supreme Court in *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979). Stewart J., writing for the majority, said this (at p. 386, n. 15):

As early as 1685, Sir John Hawles commented that open proceedings were necessary so "that truth may be discovered in civil as well as criminal matters". [Emphasis in original.]

In the United States this principle is not restricted to hearings. The principle embraces the recognition of the existence of a common law right "to inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents". See *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597.

In Canada this Court has emphasized the importance of the public scrutiny of the courts. It was put in this way by Dickson J., as he then was, writing for the majority in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185:

Many times it has been urged that the 'rivalry' of litigants requires that the public be excluded from court proceedings. It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings. The following comments of Laurence J. in *R. v. Wright*, 8 T.R. 293, are apposite and were cited with approval by Duff J. in *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339 at p. 359:

Notre droit reconnaît depuis des siècles l'importance du principe que la justice doit être rendue publiquement. On trouve l'observation suivante dans l'ouvrage de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, chap. 23, à la p. 373:

[TRADUCTION] Cet interrogatoire des témoins, mené publiquement, de vive voix, en présence de tous, est plus propice à la découverte de la vérité que l'interrogatoire privé et secret consigné par écrit devant un officier de justice ou son préposé . . . .

La Cour suprême des États-Unis a reconnu ce principe dans l'arrêt *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979). Le juge Stewart, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit (à la p. 386, n. 15):

[TRADUCTION] En 1685 déjà, sir John Hawles faisait remarquer que la publicité des procédures était nécessaire pour «que la vérité soit connue tant en matière civile qu'en matière criminelle». [En italique dans l'original.]

Aux États-Unis, ce principe ne se limite pas aux audiences. Le principe englobe la reconnaissance d'un droit en *common law* [TRADUCTION] «d'examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires». Voir l'arrêt *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), à la p. 597.

Au Canada, notre Cour a souligné qu'il était important que le public puisse examiner le travail des tribunaux. C'est ainsi que le juge Dickson, maintenant juge en chef, s'est exprimé au nom de la majorité dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 185:

On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclue le public des procédures judiciaires. Les remarques suivantes du juge Laurence dans *R. v. Wright*, 8 T.R. 293 sont pertinentes et le juge Duff les cite et confirme dans l'arrêt *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339, à la p. 359:

Though the publication of such proceedings may be to the disadvantage of the particular individual concerned, yet it is of vast importance to the public that the proceedings of courts of justice should be universally known. The general advantage to the country in having these proceedings made public more than counterbalances the inconveniences to the private persons whose conduct may be the subject of such proceedings.

He then went on to discuss the application of that same principle to court records. He observed that Canadian law differs somewhat from the law of England which appears to take a more restrictive approach towards the publicity of documents. He said this at p. 189:

Undoubtedly every court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right.

I am not unaware that the foregoing may seem a departure from English practice, as I understand it, but it is in my view more consonant with the openness of judicial proceedings which English case law would seem to espouse.

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

There is another aspect to freedom of expression which was recognized by this Court in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. There at p. 767 it was observed that freedom of expression "protects listeners as well as speakers". That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not

[TRANSLATION] Même si la publicité de ces procédures peut comporter des inconvénients pour la personne directement en cause, il est extrêmement important pour le public que les procédures des cours de justice soient connues de tous. L'avantage que tire la société de la publicité de ces procédures fait amplement contreponds aux inconvénients que subit l'individu dont les agissements sont ainsi visés.

Il a traité ensuite de l'application du même principe aux dossiers judiciaires. Il a remarqué que le droit canadien diffère un peu du droit anglais qui semble adopter une attitude plus restrictive quant à la publicité des documents. Voici ce qu'il a dit, à la p. 189:

Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière. Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire.

Je suis conscient que ce qui précède peut paraître s'écarter de la pratique anglaise, comme je l'interprète, mais cela cadre mieux, à mon avis, avec la transparence des procédures judiciaires que la jurisprudence anglaise semble préconiser.

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public.

Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, notre Cour a reconnu que la liberté d'expression comportait un autre aspect, soulignant, à la p. 767, que la liberté d'expression «protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute». C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il



most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings—the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge—in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as “listeners” or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

It is equally important for the press to be able to report upon and for the citizen to receive information pertaining to court documents. It was put in this way by Anne Elizabeth Cohen in her article “Access to Pretrial Documents Under the First Amendment” (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813, at p. 1827:

Access to pretrial documents furthers the same societal needs served by open trials and pretrial civil and criminal proceedings. Court officials can be better evaluated when their actions are seen by informed, rather than merely curious, spectators.

It is against this background which recognizes the crucial importance of both the freedom of expression and the openness of courts that s. 30 of the *Alberta Judicature Act* must be considered.

The Effect of the Prohibitions Contained in s. 30 of the Alberta Legislation

It will be recalled that s. 30(1) prohibits printing and publishing “in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for

est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d’assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d’assister à l’audience d’un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires—la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès—et ce, non seulement pour connaître les droits qu’ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C’est par l’intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d’«auditeurs» ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C’est comme cela seulement qu’ils peuvent évaluer l’institution. L’analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

Il est tout aussi important que la presse, pour s’informer ou pour informer les citoyens, puisse obtenir des renseignements relatifs aux documents judiciaires. Anne Elizabeth Cohen l’exprime ainsi dans son article «Access to Pretrial Documents Under the First Amendment» (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813, à la p. 1827:

[TRADUCTION] L’accès aux documents préparatoires au procès sert les mêmes objectifs sociaux que les procès publics et les procédures préliminaires en matières civile et criminelle. Les officiers de justice sont mieux évalués par des spectateurs bien informés plutôt que simplement curieux.

C’est dans ce contexte qui reconnaît l’importance vitale de la liberté d’expression et de la transparence des tribunaux qu’il faut analyser l’art. 30 de la *Judicature Act* de l’Alberta.

L’effet de l’interdiction contenue à l’art. 30 de la loi albertaine

On se souviendra qu’aux termes du par. 30(1), il est interdit en Alberta d’imprimer ou de publier «des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la pro-

may be hidden from public view. Thus it can be seen that the effect of s. 30(1) is to repress the publication of important aspects of court proceedings. The prohibitions are unnecessarily extensive.

With regard to s. 30(2), it creates an almost total restriction on providing information pertaining to pleadings or documents filed in any civil proceedings before they have been heard. Thus cases involving matters of administrative law or constitutional law are affected by the prohibition. People are prevented from learning the particular allegations made in these cases although they may have a vital impact on the lives of all the residents of the province. The restriction set out in s. 30(2) is unique to the province of Alberta.

#### Contraventions of s. 2(b)

There can be no doubt that the provisions of s. 30(1) and (2) of the Alberta *Judicature Act* contravene s. 2(b) of the *Charter*. This was recognized by the Alberta Court of Appeal and conceded by the Attorney General for Alberta before this Court. The legislation then can only be saved if the province of Alberta has satisfied the onus which it must bear to show that the section constitutes a reasonable limitation that comes within the purview of s. 1 of the *Charter*.

#### Consideration of s. 1 of the *Charter*

In order to constitute a reasonable limitation contemplated by s. 1 of the *Charter*, the impugned section must meet the criteria set forth in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. There Dickson C.J., speaking for the majority, indicated that the legislation in question has to satisfy two sets of conditions if it is to meet the test under s. 1. The first is that the objective of the impugned legislation which sought to impose a limit on a *Charter* right must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (p. 138). Quoting *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, he observed that the standard must be high in order to ensure that objectives of a trivial nature did not gain s. 1 protection. The objective must be of a pressing and

juge peuvent être soustraites à la connaissance du public. On comprend donc que l'effet du par. 30(1) est d'interdire la publication d'aspects importants des procédures judiciaires. Les interdictions sont inutilement sévères.

Le paragraphe 30(2) quant à lui interdit presque totalement l'accès aux renseignements relatifs aux actes de procédure ou aux documents produits dans une instance civile avant qu'ils aient été présentés. Ainsi, les instances concernant des questions de droit administratif ou de droit constitutionnel sont touchées par l'interdiction. On empêche le public de prendre connaissance des allégations particulières faites dans ces instances bien qu'elles puissent avoir des répercussions capitales sur la vie de tous les habitants de la province. L'interdiction énoncée au par. 30(2) est particulière à la province de l'Alberta.

#### La violation de l'al. 2b)

Il est certain que les dispositions des par. 30(1) et (2) de la *Judicature Act* de l'Alberta violent l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Alberta l'a reconnu ainsi que le procureur général de l'Alberta devant cette Cour. La loi ne pourra être sauvegardée que si l'Alberta s'est acquittée de l'obligation qui lui incombe d'établir que l'article constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

#### L'examen de l'article premier de la *Charte*

Pour constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*, l'article contesté doit être conforme aux exigences établies dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a indiqué que la loi en question doit répondre à deux sortes de conditions pour satisfaire aux critères de l'article premier. Selon la première, l'objectif de la loi contestée qui tente d'apporter une restriction à un droit garanti par la *Charte* doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (p. 138). Citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, il a fait observer que la norme devait être sévère afin que les objectifs peu importants ne

judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section". The section then goes on to set out the exceptions: (a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses; (b) a concise statement of the charges, defences and counter-charges in support of which evidence has been given; (c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and (d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and the observations made by the judge in giving judgment.

The sweeping effect of the prohibition can be readily seen. The term "or in relation to a marriage" is a broad one. It encompasses matters pertaining to custody of children, access to children, division of property and the payment of maintenance. All are matters of public interest yet the evidence given on any of these issues cannot be published. The dangers of this type of restriction are obvious. Members of the public are prevented from learning what evidence is likely to be called in a matrimonial cause, what might be expected by way of division of property and how that evidence is to be put forward. Neither would they be aware of what questioning might be expected. These are matters of great importance to those concerned with the application of family law. It is information people might wish to have before they even consider consulting a lawyer. The very people who would seem to have the greatest need to know of family court proceedings are prevented from obtaining important information by the provisions of s. 30.

As well, the comments of counsel and the presiding judge are excluded from publication. How then is the community to know if judges conduct themselves properly. How will it know whether remarks might have been made, for example, that a wife should submit to acts of violence from her husband or that a wife should endure the verbal abuse or blows of her husband. The community has a right to know if such remarks are made yet if there is no right to publish, the judge's comments

vince concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant». La suite de l'article précise les exceptions: a) les noms, adresses et occupations des parties et des témoins; b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis; c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard, et d) les directives du juge et la décision du jury, le cas échéant, ainsi que le jugement du tribunal et les observations faites par le juge en rendant jugement.

On saisit immédiatement l'étendue de l'interdiction. L'expression «ou relatifs à un mariage» est large. Elle englobe des questions comme la garde des enfants, les droits de visite, le partage des biens et les paiements alimentaires. Ces questions sont toutes d'intérêt public et pourtant la preuve qui se rapporte à chacune d'elles ne peut être publiée. Les dangers que comporte ce type de restriction sont évidents. On empêche le public de savoir quelle preuve sera vraisemblablement produite dans une affaire matrimoniale, ce à quoi s'attendre en matière de partage des biens et comment la preuve doit être présentée. Il ne sait pas non plus à quel genre d'interrogatoire s'attendre. Ce sont des questions d'une grande importance pour ceux que visent l'application du droit familial. Il s'agit de renseignements dont on peut vouloir disposer avant même de penser à consulter un avocat. L'article 30 empêche ceux-là mêmes qui auraient le plus grand besoin de connaître la procédure judiciaire en matière familiale d'obtenir des renseignements importants.

De même, il est interdit de publier les remarques des avocats et du juge. Comment la société peut-elle alors savoir si les juges se conduisent correctement? Comment fera-t-elle pour savoir si des remarques ont été faites, par exemple, qu'une femme doit se soumettre aux actes de violence de son mari ou qu'elle devrait endurer les propos abusifs ou les coups de son mari? La société a le droit de savoir si de telles remarques ont été faites, mais sans le droit de publier, les remarques du

a substantial nature before it can be characterized as sufficiently important to override a *Charter* right. Second, "the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends": *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768.

Considering that first condition, what then are the objectives of this legislation? There were three put forward by the Attorney General for Alberta. First, it was said that the aim of the legislation, particularly s. 30(1), was to safeguard public morals. Undoubtedly this was the primary basis for the enactment of the legislation in 1935. However, it must be reviewed by current standards and it cannot be accepted that this objective remains pertinent in today's society. Although allegations of adultery and the misconduct of the parties may have been the height of scandal at the time of the passage of the legislation they can hardly raise an eyebrow today. Television in day-time soap operas and prime time programmes, the movies and magazines, all deal in considerable and colourful detail with every possible permutation and combination of human relationships. That is now the staple fare of society. By comparison the evidence of a matrimonial case is very tame fare indeed. The problems before the court in matrimonial causes could not conceivably be said to so affect public morals that the public should be shielded from the proceedings.

The Attorney General for Alberta submitted that a second purpose of the legislation was to ensure access to the courts by people who might wish to litigate matrimonial matters. It was said that if people had knowledge that their case would be the subject of printed reports they might not seek to achieve their rights in court. But no evidence was introduced to support the contention that in the absence of s. 30(1), potential litigants would be dissuaded from going to court. Indeed, what statistical evidence there is suggests the opposite. The Statistics Canada Report, *Marrying*

bénéficient pas de la protection de l'article premier. L'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles avant qu'on puisse le qualifier de suffisamment important pour supprimer un droit reconnu par la *Charte*. Deuxièmement, «les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins»: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768.

Pour ce qui est de la première condition, quels sont donc les objectifs de cette loi. Le procureur général de l'Alberta en a invoqué trois. Premièrement, on a dit que la loi, et particulièrement le par. 30(1), avait pour but de sauvegarder la morale publique. C'était certainement la raison principale de son adoption en 1935. Ce but doit cependant être examiné de nouveau en regard des normes actuelles et on ne peut plus dire que cet objectif demeure pertinent dans la société d'aujourd'hui. Si les allégations d'adultère et la mauvaise conduite des parties pouvaient faire scandale à l'époque de l'adoption de la loi, elles ne font plus sourciller personne aujourd'hui. Les feuilletons télévisés de la journée et les émissions présentées aux heures de grande écoute ainsi que les films et les revues traitent tous de façon colorée et dans le moindre détail des divers arrangements et combinaisons possibles en matière de relations humaines. C'est maintenant la réalité quotidienne de la société. Par comparaison, la preuve dans une affaire matrimoniale semble très édulcorée. On ne peut vraiment affirmer que les problèmes dont traitent les tribunaux dans les affaires matrimoniales portent tellement atteinte aux valeurs morales qu'il faudrait soustraire ces procédures au regard du public.

Le procureur général de l'Alberta a soutenu que le deuxième objet de la loi était d'assurer que ceux qui veulent porter des litiges matrimoniaux devant les tribunaux y aient accès. On a dit que si les gens savaient que leur cas serait publié dans la presse, ils hésiteraient peut-être à faire valoir leurs droits devant les tribunaux. Mais aucune preuve n'a été produite à l'appui de la prétention qu'en l'absence du par. 30(1) les parties éventuelles à un litige renonceraient à aller devant les tribunaux. Les statistiques qui existent à cet égard indiquent d'ailleurs le contraire. Selon le rapport de Statistique

and *Divorcing: A Status Report for Canada* (1988), indicates that in the period from 1984 to 1986, no less than 28 per cent of all marriages ended in divorce compared with 19 per cent in the period 1970 to 1972. This amounts to almost one-third of marriages and the rate of divorce is far higher with younger couples. Furthermore, the Report concludes at p. 11 that "Canadians marry, divorce and remarry at uniform rates from one end of the country to the other". A historical comparison is enlightening. In 1984, the divorce rate was some 20 times higher than in 1935, and some 40 times higher than in 1920: see Statistics Canada, *Divorce: Law and the Family in Canada* (1983), at p. 48, and *Marriages and Divorces: Vital Statistics 1985* (1986), vol. II, at p. 2. The grounds alleged for these marriage breakdowns are revealing as well. The most recent unpublished Statistics Canada figures on grounds for divorce show that for the period of December 1, 1987 to June 30, 1988, 82.8 per cent of divorces were on grounds of one year of separation, 5.4 per cent for adultery, 6.4 per cent for physical cruelty and 5.4 per cent for mixed grounds. Indeed, in Ontario well over 90 per cent of the divorces that appeared on the trial list were undefended: see "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988" (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4, at p. 24.

The question of access to judicial proceedings must be judged against this background of modern family law which has developed new mechanisms for helping parties to resolve their problems. In particular, the statistics demonstrate that departure from the fault-based model of divorce has in large measure eliminated the legal stigma attached to marriage breakdown. In light of the statistics it is difficult to accept the submission that access to court proceedings is significantly impeded by fear of publicity in the press. One need only observe the large number of actions for divorce and corollary relief brought in every province to recognize that litigants are coming to court in large numbers in those provinces where there is no mandatory press ban in place. Thus there is no indication that people are not seeking to enforce their rights in matrimonial causes. As well it is clear that adul-

Canada, *Le mariage et le divorce: Examen de la situation au Canada* (1988), pas moins de 28 p. 100 de tous les mariages, de 1984 à 1986, se sont terminés par un divorce comparativement à 19 p. 100 entre 1970 et 1972. Cela représente presque un tiers des mariages et le taux de divorce chez les jeunes couples est beaucoup plus élevé. De plus, le rapport conclut à la p. 10 que «Les taux de mariage, de divorce et de remariage des Canadiens sont relativement uniformes d'un océan à l'autre». Une comparaison historique est révélatrice. En 1984, le taux de divorce était 20 fois plus élevé qu'en 1935 et 40 fois plus élevé qu'en 1920: voir Statistique Canada, *Divorce: La loi et la famille au Canada* (1983), aux pp. 55 et 56, et *Mariages et divorces: La statistique de l'état civil 1985* (1986), vol. II, à la p. 3. Les motifs invoqués à l'appui de ces ruptures sont également révélateurs. Les données les plus récentes et non publiées de Statistique Canada sur les motifs de divorce indiquent que pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 1987 au 30 juin 1988, la séparation d'un an était invoquée dans 82,8 p. 100 des cas, l'adultère dans 5,4 p. 100, la cruauté physique dans 6,4 p. 100 et divers motifs combinés dans 5,4 p. 100 des cas. En fait plus de 90 p. 100 des divorces en Ontario qui étaient inscrits au rôle n'étaient pas contestés: voir «Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988» (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4, à la p. 24.

La question de l'accès aux procédures judiciaires doit être examinée dans ce contexte d'un droit moderne de la famille qui a mis en œuvre de nouveaux moyens pour aider les parties à résoudre leurs difficultés. Les statistiques indiquent en particulier que l'abandon du système fondé sur la faute en matière de divorce a éliminé en grande partie les traumatismes juridiques liés à la rupture du mariage. Compte tenu des statistiques, il est difficile d'accepter la prétention que l'accès aux procédures judiciaires est considérablement restreint par la crainte que la presse ne les rende publiques. Il suffit de constater le grand nombre de demandes de divorce et de mesures accessoires présentées dans chaque province pour voir que les parties en litige se présentent en grand nombre devant les tribunaux des provinces où aucune interdiction n'est imposée à la presse. Rien n'indi-

tery is not the predominant ground put forward as the basis for divorce.

Thirdly, it was alleged that the legislation was aimed at protecting the privacy of individuals. This aspect or aim of the legislation does indeed relate to a pressing and substantial concern in a free and democratic society. Our society has cherished and given protection to privacy. This Court has on a number of occasions underlined the importance of the privacy interest in Canadian law. See *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre, supra*; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 40, and *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28. It is of such importance that on this view it can be said that s. 30(1) has met the first of the two conditions enunciated in *R. v. Oakes, supra*.

With regard to s. 30(2), the Attorney General for Alberta submitted that its purpose was twofold, to ensure the right to a fair trial and to protect reputation and privacy. I will assume, for the purposes of these reasons, that s. 30(2) as well meets that first test and that both the objectives, that of securing a fair trial and that of protecting the right to privacy with regard to pre-trial documents constitute pressing and substantial objectives sufficient to permit the overriding of the right to freedom of expression.

Once a sufficiently significant objective has been demonstrated then the party invoking s. 1 (here the province of Alberta) must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified in order to satisfy the proportionality test set forth in *Oakes, supra*.

In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 20, Dickson C.J. noted that there are three components of the proportionality test:

... the measures must be carefully designed to achieve the objective of the legislation, with a rational connec-

que donc que les gens ne cherchent pas à faire valoir leurs droits en matière matrimoniale. De plus, il ressort clairement que l'adultère n'est pas le motif principal invoqué à l'appui d'une demande de divorce.

Troisièmement, on a prétendu que la loi avait pour but de protéger la vie privée des personnes. Cet aspect ou but de la loi se rapporte effectivement à une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. Notre société valorise la vie privée et lui accorde protection. Notre Cour, à plusieurs reprises, a souligné l'importance de la vie privée en droit canadien. Voir les arrêts *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, précité; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 159 et 160; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, à la p. 40, et *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 427 et 428. Cet élément revêt une telle importance qu'on peut dire que le par. 30(1) répond à la première des deux conditions énoncées dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité.

Quant au par. 30(2), le procureur général de l'Alberta a soutenu qu'il comportait un double objet: assurer le droit à un procès équitable et protéger la réputation et la vie privée. Aux fins des présents motifs, je vais tenir pour acquis que le par. 30(2) répond également à la première condition et que les deux objectifs, la garantie d'un procès équitable et la protection du droit à la vie privée, en ce qui concerne les documents préparatoires au procès, constituent des objectifs suffisamment urgents et réels qui justifient d'écarter la liberté d'expression.

Lorsqu'il a été démontré que l'objectif était suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier (l'Alberta en l'espèce) doit établir que les moyens choisis sont raisonnables et justifiables pour être conformes au critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes*, précité.

Dans l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 20, le juge en chef Dickson a souligné que le critère de proportionnalité comporte trois éléments:

... les mesures doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif du texte législatif et avoir un lien

tion to the objective. The second component is that the measure should impair the right or freedom as little as possible. Finally, there must be proportionality between the effects of the impugned measures on the protected right and the attainment of the objective.

Section 30 neither impairs the right of freedom of expression as little as possible nor is there the required proportionality between the effect of the impugned measure on the protected right and the attainment of the objective. Both ss. 30(1) and 30(2) go much further than is necessary to protect the privacy of persons involved in proceedings. Their deleterious effect has been noted.

It can be seen that if, for example, a newspaper chose to publish a story which scrupulously avoided revealing the identity of parties or witnesses but discussed in general terms the kind of evidence introduced in matrimonial proceedings, the newspaper would be in contravention of s. 30(1) and subject to a fine even though no privacy interest had been affected. Similarly, if a newspaper chose to comment on the conduct or remarks of a judge or counsel during court proceedings, then although this would not be an invasion of privacy, the newspaper would be in contravention of the section. The exceptions provided in s. 30(1) do not permit a proper reporting of the proceedings and cannot be said to constitute a minimal interference with the right of freedom of expression.

Nor can it be said that there is the requisite proportionality between the overly restrictive provisions of s. 30(1) and the important right to report freely upon trial proceedings. In today's society it is the press reports of trials that make the courts truly open to the public. The principle that courts must function openly is fundamental to our system of justice. The public's need to know is undeniable. Section 30 by its restrictive ban on publication results in a very substantial interference with freedom of expression and significantly reduces the openness of the courts. Any need for the protection of privacy of witnesses or children could be readily accomplished by far less sweeping measures. For example, it could be accomplished by the exercise of discretion by the trial judge to prohibit publication or to hold in-camera hearings

rationnel avec l'objectif. Deuxièmement, la mesure doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures contestées sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif.

L'article 30 ne porte pas le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression et il n'y a pas proportionnalité entre l'effet de la mesure contestée sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif. Les paragraphes 30(1) et (2) vont l'un et l'autre beaucoup plus loin que ce qui est nécessaire à la protection de la vie privée des personnes visées dans les procédures. Leur effet néfaste a été souligné.

Par exemple, on constate que si un journal décidait de publier une histoire, tout en évitant scrupuleusement de révéler l'identité des parties et des témoins, mais analysait de façon générale le genre de preuve produite en matière matrimoniale, le journal contreviendrait au par. 30(1) et serait passible d'une amende même si aucun intérêt privé n'avait été touché. De même, si un journal décidait de commenter la conduite ou les remarques d'un juge ou d'un avocat pendant l'audience, le journal agirait alors en contravention avec l'article même si ce n'est pas porter atteinte à la vie privée. Les exceptions prévues au par. 30(1) ne permettent pas de faire un compte rendu approprié de l'instance et on ne peut affirmer qu'elles portent le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression.

On ne peut affirmer non plus qu'il y a la proportionnalité requise entre les dispositions excessivement sévères du par. 30(1) et le droit important de rendre librement compte des procédures judiciaires. Dans la société d'aujourd'hui, ce sont les comptes rendus de la presse qui font que les tribunaux sont accessibles au public. Le principe que les tribunaux doivent fonctionner publiquement est fondamental dans notre système judiciaire. Le droit du public de savoir est incontestable. L'interdiction de publier que contient l'art. 30 porte très gravement atteinte à la liberté d'expression et altère considérablement la transparence des tribunaux. Des mesures beaucoup moins radicales pourraient facilement protéger la vie privée des témoins ou des enfants. Par exemple, le juge du procès pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire et

in those few circumstances where it would be necessary to do so in order to protect the privacy interest of parties, their children or witnesses.

The importance of freedom of expression and of public access to the courts through the press reports of the evidence, arguments and the conduct of judges and judicial officers is of such paramount importance that any interference with it must be of a minimal nature.

It cannot be said that s. 30(1) interferes as little as possible with the fundamentally important right to freedom of expression particularly as it applies to informing the public of court proceedings. Nor does it reflect that proportionality which is required between the effect of the measure and the attainment of the objectives.

Counsel for the Attorney General for Alberta took the position that the exceptions set out in s. 30(1) permitted the publication of sufficient details so that the ban on publication was minimal. In support of his position he placed great stress upon the decision of this Court in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, particularly that portion of the reasons by Lamer J., speaking for the Court, as follows at p. 132:

Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it. [Emphasis in original.]

However, Justice Lamer was careful to note that the ban in those circumstances was a minimal impairment of a freedom of expression. At page 133 he stated:

The section applies only to sexual offence cases, it restricts publication of facts disclosing the complainant's

interdire toute publicité ou tenir des audiences à huis-clos dans les rares circonstances qui l'exigent pour protéger la vie privée des parties, de leurs enfants ou des témoins.

<sup>a</sup> La liberté d'expression et l'accès du public aux tribunaux par l'intermédiaire des comptes rendus de la presse sur la preuve, les arguments et la conduite des juges et des officiers de justice sont <sup>b</sup> d'une telle importance prépondérante que toute atteinte doit être minimale.

On ne peut affirmer que le par. 30(1) porte le moins possible atteinte au droit fondamentalement <sup>c</sup> important à la liberté d'expression surtout lorsqu'il s'agit d'informer le public des procédures judiciaires. Il n'est pas conforme non plus au critère de proportionnalité entre l'effet de la mesure et la réalisation des objectifs.

<sup>d</sup> L'avocat du procureur général de l'Alberta a soutenu que les exceptions prévues au par. 30(1) permettent de publier suffisamment de détails et que l'interdiction de publier est donc minimale. À <sup>e</sup> l'appui de sa thèse, il a beaucoup insisté sur l'arrêt de notre Cour *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, particulièrement sur cet extrait des motifs du juge Lamer qui s'exprimait au nom de la Cour, à la <sup>f</sup> p. 132:

De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace puisqu'elle <sup>g</sup> priverait la victime de cette certitude. À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur. [Souligné dans l'original.]

<sup>h</sup> Le juge Lamer a cependant pris soin de souligner que dans ces circonstances l'interdiction constituait une atteinte minimale à la liberté d'expression. Il a dit, à la p. 133:

<sup>i</sup> En effet, le paragraphe ne s'applique qu'aux agressions sexuelles, il restreint la publication de faits révélant



identity and it does not provide for a general ban but is limited to instances where the complainant or prosecutor requests the order or the court considers it necessary. Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public.

In the case at bar the restriction is much broader. As noted earlier, the publishing ban is wide and sweeping in its effect. In the circumstances the *Canadian Newspapers* case is distinguishable and the reasoning is not applicable to s. 30 of the *Judicature Act*.

The Attorney General for the province of Alberta also observed that s. 30(1) of the Alberta legislation was in virtually the same wording as s. 166(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He sought comfort in the fact that thus the two jurisdictions of the Dominion of Canada as well as the province had passed such legislation. However, it is interesting to note that there are no reported cases under that section of the *Criminal Code*. Nor do I think this supports his position. The lack of cases pertaining to this section of the *Code* may indicate that its provisions have fallen into disuse, or that it had never been necessary or appropriate to bring them into play. It may reflect no more than a wise manifestation of the exercise of prosecutorial discretion.

Counsel for the Attorney General for Alberta argued that s. 30(2) was necessary in order to ensure a fair trial of actions and to protect the privacy of individuals. It may well be that in certain situations those considerations will require the court to take measures to ensure that some portions of the documents filed in judicial proceedings are not published. Nevertheless, the provision is far too broad. The legislation would ban the publication of court documents that might have a wide public interest and would prevent the public from knowing about a great many issues in which discussion should be fostered. For example, all actions involving government agencies, administrative boards and tribunals would seem to have a far greater interest for the public than most private

l'identité du plaignant et, loin de prévoir une interdiction générale, elle se limite aux cas où le plaignant ou le poursuivant demande une ordonnance ou à ceux dans lesquels la cour juge nécessaire de le faire. Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risqueraient de révéler l'identité du plaignant.

En l'espèce, la restriction est beaucoup plus étendue. Comme je l'ai déjà souligné, l'interdiction de publier est large et a un effet très extensif. Dans les circonstances, l'arrêt *Canadian Newspapers* peut être distingué de l'espèce et son raisonnement ne s'applique pas à l'art. 30 de la *Judicature Act*.

Le procureur général de la province de l'Alberta a également fait remarquer que le libellé du par. 30(1) de la loi albertaine était presque identique à l'al. 166(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46. Il trouvait un appui dans le fait que deux ressorts, le Canada comme la province, avaient adopté une telle loi. Il est cependant intéressant de souligner qu'il n'existe aucune décision publiée qui traite de cet article du *Code criminel*. Je ne crois pas d'ailleurs que cet argument appuie sa thèse. L'absence de décision relative à cet article du *Code* indique peut-être que ses dispositions sont tombées en désuétude ou qu'il n'a jamais été nécessaire ni approprié de les appliquer. Cela constitue peut-être tout au plus un exemple judicieux de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

L'avocat du procureur général de l'Alberta a soutenu que le par. 30(2) était nécessaire pour assurer le caractère équitable des procès et protéger la vie privée des gens. Il se peut fort bien qu'en certaines circonstances ces considérations obligent le tribunal à veiller à ce que certaines parties des documents produits dans une instance ne soient pas publiées. La disposition est néanmoins beaucoup trop large. La loi interdit la publication de documents judiciaires qui pourraient être d'un grand intérêt public et empêche le public de prendre connaissance de multiples questions dont la discussion devrait être encouragée. Par exemple, les actions concernant les organismes gouvernementaux, les commissions et tribunaux administratifs devraient susciter beaucoup plus l'intérêt du

litigation. Even in private actions the public might have an interest in knowing the submissions put forward in claims such as those for wrongful dismissal or for personal damages. Yet the details of those actions could not be published. Section 30(2) is overly broad and repressive.

When it considered s. 30(2) the Alberta Court of Appeal relied on the decision of the House of Lords in the *Sunday Times* case which had a long litigious history. An injunction against publication had been granted by the judges of first instance, [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.) It was removed by the Court of Appeal for the reasons given by Lord Denning, M.R., [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.) The injunction was then restored by the House of Lords, [1974] A.C. 273. The case was then taken to the European Court of Human Rights (judgment of 26 April 1979, Series A No. 30) which set aside the decision of the House of Lords. In the course of its reasons the majority of that court had this to say at pp. 41-42:

The thalidomide disaster was a matter of undisputed public concern. It posed the question whether the powerful company which had marketed the drug bore legal or moral responsibility towards hundreds of individuals experiencing an appalling personal tragedy or whether the victims could demand or hope for indemnification only from the community as a whole; fundamental issues concerning protection against and compensation for injuries resulting from scientific developments were raised and many facets of the existing law on these subjects were called in question.

As the Court has already observed, Article 10 guarantees not only the freedom of the press to inform the public but also the right of the public to be properly informed.

In the present case, the families of numerous victims of the tragedy, who were unaware of the legal difficulties involved, had a vital interest in knowing all the underlying facts and the various possible solutions. They could be deprived of this information, which was crucially important for them, only if it appeared absolutely certain that its diffusion would have presented a threat to the "authority of the judiciary".

public que la plupart des litiges entre particuliers. Même dans le cas des litiges privés, le public peut être intéressé à connaître les arguments invoqués dans certaines actions, telles des actions concernant le congédiement illégal ou les dommages à la personne. Les détails de ces recours ne peuvent cependant pas être publiés. Le paragraphe 30(2) est trop large et répressif.

*b*

Lorsque la Cour d'appel de l'Alberta a analysé le par. 30(2), elle s'est appuyée sur l'arrêt *Sunday Times* de la Chambre des lords qui a connu une longue histoire judiciaire. Les juges de première instance avaient accordé l'injonction contre la publication, [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.) La Cour d'appel, dont les motifs ont été rédigés par le maître des rôles lord Denning a annulé l'injonction, [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.) La Chambre des lords a rétabli l'injonction, [1974] A.C. 273. L'affaire a ensuite été portée devant la Cour européenne des Droits de l'Homme (arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30), qui a infirmé l'arrêt de la Chambre des lords. Voici ce que la cour, à la majorité, a dit aux pp. 41 et 42:

*f*

La catastrophe de la thalidomide préoccupait sans conteste le public. Elle soulevait le point de savoir si la puissante société qui avait distribué ce produit pharmaceutique avait engagé sa responsabilité, juridique ou morale, envers des centaines d'individus vivant une horrible tragédie personnelle ou si les victimes ne pouvaient exiger ou espérer une indemnité que de la collectivité tout entière; elle posait des questions fondamentales de prévention et réparation des dommages résultant de découvertes scientifiques et obligeait à reconsidérer beaucoup d'aspects du droit en vigueur dans ces matières.

*h*

L'article 10, la Cour l'a déjà noté, garantit non seulement à la presse la liberté d'informer le public, mais aussi à ce dernier le droit à des informations adéquates.

*i*

En l'espèce les familles de nombreuses victimes du désastre, ignorantes des difficultés juridiques qui surgissaient, avaient un intérêt fondamental à connaître chacun des faits sous-jacents et les diverses solutions possibles. Elles ne pouvaient être privées de ces renseignements, pour elles d'importance capitale, que s'il apparaissait en toute certitude que leur diffusion aurait menacé l'«autorité du pouvoir judiciaire».

These words are apposite to a consideration of s. 30(2) and should govern the decision made pertaining to that subsection.

As well it is not without significance that the ban prescribed by s. 30(2) of the Alberta legislation is unique to that province. No other jurisdiction in Canada has found it necessary to impose such a restriction.

Further, there can be no doubt that in order to ensure a fair trial and to protect privacy interests, the court can always use its supervisory power over its own record to grant restraining orders in appropriate cases.

For the foregoing reasons, I am led to the conclusion that s. 30(2) does not interfere as little as possible with the vitally important fundamental right of freedom of expression, particularly as it applies to informing the public as to pending court proceedings. Nor does it reflect that proportionality which is required between the effect of the measure and the attainment of the objectives.

### Summary

I recognize that the limitation imposed by the legislation under attack need not be either the best possible limitation nor does it have to be the least intrusive legislation imaginable. Nevertheless it must be a reasonable limit. The proportionality test must vary depending on the circumstances of each case presented to the Court. Here the legislation in issue is not like legislation fixing the age of children at which advertising may be directed as in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. Nor is it like legislation fixing the maximum number of employees a firm could have to be eligible for an exemption from Sunday closing rules as in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*. Rather in this case the Court must balance the interest of society as a whole in freedom of expression and the right of the public to know of court proceedings against the bans imposed on publication by s. 30(1) and (2) of the Alberta legislation. In my view it is apparent that the impugned legislation is not carefully designed to achieve the objective of protecting privacy, nor does it affect as little as possible the vitally impor-

La pertinence de ces propos dans l'examen du par. 30(2) devrait dicter la décision à rendre.

En outre, il n'est pas sans importance de souligner que l'interdiction prévue au par. 30(2) de la loi albertaine est particulière à cette province. Aucune autre juridiction canadienne n'a jugé nécessaire d'imposer pareille restriction.

De plus, il est évident qu'en vue de garantir un procès équitable et de protéger la vie privée des particuliers, la cour peut toujours utiliser son pouvoir de surveillance à l'égard de ses dossiers et accorder des ordonnances restrictives dans les cas appropriés.

Pour les motifs qui précèdent, je dois conclure que le par. 30(2) ne porte pas le moins possible atteinte au droit fondamentalement important à la liberté d'expression, surtout lorsqu'il s'agit d'informer le public sur les procédures judiciaires en instance. Il ne correspond pas non plus à la proportionnalité requise entre l'effet de la mesure et la réalisation des objectifs.

### Résumé

Je reconnais que la restriction qu'impose la loi contestée n'a pas à être la meilleure possible ni la moins envahissante possible. Elle doit néanmoins être raisonnable. Le critère de proportionnalité varie selon les circonstances de chaque cas présenté à la Cour. En l'espèce, la loi contestée n'est pas comparable à celle qui fixe l'âge des enfants auxquels la publicité peut être destinée, comme dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Il ne s'agit pas non plus d'une loi qui fixe le nombre maximal d'employés qu'un établissement peut compter pour être exempté des règles de fermeture le dimanche, comme dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité. Au contraire, en l'espèce, la Cour doit soulever les intérêts de l'ensemble de la société dans la liberté d'expression et le droit du public d'être informé des procédures judiciaires en regard des interdictions prévues aux par. 30(1) et (2) de la loi albertaine concernant la publication. À mon avis, il ressort clairement que la loi contestée n'a pas été conçue avec soin pour atteindre l'objectif de protéger la vie privée et qu'elle ne

tant rights and freedoms in question. Neither s. 30(1) nor s. 30(2) can be upheld by reference to s. 1 of the *Charter*.

### Re Section 15 of the *Charter*

The appellant argued that the legislation contravened s. 15 of the *Charter* as the press was singled out from all the news media and made subject to fines for printing and for publishing. Because, as is conceded, the legislation contravenes s. 2(b), and in light of the conclusion that it cannot be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with this argument.

### Disposition

I would allow the appeal with costs and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 30 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Does s. 30 of the *Judicature Act* infringe or deny the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

4. If the answer to question 3 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Cory and I am in agreement with the result they reach with respect to s. 30(2) of the *Alberta Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1. With respect to s. 30(1) of that Act, I have reached the same

porte pas le moins possible atteinte aux droits et libertés visés qui sont d'une importance vitale. Les paragraphes 30(1) et (2) ne peuvent être sauvegardés par l'article premier de la *Charte*.

### <sup>a</sup> L'article 15 de la *Charte*

L'appelant a soutenu que la législation portait atteinte à l'art. 15 de la *Charte* parce que la presse était le seul média visé par l'interdiction d'imprimer et de publier, et passible d'amendes. Parce que la loi porte atteinte à l'al. 2b), ce qui n'est pas contesté, et parce que j'ai conclu qu'elle ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument.

### Dispositif

<sup>d</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'article 30 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

<sup>e</sup> Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

<sup>f</sup> Réponse: Non.

3. L'article 30 de la *Judicature Act* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*?

<sup>g</sup> Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

<sup>h</sup> Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

<sup>i</sup> LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Cory et je partage leur conclusion en ce qui concerne le par. 30(2) de la *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. J-1. En ce qui concerne le par. 30(1) de la loi, j'arrive à la même conclusion que

conclusion as Cory J., although for somewhat different reasons.

### 1. Methodology of Charter Application

In my view, this case raises an important issue regarding the proper method of application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to individual cases and, because my reasons for finding s. 30(1) of the *Alberta Judicature Act* unconstitutional reflect one of two possible approaches to the *Charter's* application, I thought it might be appropriate at the outset to say a word or two about the different approaches.

Of the two possible approaches to the *Charter's* application one might be described as the abstract approach and the other the contextual approach. While the mechanics of application, i.e. the proper analytical steps to be taken are the same under each, which one is adopted may tend to affect the result of the balancing process called for under s. 1.

Under each approach it is necessary to ascertain the underlying value which the right alleged to be violated was designed to protect. This is achieved through a purposive interpretation of *Charter* rights. It is also necessary under each approach to ascertain the legislative objective sought to be advanced by the impugned legislation. This is done by ascertaining the intention of the legislator in enacting the particular piece of legislation. When both the underlying value and the legislative objective have been identified, and it becomes clear that the legislative objective cannot be achieved without some infringement of the right, it must then be determined whether the impugned legislation constitutes a reasonable limit on the right which can be demonstrably justified in a free and democratic society.

It seems to me that under the abstract approach the underlying value sought to be protected by s. 2(b) of the *Charter* is determined at large as my colleague Cory J. has done. He finds freedom of expression to have been fundamental to the historical development of our political, social and educational institutions in Canada. He emphasizes the seriousness of restricting the free exchange of ideas

le juge Cory bien que pour des motifs quelque peu différents.

### 1. Méthode d'application de la Charte

<sup>a</sup> À mon avis, ce pourvoi soulève une question importante concernant la manière d'appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés* à des cas individuels et, parce que mes raisons de conclure à l'inconstitutionnalité du par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta correspondent à l'une des deux méthodes possibles d'application de la *Charte*, j'estime approprié de dire au départ quelques mots sur ces différentes démarches.

<sup>b</sup> Des deux façons possibles d'aborder l'application de la *Charte*, on peut décrire la première comme la méthode abstraite et l'autre comme la méthode contextuelle. Bien que les modes d'application, c'est-à-dire les étapes analytiques à suivre, soient identiques dans chacune, la méthode retenue peut avoir une influence sur le résultat du processus d'équilibrage requis en vertu de l'article premier.

<sup>c</sup> Dans chacune des méthodes, il est nécessaire de préciser la valeur sous-jacente que vise à protéger le droit auquel il aurait été porté atteinte. C'est par une interprétation en fonction de l'objet des droits reconnus dans la *Charte* qu'on y parvient. Il est également nécessaire dans chacune des méthodes de préciser l'objectif législatif recherché par la loi contestée. C'est en déterminant l'intention du législateur dans l'adoption de la loi en question qu'on y parvient. Lorsque la valeur sous-jacente et l'objectif législatif ont été identifiés et qu'il est clair que l'objectif législatif ne peut être réalisé sans atteinte au droit, il faut alors déterminer si la loi contestée constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

<sup>d</sup> Il me semble que, selon la méthode abstraite, la valeur sous-jacente que vise à protéger l'al. 2b) de la *Charte* est définie de manière générale comme l'a fait mon collègue le juge Cory. Il constate que la liberté d'expression a joué un rôle fondamental dans l'évolution historique de nos institutions politiques, sociales et éducatives au Canada. Il souligne la gravité de toute restriction à la libre circula-

and opinions in a democratic form of society and concludes that it is difficult to imagine a more important right in a democracy than freedom of expression.

I do not disagree with my colleague that freedom of expression plays that vital role in a political democracy. The problem is that the values in conflict in the context of this particular case are the right of litigants to the protection of their privacy in matrimonial disputes and the right of the public to an open court process. Both cannot be fully respected. One must yield to the exigencies of the other. I ask myself therefore whether a contextual approach in balancing the right to privacy against freedom of the press under s. 1 is not more appropriate than an approach which assesses the relative importance of the competing values in the abstract or at large.

It is of interest to note in this connection that La Forest J. completely agrees with Cory J. about the importance of freedom of expression in the abstract. He acknowledges that it is fundamental in a democratic society. He sees the issue in the case, however, as being whether an open court process should prevail over the litigant's right to privacy. In other words, while not disputing the values which are protected by s. 2(b) as identified by Cory J., he takes a contextual approach to the definition of the conflict in this particular case. Notwithstanding the enormous importance of freedom of expression in a political context, he finds that it must yield in the context of this case to the litigant's right to privacy. The impugned legislation is accordingly, in his view, a reasonable limit on freedom of the press. Cory J. reaches the converse conclusion and the concern raised is whether the difference in result may be conditioned by the methodology adopted in assessing the importance of the values in conflict.

One thing seems clear and that is that one should not balance one value at large and the conflicting value in its context. To do so could well be to pre-judge the issue by placing more weight

tion des idées et des opinions dans une société de type démocratique et il conclut qu'il est difficile d'imaginer un droit plus important dans une démocratie que la liberté d'expression.

<sup>a</sup> Je ne suis pas en désaccord avec mon collègue que la liberté d'expression joue ce rôle vital dans un régime démocratique. Le problème tient à ce que les valeurs en conflit dans le contexte de l'espèce sont le droit des parties à la protection de leur vie privée dans les instances matrimoniales et le droit du public à la publicité du processus judiciaire. Les deux droits ne peuvent être respectés intégralement. L'un doit céder le pas devant les exigences de l'autre. Je me demande donc si une méthode contextuelle, pour trouver un équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté de la presse en vertu de l'article premier, n'est pas plus appropriée qu'une méthode qui évalue de façon abstraite et générale l'importance relative de valeurs en conflit.

Il est intéressant de souligner à cet égard que le juge La Forest est tout à fait d'accord avec le juge Cory quant à l'importance de la liberté d'expression dans l'abstrait. Il reconnaît qu'elle est fondamentale dans une société démocratique. Toutefois, à son avis, le litige en l'espèce est de savoir si la publicité du processus judiciaire devrait prévaloir sur le droit des parties à la protection de leur vie privée. En d'autres termes, bien qu'il ne conteste pas les valeurs protégées par l'al. 2b) et identifiées par le juge Cory, il adopte une méthode contextuelle pour définir le conflit dans cette affaire particulière. Indépendamment de l'importance considérable de la liberté d'expression dans un contexte politique, il estime que dans le contexte de cette affaire celle-ci doit céder devant le droit des parties à la protection de leur vie privée. À son avis, la loi contestée est donc une limite raisonnable à la liberté de la presse. Le juge Cory parvient à la conclusion inverse et il faut se demander si la différence dans les conclusions peut dépendre de la méthode retenue pour évaluer l'importance des valeurs en conflit.

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à

on the value developed at large than is appropriate in the context of the case. Nor should one, it seems to me, balance a private interest, i.e. litigant x's interest in his privacy against a public one, the public's interest in an open court process. Both interests must be seen as public interests, in this case the public interest in protecting the privacy of litigants generally in matrimonial cases against the public interest in an open court process.

It seems to me that the majority and minority decisions in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, were largely influenced by the different approaches taken by the members of the Court to freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. Chief Justice Dickson in his dissent clearly applied a combined purposive and contextual approach to the issue in that case. He asked himself what the purpose of freedom of association was in the context of labour relations. Why did workers associate to form unions? What was the aim and object? He stated at pp. 365-66:

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict.

And again at p. 368:

The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. The capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. While trade unions also fulfil other important social, political and charitable functions, col-

préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire. Il me semble qu'il ne faut pas non plus évaluer un droit privé, c'est-à-dire le droit de la partie x à sa vie privée, par rapport à un droit public, celui du public à la publicité du processus judiciaire. Les deux droits doivent être considérés comme des intérêts publics, en l'espèce l'intérêt public à la protection de la vie privée de l'ensemble des parties aux affaires matrimoniales par rapport à l'intérêt public à la publicité du processus judiciaire.

Il me semble que les opinions des juges de la majorité et de la minorité dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, ont été fortement influencées par les différentes méthodes retenues par les membres de la Cour à l'égard de la liberté d'association reconnue à l'al. 2d) de la *Charte*. Dans sa dissidence, le juge en chef Dickson a clairement appliqué à la question alors en litige une méthode fondée à la fois sur l'objet et sur le contexte. Il s'est demandé quel était l'objet de la liberté d'association dans le contexte des relations de travail. Pourquoi les travailleurs s'associent-ils pour former des syndicats? Quel était le but et l'objet? Il a affirmé, aux pp. 365 et 366:

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraînent en conflit.

Et encore, à la p. 368:

L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur. La capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l'une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Certes les syndicats ont aussi d'autres fonctions importantes sur les plans social, politique et chari-

lective bargaining remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring fair wages, health and safety protections, and equitable and humane working conditions.

The Chief Justice concluded that the collective bargaining process was within the constitutional protection of s. 2(d).

The issue for the majority, however, was whether associational activities generally were constitutionally protected by s. 2(d), not whether the special kind of associational activities forming the subject of the dispute before the Court were protected by the section. Quoting from *Le Dain J.* at pp. 390-91:

In considering the meaning that must be given to freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* it is essential to keep in mind that this concept must be applied to a wide range of associations or organizations of a political, religious, social or economic nature, with a wide variety of objects, as well as activity by which the objects may be pursued. It is in this larger perspective, and not simply with regard to the perceived requirements of a trade union, however important they may be, that one must consider the implications of extending a constitutional guarantee, under the concept of freedom of association, to the right to engage in particular activity on the ground that the activity is essential to give an association meaningful existence.

Since the activities of a golf or curling club were clearly not deserving of constitutional protection, the answer to the question the majority posed for themselves was clearly no. Associational activities generally were not protected. The collective bargaining process engaged in by unions was likewise not protected.

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of

table, mais la négociation collective demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de participer au processus qui leur assurera des salaires justes, la santé et la sécurité ainsi que des conditions de travail humaines et équitables.

Le Juge en chef a conclu que le processus de négociation collective bénéficiait de la protection constitutionnelle de l'al. 2d).

Cependant, pour les juges de la majorité, la question était de savoir si les activités associatives en général bénéficiaient de la protection constitutionnelle de l'al. 2d) et non pas si le type particulier d'activités associatives en litige devant la Cour bénéficiait de la protection de l'alinéa. Le juge *Le Dain* écrit, aux pp. 390 et 391:

En examinant le sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte*, il est essentiel de garder à l'esprit que cette notion doit viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles, que l'on doit examiner l'incidence de l'extension d'une garantie constitutionnelle, qui se présente sous la forme du concept de la liberté d'association, au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle si l'on veut qu'une association ait une existence significative.

Puisque les activités d'un club de golf ou de curling ne méritaient certainement pas une protection constitutionnelle, les juges de la majorité ont clairement répondu non à la question qu'ils s'étaient posée. Les activités associatives en général n'étaient pas protégées. De même, le processus de négociation collective entrepris par les syndicats n'était pas protégé.

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans



any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

It is my view that a right or freedom may have different meanings in different contexts. Security of the person, for example, might mean one thing when addressed to the issue of over-crowding in prisons and something quite different when addressed to the issue of noxious fumes from industrial smoke-stacks. It seems entirely probable that the value to be attached to it in different contexts for the purpose of the balancing under s. 1 might also be different. It is for this reason that I believe that the importance of the right or freedom must be assessed in context rather than in the abstract and that its purpose must be ascertained in context. This having been done, the right or freedom must then, in accordance with the dictates of this Court, be given a generous interpretation aimed at fulfilling that purpose and securing for the individual the full benefit of the guarantee.

## 2. The Legislation

I turn now to the impugned legislation and reproduce it here for convenience:

30(1) No person shall within Alberta print or publish or cause or procure to be printed or published in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section, or any other particulars except

- (a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses,
- (b) a concise statement of the charges, defences and counter-charges in support of which evidence has been given,
- (c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and

l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie.

## f 2. Les textes législatifs

J'examine maintenant les dispositions législatives contestées et je les reproduis ici par souci de commodité:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] 30(1) Il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la province concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant, ou tout détail autre que:

- a) les noms, adresses et occupations des parties ou des témoins;
- b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis;
- c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard;

(d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and observations made by the judge in giving judgment.

d) les directives du juge, la décision du jury, le cas échéant, et le jugement du tribunal ainsi que les observations faites par le juge en rendant jugement.

(3) Nothing in this section applies

(a) to the printing of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding,

(b) to the communication of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding to persons concerned in the proceeding,

(c) to the printing or publishing of a notice or report pursuant to an order or direction given by a court competent to so order or direct, or

(d) to the printing or publishing of a matter

(i) in a separate volume or part of a bona fide series of law reports that does not form part of another publication and that consists solely of reports of proceedings in courts of law, or

(ii) in a publication of a technical character bona fide intended for circulation among members of the legal or medical professions. [Emphasis added.]

I note at the outset that my colleagues have reached different conclusions about the effect of these provisions. Cory J. construes them as preventing the publication of any evidence called in a matrimonial cause as well as the comments of counsel and the presiding judge. La Forest J., on the other hand, states that "s. 30(1) extends only to the particulars of the evidence in matrimonial and similar proceedings where individuals are required to divulge some of the most private aspects of their lives" (p. 1370). I agree with Cory J.'s interpretation. I think that the legislation has placed quite serious limits on the publication of what goes on in a courtroom. Section 30(1)(b) and (c) prohibit the press from publishing the details of evidence adduced in the course of a trial and s. 30(1)(d) prevents the press from reporting any remarks that the presiding judge may make other than his or her "summing up".

### 3. The Open Court Process

There can be little doubt that restricting the freedom of the press to report cases before the courts goes against the traditional emphasis which

<sup>a</sup> (3) Le présent article ne s'applique pas:

a) à l'impression des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé dans une procédure judiciaire;

<sup>b</sup> b) à la transmission des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé par les personnes concernées dans une procédure judiciaire;

<sup>c</sup> c) à l'impression ou à la publication d'un avis ou d'un rapport en application d'une décision d'un tribunal compétent;

d) à l'impression ou à la publication d'une décision

<sup>d</sup> i) soit dans un volume ou une partie d'une série authentique de rapports judiciaires qui n'appartient à aucune autre publication et consiste exclusivement en rapports de procédures devant les tribunaux,

<sup>e</sup> ii) soit dans une publication d'un caractère technique authentiquement destinée à circuler parmi les gens de loi ou les médecins. [Je souligne.]

<sup>f</sup> Je signale au départ que mes collègues sont parvenus à des conclusions différentes quant à l'effet de ces dispositions. Suivant l'interprétation du juge Cory, elles interdisent la publication de toute preuve présentée dans une affaire matrimoniale ainsi que des remarques faites par les avocats et le juge. Le juge La Forest affirme par ailleurs que «l'interdiction énoncée au par. 30(1) vise uniquement les détails de la preuve présentée dans des affaires matrimoniales, ou des affaires de cette nature, dans lesquelles des personnes sont tenues de révéler les aspects les plus intimes de leur vie» (pp. 1370 et 1371). Je partage l'interprétation du <sup>g</sup> juge Cory. Je pense que la loi apporte de fortes restrictions à la publication de ce qui se passe dans une salle d'audience. Les alinéas 30(1)b) et c) interdisent à la presse de publier les détails de la preuve présentée au procès et l'al. 30(1)d) empêche la presse de rapporter les remarques que le <sup>h</sup> juge peut faire, à l'exception de ses directives. <sup>i</sup>

### 3. La publicité du processus judiciaire

<sup>j</sup> Il ne fait pas de doute que la restriction de la liberté de la presse de publier les causes portées devant les tribunaux est contraire à l'importance

has been placed in our justice system upon an open court process. Several reasons have been advanced in support of the importance of such a process. The one most frequently advanced, and certainly the one with the deepest roots in the history of our law, stresses the importance of an open trial for the evidentiary process. As Cory J. notes, Blackstone stressed that the open examination of witnesses "in the presence of all mankind" was more conducive to ascertaining the truth than secret examinations: see Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 23, at p. 373. Subsequently, in his *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 1, Jeremy Bentham explained at p. 522 that:

The advantages of publicity are neither inconsiderable nor unobvious. In the character of a security, it operates in the first place upon the deponent; and, in a way not less important . . . upon the judge.

Wigmore wrote extensively on the requirement that judicial proceedings be open to the public (Wigmore, *Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834) and noted (at pp. 435-36) that:

Its operation in tending to *improve the quality of testimony* is two-fold. Subjectively, it produces in the witness' mind a disinclination to falsify; first, by stimulating the instinctive responsibility to public opinion, symbolized in the audience, and ready to scorn a demonstrated liar; and next, by inducing the fear of exposure of subsequent falsities through disclosure by informed persons who may chance to be present or to hear of the testimony from others present. Objectively, it secures the presence of those who by possibility may be able to furnish testimony in chief or to contradict falsifiers and yet may not have been known beforehand to the parties to possess any information.

The operation of this latter reason was not uncommonly exemplified in earlier days in England, when *attendance at court* was a common mode of passing the time for all classes of persons . . . The same advantage is gained, and much relied on, in more modern times, when the publicity given by newspaper reports of trials is often the means of securing useful testimony. [Emphasis in original.]

More recently the Supreme Court of the United States has addressed these considerations in a

traditionnellement accordée dans notre système de justice à la publicité du processus judiciaire. On a invoqué plusieurs raisons à l'appui de l'importance de ce processus public. La raison invoquée le plus souvent, et certainement la plus enracinée dans notre histoire juridique, fait ressortir l'importance d'un débat public pour le processus de présentation de la preuve. Comme le signale le juge Cory, Blackstone a souligné que l'interrogatoire des témoins en public [TRADUCTION] «en présence de tous» est plus propice à la recherche de la vérité que des interrogatoires secrets: voir Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, chap. 23, à la p. 373. Plus tard, Jeremy Bentham dans son ouvrage *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 1, explique, à la p. 522, que:

[TRADUCTION] Les avantages de la publicité ne sont ni négligeables ni obscurs. De la nature d'une garantie, elle agit d'abord sur le dépositaire et, de façon tout aussi importante [. . .] sur le juge.

Wigmore a beaucoup écrit sur le besoin de publicité dans les procédures judiciaires (Wigmore, *Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834) et a souligné (aux pp. 435 et 436) que:

[TRADUCTION] Son effet dans l'*amélioration de la qualité des témoignages* est double. Subjectivement, elle suscite dans l'esprit du témoin une incitation à ne pas mentir; d'abord, en stimulant le sens instinctif de sa responsabilité envers l'opinion publique, symbolisée par l'auditoire prêt à mépriser un menteur reconnu; et ensuite, en éveillant la peur de la révélation ultérieure de ses mensonges, dénoncés par des personnes renseignées qui, par hasard, peuvent être présentes ou entendre parler du témoignage par d'autres personnes qui assistent à l'audience. Objectivement, elle assure la présence de personnes susceptibles de témoigner ou de contredire les témoignages erronés et dont les parties pouvaient ne pas savoir à l'avance qu'ils possédaient des renseignements.

L'effet de cette dernière raison trouvait beaucoup d'exemples car il était courant autrefois en Angleterre de passer le temps, dans toutes les classes de la société, *en assistant à des audiences* [. . .] Aujourd'hui, on obtient le même résultat, sur lequel on compte beaucoup, par la publicité que les journaux accordent aux débats judiciaires et qui sert souvent de moyen d'obtenir des témoignages utiles. [En italique dans l'original.]

Plus récemment, la Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur ces considérations dans une

series of cases dealing with criminal trials. For example, in *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), Blackmun J. provides an extensive review of the history underlying the requirement that trials be held in open court and observes that there is strong evidence that the public trial, which developed before other procedural rights now routinely afforded the accused, was perceived as serving important social interests relating to the integrity of the trial process that existed quite apart from the interests of the litigants. He emphasizes at p. 427 that there is no reason to think that the requirement is not equally important to-day:

The courts and the scholars of the common law perceived the public-trial tradition as one serving to protect the integrity of the trial and to guard against partiality on the part of the court. The same concerns are generally served by the public trial today.

In *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), the Supreme Court of the United States again emphasized the importance of publicity in preserving the integrity of the evidentiary process. Holding that the press's interest in being able to report what takes place in court is constitutionally protected by the First and Fourteenth Amendments of the United States Constitution, Chief Justice Burger went on to point out at pp. 572-73 that:

Instead of acquiring information about trials by first-hand observation or by word of mouth from those who attended, people now acquire it chiefly through the print and electronic media. In a sense this validates the media claim of functioning as surrogates for the public. While media representatives enjoy the same right of access as the public, they often are provided special seating and priority of entry so that they may report what people in attendance have seen and heard . . .

This is an important point and serves to remind us that any harm that may flow from limiting the press's ability to recount what takes place in court cannot readily be rationalized or minimized by saying that, although the press is constrained, the public is still free to attend. The media are, as

série d'arrêts en matière criminelle. Par exemple, dans l'arrêt *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), le juge Blackmun fait un historique détaillé, depuis ses origines, de l'exigence de la publicité des procès et souligne qu'il est largement démontré que le procès tenu publiquement, qui a vu le jour avant d'autres droits procéduraux maintenant accordés automatiquement aux accusés, était perçu comme un moyen de servir des intérêts sociaux importants relatifs à l'intégrité de la procédure judiciaire, indépendamment des intérêts des plaideurs. Il a souligné, à la p. 427, qu'il n'y a aucune raison de croire que cette exigence n'est pas tout aussi importante aujourd'hui:

[TRADUCTION] Les tribunaux et les spécialistes de la *common law* voyaient la tradition de la publicité du procès comme un moyen de protéger l'intégrité du procès et de se prémunir contre toute partialité de la part du tribunal. La publicité du procès sert généralement les mêmes fins aujourd'hui.

Dans l'arrêt *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), la Cour suprême des États-Unis a souligné encore une fois l'importance de la publicité pour préserver l'intégrité du processus de présentation de la preuve. Déclarant que le droit de la presse de pouvoir faire état de ce qui se passe devant le tribunal est protégé par les Premier et Quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis, le juge en chef Burger a souligné, aux pp. 572 et 573, que:

[TRADUCTION] Au lieu d'obtenir des renseignements sur les procès en y assistant directement comme observateur ou en écoutant le récit de ceux qui y ont assisté, les gens les obtiennent maintenant essentiellement par les médias écrits et électroniques. En un sens, cela confirme la prétention des médias qu'ils agissent comme suppléants du public. Bien que les représentants des médias possèdent le même droit d'accès que le public, on leur réserve souvent des sièges particuliers et une priorité d'accès pour qu'ils puissent faire le compte rendu de ce que l'assistance a vu et entendu . . .

Ce point est important et sert à nous rappeler que tout préjudice pouvant découler de la restriction du pouvoir de la presse de faire le compte rendu de ce qui se passe devant le tribunal ne peut facilement être rationalisé ou minimisé par l'affirmation que, même si la presse est assujettie à des restric-

Chief Justice Burger so truly observed, “surrogates for the public”.

Another reason for allowing the press to provide complete accounts of what goes on in the courtroom is that an open trial is more likely to ensure that the judge and jury conduct themselves properly so as to inspire confidence in the litigants that the procedures followed and the results reached are fair. In a criminal law setting the importance of an impartial judge and jury is obvious and the role of an open trial in compelling judge and jury to act responsibly has repeatedly been noted: see *Gannett v. DePasquale*, *supra*, at p. 380, *per* Stewart J.; *Richmond Newspapers*, *supra*, at p. 593, *per* Brennan and Marshall JJ.; and *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986), at pp. 8-9, *per* Burger C.J. This concern is obviously not confined to criminal trials. We are all aware that judges presiding in matrimonial causes from time to time disclose outmoded attitudes to the marriage relationship which might well affect their decisions. It is crucial that the press be able to report any statements of this nature made by a judge in the course of the proceedings. Only in this way can the public be assured that the judiciary is capable of overcoming its own social biases and reflecting through their office the values of the community.

Thus, not only is an open trial more likely to be a fair trial but it is also seen to be a fair trial and thereby contributes in a meaningful way to public confidence in the operation of the courts. As Bentham observed in his *Treatise on Judicial Evidence* (1825), at p. 69:

The effects of publicity are at their *maximum* of importance, when considered in relation to the judges; whether as insuring their integrity, or as producing public confidence in their judgments. [Emphasis in original.]

It is also worth noting that there is an important educational aspect to an open court process. It provides an opportunity for the members of the

tions, le public est toujours libre d'assister au procès. Comme le juge en chef Burger l'a si bien souligné, les médias sont les «suppléants du public».

<sup>a</sup> Une autre raison de permettre à la presse de présenter des comptes rendus complets de ce qui se passe devant le tribunal est qu'un procès public est plus susceptible d'assurer que le juge et le jury se <sup>b</sup> conduiront correctement de façon à inspirer aux plaideurs la confiance que les procédures suivies et les résultats obtenus seront équitables. En matière criminelle, l'importance d'un juge et d'un jury impartiaux est claire et les tribunaux ont souligné <sup>c</sup> à plusieurs reprises que la tenue d'un procès public force le juge et le jury à agir de façon responsable: voir *Gannett v. DePasquale*, précité, à la p. 380, le juge Stewart; *Richmond Newspapers*, précité, à la p. 593, les juges Brennan et Marshall; et *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986), aux pp. 8 et 9, le juge en chef Burger. Ce point n'est évidemment pas restreint <sup>e</sup> aux procès criminels. Nous savons tous que les juges qui siègent en matière matrimoniale manifestent parfois, à l'égard des relations matrimoniales, des attitudes dépassées qui peuvent influencer leurs décisions. Il est essentiel que la presse puisse publier des déclarations de cette nature faites par <sup>f</sup> un juge au cours des procédures. C'est la seule façon dont le public peut être assuré que la magistrature est capable de surmonter ses propres préjugés sociaux et qu'elle peut, dans son rôle, refléter les valeurs de la société.

<sup>g</sup> Ainsi, non seulement un procès public est-il plus susceptible d'être un procès équitable, mais il est également perçu comme tel et contribue ainsi <sup>h</sup> d'une façon significative à la confiance du public dans le fonctionnement des tribunaux. Comme Bentham l'a souligné dans son ouvrage *Treatise on Judicial Evidence* (1825), à la p. 69:

[TRADUCTION] Les effets de la publicité prennent <sup>i</sup> leur importance *maximale* lorsqu'ils sont considérés par rapport aux juges; soit parce qu'ils assurent leur intégrité, soit parce qu'ils suscitent la confiance du public en leurs jugements. [En italique dans l'original.]

<sup>j</sup> Il convient également de souligner que la publicité du processus judiciaire comporte un aspect éducatif important. Cela permet aux citoyens de

community to acquire an understanding of how the courts work and how what goes on there affects them. Bentham recognized the importance of publicity in fostering public discussion of judicial matters, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., at p. 68, and Wigmore pointed out in *Evidence*, op. cit., § 1834, at p. 438, that “[t]he educative effect of public attendance is a material advantage. Not only is respect for the law increased and intelligent acquaintance acquired with the methods of government, but a strong confidence in judicial remedies is secured which could never be inspired by a system of secrecy”. Dickson J., as he then was, reminded us of the importance of this when, writing for the majority in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, he stated at p. 185:

Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings. [Emphasis added.]

In summary, the public interest in open trials and in the ability of the press to provide complete reports of what takes place in the courtroom is rooted in the need (1) to maintain an effective evidentiary process; (2) to ensure a judiciary and juries that behave fairly and that are sensitive to the values espoused by the society; (3) to promote a shared sense that our courts operate with integrity and dispense justice; and (4) to provide an ongoing opportunity for the community to learn how the justice system operates and how the law being applied daily in the courts affects them.

But in addition to the interest of the public at large in an open court process there may be compelling arguments in its favour related to the interests of litigants generally. Many may feel vindicated by the public airing of the injustices they feel they have suffered alone and without any support in the community. Indeed, this may be the first time that a spouse is able to speak openly about events that have taken place in the privacy of the home. They may welcome the public endorsement

comprendre le fonctionnement des tribunaux et comment ils sont touchés par ce qui se passe devant le tribunal. Bentham reconnaît l'importance de la publicité parce qu'elle favorise la discussion publique des affaires judiciaires, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., à la p. 68, et Wigmore a souligné dans son ouvrage *Evidence*, op. cit., § 1834, à la p. 438, que [TRADUCTION] «l'aspect éducatif de la présence du public est un avantage important. Non seulement accroît-il le respect du droit et la bonne compréhension des méthodes du gouvernement, mais la publicité suscite une grande confiance dans les recours judiciaires, confiance que ne pourrait inspirer un système fondé sur le secret». Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, nous en a rappelé l'importance lorsque, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, il dit, à la p. 185:

Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclue le public des procédures judiciaires. [Je souligne.]

En résumé, l'intérêt du public dans la tenue de procès publics et dans la capacité de la presse de présenter des comptes rendus complets de ce qui se passe en salle d'audience tire son origine du besoin (1) de conserver un processus efficace de présentation de la preuve; (2) d'avoir une magistrature et des jurys qui agissent équitablement et qui soient réceptifs aux valeurs de la société; (3) de favoriser le sentiment partagé que nos tribunaux fonctionnent avec intégrité et rendent justice; et (4) de toujours permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l'application quotidienne du droit par les tribunaux les touche.

Mais en plus de l'intérêt du public en général dans un processus judiciaire public, il peut y avoir des arguments impérieux en sa faveur qui concernent les intérêts de l'ensemble des plaideurs. Beaucoup d'entre eux se sentent dédommagés moralement par la révélation publique des injustices qu'ils estiment avoir subies seuls et sans aucun secours de la société. En effet, c'est peut-être la première fois qu'un conjoint peut parler ouvertement d'événements qui se sont déroulés dans l'intimité du

of the system for what they have suffered in private ignominy. I do not mean to suggest, of course, that in every marriage that runs into difficulty there will be a party anxious to tell his or her side of the story to the public. But we cannot ignore the fact that for every litigant concerned about the adverse impact of publicity upon his or her image in the community there may be another equally concerned about public vindication and community support.

For all of these reasons it seems to me that there would have to be very powerful considerations in order to justify inroads into the open court process. The arguments in favour of the right of the press to report the details of judicial proceedings are strong. Restrictions on that right clearly infringe s. 2(b) of the *Charter*. It is necessary therefore to determine whether s. 30(1) can be justified as a reasonable limit under s. 1.

#### 4. The Right to Privacy

I agree with La Forest J. that the purpose of the legislation is to provide some measure of protection for a litigant's privacy. But it is, in my view, important to identify what aspect of the broad concept of privacy is actually engaged by the impugned legislation. Again, a contextual approach would seem to be appropriate.

Privacy as a value deserving of protection by the law is not, of course, new. It has traditionally been protected by the law of torts through causes of action such as trespass, assault and defamation. Some have suggested that underlying these seemingly distinct torts is a unified concept of a relationship between privacy and human dignity: see S. D. Warren and L. D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193; E. J. Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser" (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962; and S. Stoljar, "A Re-examination of Privacy" (1984), 4 *Legal Studies* 67. Not everyone agrees: see W. L. Prosser, "Privacy" (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383. Legal and political philosophers have engaged in extensive discussions about the

domicile. Ils peuvent se sentir réconfortés par l'appui public que leur donne le système contre des humiliations qu'ils ont subies en privé. Je ne veux certainement pas dire en cela que dans tous les couples qui connaissent des difficultés il y aura toujours un conjoint qui souhaite raconter sa version de l'histoire au public. Mais nous ne pouvons ignorer le fait que pour tout plaideur inquiet des répercussions néfastes de la publicité sur sa réputation dans la collectivité il peut y en avoir un autre tout aussi désireux de se justifier publiquement et d'obtenir l'appui de la collectivité.

Pour tous ces motifs, il me semble qu'il faudrait des raisons très sérieuses pour justifier des atteintes à la publicité du processus judiciaire. Les arguments en faveur du droit de la presse de rapporter les détails de procédures judiciaires sont solides. Les restrictions apportées à ce droit portent clairement atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Il est donc nécessaire de déterminer si le par. 30(1) peut être justifié comme une limite raisonnable en vertu de l'article premier.

#### 4. Le droit à la vie privée

Je partage l'avis du juge La Forest que l'objet de la loi est d'offrir une certaine mesure de protection à la vie privée des parties. Mais j'estime qu'il est important d'identifier l'aspect de cette notion large de vie privée qui est réellement visé par la loi contestée. Encore une fois, la méthode contextuelle semble appropriée.

La vie privée en tant que valeur méritant d'être protégée en droit n'est évidemment pas nouvelle. Elle a traditionnellement bénéficié d'une protection dans le droit des délits par des recours fondés notamment sur l'intrusion, les voies de fait et la diffamation. Certains ont laissé entendre qu'à la base de ces délits apparemment distincts se trouve la notion unique d'un rapport entre la vie privée et la dignité humaine: voir S. D. Warren et L. D. Brandeis, «The Right to Privacy» (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193; E. J. Bloustein, «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser» (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962; et S. Stoljar, «A Re-examination of Privacy» (1984), 4 *Legal Studies* 67. Tous ne partagent pas cet avis: voir W. L. Prosser, «Privacy» (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.

value of privacy. Charles Fried, for example, thought that the ability to control the nature of information imparted to others about oneself is "related to ends and relations of the most fundamental sort: respect, love, friendship and trust": see C. Fried, "Privacy" (1968), 77 *Yale L. J.* 475, at p. 477; and for a similar point of view, see H. Gross, "The Concept of Privacy" (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34. It is worth noting, however, that even the most ardent exponents of the importance of a right to privacy do not suggest that it is an unqualified right. Indeed, Warren and Brandeis accepted that privacy might on some occasions have to yield to the demands of "the public welfare or of private justice": see Warren and Brandeis, *loc. cit.*, at p. 214, and Fried states that "[i]n concrete situations and actual societies, control over information about oneself, like control over one's bodily security or property, can only be relative and qualified": see Fried, *loc. cit.*, at p. 486.

This Court has recently considered the right to privacy in cases involving the search of a person's property without his or her consent (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59) and the search of a person's body without his or her consent (see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495). While the Court in these cases has recognized the need to protect privacy, it has also consistently stressed that "[c]laims to privacy must, of course, be balanced against other societal needs, and in particular law enforcement": see *R. v. Dyment*, *supra*, at p. 428, *per* La Forest J.; *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 159; *R. v. Simmons*, *supra*, at p. 526.

This case addresses a somewhat different aspect of privacy, one more closely related to the protection of one's dignity. It seems to me that the purpose of s. 30(1) of the Alberta *Judicature Act* is to afford some protection against the embarrass-

Des philosophes du droit et de la politique ont engagé de longs débats sur la valeur de la vie privée. Par exemple, Charles Fried estimait que la capacité de contrôler la nature des renseignements personnels transmis aux autres se [TRADUCTION] «rapporte aux fins et aux relations les plus fondamentales: le respect, l'amour, l'amitié et la confiance»: voir C. Fried, «Privacy» (1968), 77 *Yale L. J.* 475, à la p. 477; et dans le même sens, voir H. Gross, «The Concept of Privacy» (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34. Il convient cependant de souligner que même les plus ardents défenseurs de l'importance d'un droit à la vie privée n'affirment pas qu'il s'agit d'un droit absolu. En effet, Warren et Brandeis ont reconnu que le droit à la vie privée peut parfois devoir céder devant les impératifs du [TRADUCTION] «bien-être public ou de la justice privée»: voir Warren et Brandeis, *loc. cit.*, à la p. 214, et Fried affirme que [TRADUCTION] «dans des situations concrètes et dans la société réelle, le contrôle des renseignements personnels, comme le contrôle sur la sécurité physique ou sur les biens, ne peut être que relatif et non absolu»: voir Fried, *loc. cit.*, à la p. 486.

Notre Cour a récemment examiné le droit à la vie privée dans des affaires portant sur la perquisition des biens d'une personne sans son consentement (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59) et sur la fouille d'une personne sans son consentement (voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495). Bien que la Cour ait reconnu dans ces affaires la nécessité de protéger la vie privée, elle a également toujours affirmé que «[n]aturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie en société, et en particulier celles de l'application de la loi»: voir *R. c. Dyment*, précité, à la p. 428, le juge La Forest; *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 159; *R. c. Simmons*, précité, à la p. 526.

La présente affaire porte sur un aspect un peu différent de la vie privée, un aspect qui se rapproche davantage de la protection de la dignité personnelle. Il me semble que l'objet du par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta est de donner une



ment or grief or loss of face that may flow from the publication of the particulars of one's intimate private life disclosed in the courtroom. This Court has already discussed in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 57 and 60, the psychological stress or trauma that can arise from violations of a person's emotional or physical integrity and it has adverted to the fact in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at p. 130, that such trauma can be the result of wide-spread publication of matters that are embarrassing or humiliating. In my view, this legislation addresses a similar concern, namely the personal anguish and loss of dignity that may result from having embarrassing details of one's private life printed in the newspapers.

Two points are worth noting at this stage of the analysis. First, the interest that the press might have in publishing evidence about a person's private life and the degree of embarrassment or humiliation that that person may suffer as a consequence are likely to depend on who that person is. Clearly, it is not everyone's matrimonial disputes that are of consuming interest to the public and therefore to the media. Nor does everyone involved in matrimonial litigation have a public persona the preservation of which is of paramount concern to him or her. Second, the interest that the press might have in publishing details of a person's private life will also, no doubt, depend on the nature of the allegations made about such person's conduct. As Cory J. points out, the "run of the mill" divorce proceeding is less likely to be of public interest than one that involves allegations of particularly immoral or aberrant behaviour. I make these points, not to suggest that matrimonial disputes are not extremely upsetting and painful for all those involved in them as well as for members of their families, but to point out that the concern addressed by the impugned legislation does not impact uniformly on all litigants in matrimonial disputes but more particularly on some.

certain protection contre la gêne, la peine ou l'humiliation qui peuvent découler de la publication des détails de la vie intime d'une personne qui sont divulgués dans la salle d'audience. Notre Cour a déjà examiné dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 57 et 60, la tension ou le traumatisme psychologiques qui peuvent résulter de la violation de l'intégrité émotionnelle ou physique d'une personne et elle a souligné dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, à la p. 130, que ce traumatisme peut résulter de la large diffusion de questions qui sont gênantes ou humiliantes. À mon avis, la loi en cause ici porte sur une préoccupation semblable, c'est-à-dire l'anxiété et la perte de dignité personnelle qui peuvent résulter de la publication dans les journaux de détails gênants de la vie privée d'une personne.

Deux points méritent d'être soulignés à cette étape de l'examen. Premièrement, l'intérêt que la presse peut avoir à publier des éléments de preuve concernant la vie privée d'une personne et l'importance de la gêne ou de l'humiliation que cette personne peut subir par suite de cette publication dépendra probablement de la personne dont il s'agit. Il est évident que tous les litiges matrimoniaux ne sont pas d'un intérêt dévorant pour le public et donc pour les médias. Et il est évident aussi que les parties aux affaires matrimoniales n'ont pas toutes une personnalité publique qu'il leur faut protéger à tout prix. Deuxièmement, l'intérêt que la presse peut avoir à publier les détails de la vie privée d'une personne dépendra également, sans aucun doute, de la nature des allégations concernant la conduite de cette personne. Comme le juge Cory le souligne, il est vraisemblable qu'une instance de divorce «ordinaire» suscitera moins d'intérêt de la part du public que celle qui comporte des allégations de comportements particulièrement immoraux ou aberrants. Je souligne cela non pas pour dire que les litiges en droit matrimonial ne sont pas extrêmement bouleversants et pénibles pour tous ceux qui sont concernés ainsi que pour les membres de leurs familles, mais pour souligner que le problème visé par la loi contestée n'a pas de répercussions uniformes sur toutes les parties impliquées dans ce type de litiges mais touche plus particulièrement certaines d'entre elles.

The right to privacy was asserted unsuccessfully in *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177 (P.C.), which concerned a petition for divorce filed by Alberta's Minister of Public Works. The action was tried in the judge's library which had the word "Private" on the door. It was not the intention to exclude the public from the hearing. The Judicial Committee of the Privy Council referred to Lord Halsbury's observation in *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417, at p. 440, that "every Court of justice is open to every subject of the King". It was held that this was not a trial in "open court". Lord Blanesburgh discussed the importance of the open court principle at pp. 200-202:

To this rule, there are, it need hardly be stated, certain strictly defined exceptions. Applications properly made in chambers, and infant cases, may be particularized. But publicity is the authentic hall-mark of judicial as distinct from administrative procedure, and it can be safely hazarded that the trial of a divorce suit, a suit not entertained by the old Ecclesiastical Courts at all, is not within any exception.

And their Lordships, in reaching the conclusion that the public must be treated as having been excluded from the library on this occasion, have not been uninfluenced by the fact that the cause then being tried was an undefended divorce case. To no class of civil action is Lord Halsbury's statement more appropriate. In no class of case is the privilege more likely to be denied unless every tendency in a contrary direction, whenever manifested, is definitely checked.

And there is perhaps no available way to correct these tendencies more effectively than to require that the trial of these cases shall always take place, and in the fullest sense, in open court. This requirement must be insisted upon because there is no class of case in which the desire of parties to avoid publicity is more widespread. There is no class of case in which in particular circumstances, it can be so clearly demonstrated even to a judge that privacy in that instance would be both harmless and merciful.

On a fait valoir sans succès le droit à la vie privée dans l'arrêt *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177 (C.P.), qui portait sur une requête en divorce déposée par le ministre des Travaux publics de l'Alberta. La requête avait été entendue dans la bibliothèque du juge, dont la porte portait l'inscription: [TRADUCTION] «Privé». L'intention n'était pas d'exclure le public de l'audience. Le Comité judiciaire du Conseil privé a cité la remarque de lord Halsbury dans l'arrêt *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417, à la p. 440, que [TRADUCTION] «toute cour de justice est ouverte à tous les sujets du roi». Le Comité a conclu que ce n'était pas un procès «public». Lord Blanesburgh a traité de l'importance du principe de l'audience publique, aux pp. 200 à 202:

[TRADUCTION] Cette règle, est-il nécessaire de le dire, comporte certaines exceptions strictement définies. Les demandes dûment présentées au juge en son cabinet et les affaires concernant des enfants peuvent constituer une catégorie à part. Mais la publicité est la marque par excellence de la procédure judiciaire par rapport à la procédure administrative et on peut dire sans se tromper que l'audition d'un divorce, un cas qui ne relevait pas des anciens tribunaux ecclésiastiques, ne fait partie d'aucune exception.

Et leurs Seigneuries, en concluant que le public doit être considéré comme ayant été exclu du cabinet à cette occasion, ont été influencées par le fait que l'affaire alors entendue était un divorce non contesté. De toutes les catégories d'actions civiles, c'est dans celle-ci que l'affirmation de lord Halsbury s'applique le mieux. Il n'existe aucune catégorie d'actions dans laquelle le privilège du procès public risque davantage d'être refusé, à moins que toute tendance manifestée en faveur du procès public ne soit définitivement écartée.

Et il n'existe peut-être aucun autre moyen de corriger ces tendances plus efficacement que d'exiger que l'audition de ces affaires ait toujours lieu en audience publique au plein sens du terme. Il faut insister sur cette exigence parce qu'il n'existe aucune autre catégorie d'actions dans laquelle le désir des parties d'éviter la publicité est plus répandu. Il n'existe aucune catégorie d'actions dans laquelle, en des circonstances particulières, il peut être aussi clairement établi, même devant un juge, que le huis-clos serait à la fois inoffensif et bienvenu.

These are some of the considerations which have led their Lordships to take a more serious view of the absence of the public from the trial of this divorce action than has obtained in the Courts below. Influenced by them, their Lordships have felt impelled to regard the inroad upon the rule of publicity made in this instance—unconscious though it was—as one not to be justified, and now that it has been disclosed, as one that must be condemned so that it shall not again be permitted. [Emphasis added.]

Lord Blanesburgh's remarks, in my view, provide a stern reminder of the importance of not allowing one's compassion for that limited group of people who are of particular interest to the public (because of who they are or what they are alleged to have done) to undermine a principle which is fundamentally sound in its general application.

In his discussion of exceptions to the general rule in favour of publicity Wigmore was quick to warn of the dangers of legislation that makes certain exceptions compulsory rather than giving the trial judge a discretion to deal with individual cases: see Wigmore, *op. cit.*, § 1835, at pp. 449-50. Perhaps as a consequence, the range of circumstances in which statutory provisions have been deemed necessary to protect the welfare of parties to litigation has been closely circumscribed. As far as the relationship of marriage is concerned, it is of some interest to note that the rules of evidence that formerly placed restrictions on the compellability of the spouse of a party to litigation and on the admissibility of the spouse's evidence have now been relaxed by legislation in most jurisdictions in Canada: see S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3rd ed. 1988), vol. 2, at p. 1015. I think this is an expression of the growing acceptance of the proposition that the evidence of every person who can contribute to the ascertainment of the facts is needed and should be exposed to public scrutiny. It is also of interest to note that evidence adduced in criminal trials, e.g. for sexual offences, and in civil trials, e.g. for bankruptcy, which also expose to public view details of individuals' personal lives and conduct, i.e. the accused or the bankrupt which they would no doubt prefer to keep private, often gives rise to great, if not greater, potential for embarrassment, grief, humiliation

Voilà certaines considérations qui ont incité leurs Seigneuries à juger plus sévèrement que les tribunaux d'instance inférieure l'absence du public à l'audition de cette action en divorce. Influencées par ces considérations, leurs Seigneuries ont cru devoir considérer cette entorse à la règle de la publicité dans cette instance—bien qu'elle soit involontaire—comme une entorse qui ne peut être justifiée et qui, maintenant qu'elle est connue, doit être condamnée afin qu'elle ne se reproduise plus. [Je souligne.]

À mon avis, les remarques de lord Blanesburgh nous rappellent sévèrement qu'il est important de ne pas laisser sa propre compassion à l'égard de ce groupe restreint de personnes qui intéressent particulièrement le public (en raison de leur identité ou des allégations faites à leur égard) porter atteinte à un principe aussi fondamentalement justifié dans son application générale.

Dans son analyse des exceptions à la règle générale en faveur de la publicité, Wigmore s'est empressé de nous prévenir des dangers des lois qui rendent certaines exceptions obligatoires au lieu de donner au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de traiter des cas individuels: voir Wigmore, *op. cit.*, § 1835, aux pp. 449 et 450. C'est peut-être par suite de cet avertissement que l'éventail des circonstances dans lesquelles des dispositions législatives ont été réputées nécessaires pour protéger le bien-être des parties en litige a été soigneusement défini. En ce qui concerne les rapports dans le mariage, il peut être intéressant de souligner que les règles de preuve qui imposaient autrefois des restrictions à la contraignabilité du conjoint et à l'admissibilité du témoignage du conjoint ont maintenant été assouplies par la législation de la plupart des ressorts au Canada: voir S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3<sup>e</sup> éd. 1988), vol. 2, à la p. 1015. Je pense qu'il s'agit là d'une manifestation de l'acceptation plus grande de la proposition que le témoignage de toute personne susceptible de contribuer à l'établissement des faits est requis et devrait être exposé à l'examen public. Il est également intéressant de souligner que la preuve produite dans les procès criminels (par ex. en matière d'infractions d'ordre sexuel) et dans les procès civils (par ex. en matière de faillite), lesquels permettent également au public d'avoir accès aux détails personnels de la vie et de la conduite

and loss of public esteem as the evidence in matrimonial litigation. While matrimonial litigation may well involve allegations of cruel, immoral and aberrant behaviour which may, as La Forest J. points out, adversely impact on the children of the marriage, I think that legislation seeking to address that concern should do so specifically or through the grant of judicial discretion and should be strictly confined to that narrow range of cases.

##### 5. Section 1 of the Charter

In this case the values in conflict are the right of the public to an open court process, which includes the right of the press to publish what goes on in the courtroom, and the right of litigants to the protection of their privacy in matrimonial disputes. It is clear that both values cannot be fully respected given the context in which they come into conflict in this case. The question is whether s. 30(1) of the Alberta *Judicature Act* constitutes a reasonable limit on the freedom of the press which can be justified under s. 1 of the *Charter*. My colleague La Forest J. concludes that it is a reasonable limit and my colleague Cory J. that it is not.

I would respectfully agree with Cory J. that it is not a reasonable limit. I agree with him that the first two requirements laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, are met. The protection of privacy is a legitimate government objective and the impugned legislation is rationally connected to it. I also agree with him that it lacks the required degree of proportionality. I believe it is important to keep in perspective the proportion of matrimonial cases in which publication of the evidence would cause such severe emotional and psychological trauma and public humiliation for the parties and/or their children as to warrant a ban on publication. There are unquestionably some cases

d'individus (c'est-à-dire de l'accusé ou du débiteur mis en faillite) que ceux-ci préféreraient sans doute garder privés, risque d'entraîner beaucoup de gêne, de douleur et d'humiliation ainsi que la perte de l'estime publique, peut-être plus que la preuve dans les litiges matrimoniaux. Bien que les litiges matrimoniaux puissent comporter des allégations de comportements cruels, immoraux et aberrants qui, comme le juge La Forest le souligne, peuvent avoir des répercussions négatives sur les enfants du mariage, je pense que les lois qui tentent de traiter de cette préoccupation devraient le faire en le disant expressément ou en prévoyant une discrétion judiciaire, et qu'elles devraient être strictement restreintes à cette catégorie limitée de litiges.

##### 5. L'article premier de la Charte

En l'espèce, les valeurs en conflit sont le droit du public à la publicité du processus judiciaire, qui comporte le droit de la presse de publier ce qui se passe dans une salle d'audience, et le droit des plaideurs à la protection de leur vie privée dans des litiges matrimoniaux. Il est clair que ces deux valeurs ne peuvent être respectées intégralement étant donné le contexte dans lequel elles entrent en conflit en l'espèce. La question est de savoir si le par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta constitue une limite raisonnable à la liberté de la presse, limite qui peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mon collègue le juge La Forest conclut qu'il s'agit d'une limite raisonnable et mon collègue le juge Cory que ce n'est pas le cas.

Avec égards, je suis d'accord avec le juge Cory qu'il ne s'agit pas d'une limite raisonnable. Je suis d'accord avec lui que les deux premiers éléments établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, sont respectés. La protection de la vie privée est un objectif gouvernemental légitime et la loi contestée a un lien rationnel avec cet objectif. Je suis également d'accord avec lui que la loi n'a pas le degré de proportionnalité requis. Je crois qu'il est important d'être conscient de la proportion d'affaires matrimoniales dans lesquelles la publication de la preuve causerait aux parties ou à leurs enfants un traumatisme émotionnel et psychologique tellement grave et une humiliation tellement

where this is so but s. 30(1) of Alberta's *Judicature Act* is not restricted to such cases. It encompasses all matrimonial causes presumably on the assumption that they are all inevitably attended by such consequences. While this assumption may have been valid at one time, I think it is wholly unrealistic to make this assumption today. Many allegations that might once have been acutely embarrassing and painful are today a routine feature of matrimonial causes to which little, if any, public stigma attaches. While some "high profile" litigants may have reputations that will be harmed by revelations about their matrimonial behaviour, I do not think this warrants legislation as all-encompassing as s. 30(1) of the Alberta's *Judicature Act*. Legislation seeking to place restrictions on freedom of the press in this area would, in my view, have to be much more carefully tailored.

#### 6. Section 15 of the Charter

In light of my conclusion with respect to ss. 2(b) and 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the appellant's contention that the impugned legislation violates s. 15 of the *Charter*.

#### 7. Disposition

I would allow the appeal with costs and would answer the constitutional questions raised in this appeal as follows:

1. Does s. 30 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Does s. 30 of the *Judicature Act* infringe or deny the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

grande face au public qu'une interdiction de publication serait justifiée. Il en est incontestablement ainsi dans certains cas, mais le par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta ne se restreint pas à ces cas. Il englobe toutes les instances matrimoniales en raison vraisemblablement de l'hypothèse qu'elles comportent toutes inévitablement ces conséquences. Bien que cette hypothèse puisse avoir été valide à une époque, je pense qu'il est tout à fait irréaliste de maintenir cette hypothèse aujourd'hui. Plusieurs allégations qui ont pu être extrêmement gênantes et pénibles à une époque constituent aujourd'hui un aspect routinier des instances matrimoniales auquel le public n'accorde que peu ou pas d'importance. Bien que certains plaideurs, parce qu'ils sont très connus, puissent voir leur réputation ternie par des révélations sur leur comportement matrimonial, je ne crois pas que cela justifie une disposition législative aussi vaste que le par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta. À mon avis, une loi qui tente d'imposer des restrictions à la liberté de la presse dans ce domaine devrait être conçue beaucoup plus soigneusement.

#### 6. L'article 15 de la Charte

Compte tenu de ma conclusion en ce qui concerne l'al. 2b) et l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de la prétention de l'appelant que la législation contestée viole l'art. 15 de la *Charte*.

#### 7. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'article 30 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

3. L'article 30 de la *Judicature Act* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*?

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

4. If the answer to question 3 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting in part)—The principal point in this case involves the balancing of the freedom of the press and the individual's right to privacy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It also raises the application of s. 15 of the *Charter* to corporations.

#### Facts

The Edmonton Journal seeks a declaration that s. 30 of the Alberta *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, is inconsistent with s. 2(b) and s. 15 of the *Charter* which respectively guarantee freedom of the press and legal equality. Both the trial judge, Foster J. (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, and the Alberta Court of Appeal (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193 refused to make that declaration on the ground that the provision constituted a reasonable limit to s. 2(b) under s. 1 of the *Charter* and that it did not violate s. 15. In this Court, the Attorney General for Alberta conceded that s. 30 contravened s. 2(b) of the *Charter* so that the sole question on that aspect of the case is whether s. 30 constitutes a reasonable limit to the freedom of the press.

#### Section 30(2)

My colleague, Justice Cory, has concluded that s. 30 does not constitute such a reasonable limit. I agree with him that s. 30(2) which prohibits the publication before trial of anything contained in any pleading (except the names of the parties and the general nature of the claim or defence) is simply too broad a restriction without adequate justification to afford a defence under s. 1, and I shall say no more about it. With respect, however, I do not share his view regarding the remainder of the section.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

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

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident en partie)—La principale question dans le présent pourvoi consiste à trouver un équilibre, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, entre la liberté de la presse et le droit de l'individu à la vie privée. Le pourvoi pose aussi la question de l'application de l'art. 15 de la *Charte* aux personnes morales.

#### Les faits

Edmonton Journal demande un jugement déclarant que l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. J-1, est incompatible avec l'al. 2b) et l'art. 15 de la *Charte* qui garantissent respectivement la liberté de la presse et l'égalité devant la loi. Le juge Foster, en première instance, (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326 et la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193 ont refusé de prononcer le jugement déclaratoire, ayant conclu que la disposition constitue une restriction raisonnable à l'al. 2b) en vertu de l'article premier de la *Charte* et qu'elle ne viole pas l'art. 15. Devant notre Cour, le procureur général de l'Alberta a reconnu que l'art. 30 porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et que la seule question qui se pose relativement à cet aspect du pourvoi est de savoir si l'art. 30 constitue une restriction raisonnable à la liberté de la presse.

#### Le paragraphe 30(2)

Mon collègue le juge Cory a conclu que l'art. 30 n'est pas une limite raisonnable. Je suis d'accord avec lui que le par. 30(2), qui interdit la publication, avant le procès, de renseignements mentionnés dans les actes de procédure (à l'exception des noms des parties et de la nature générale de la demande ou de la défense) constitue une restriction trop large sans justification suffisante pour être maintenue en vertu de l'article premier; je ne dirai rien de plus à ce sujet. Avec égards cependant, je ne puis partager son avis quant au reste de l'article.

Sections 30(1) and 30(3)

Sections 30(1) and 30(3) of the Alberta *Judicature Act* read as follows:

30(1) No person shall within Alberta print or publish or cause or procure to be printed or published in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section, or any other particulars except

- (a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses,
- (b) a concise statement of the charges, defences and counter-charges in support of which evidence has been given,
- (c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and
- (d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and observations made by the judge in giving judgment.

(3) Nothing in this section applies

- (a) to the printing of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding,
- (b) to the communication of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding to persons concerned in the proceeding,
- (c) to the printing or publishing of a notice or report pursuant to an order or direction given by a court competent to so order or direct, or
- (d) to the printing or publishing of a matter
  - (i) in a separate volume or part of a bona fide series of law reports that does not form part of another publication and that consists solely of reports of proceedings in courts of law, or
  - (ii) in a publication of a technical character bona fide intended for circulation among members of the legal or medical professions.

In essence, the interdiction in s. 30(1) extends only to the particulars of the evidence in matrimonial and similar proceedings where individuals are required to divulge some of the most private aspects of their lives (a mortification

Les paragraphes 30(1) et (3)

Les paragraphes 30(1) et (3) de la *Judicature Act* de l'Alberta sont ainsi libellés:

[TRADUCTION] 30(1) Il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la province concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant, ou tout détail autre que:

- a) les noms, adresses et occupations des parties ou des témoins;
- b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis;
- c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard;
- d) les directives du juge, la décision du jury, le cas échéant, et le jugement du tribunal ainsi que les observations faites par le juge en rendant jugement.

(3) Le présent article ne s'applique pas:

- a) à l'impression des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé dans une procédure judiciaire;
- b) à la transmission des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé par les personnes concernées dans une procédure judiciaire;
- c) à l'impression ou à la publication d'un avis ou d'un rapport en application d'une décision d'un tribunal compétent;
- d) à l'impression ou à la publication d'une décision
  - i) soit dans un volume ou une partie d'une série authentique de rapports judiciaires qui n'appartient à aucune autre publication et consiste exclusivement en rapports de procédures devant les tribunaux,
  - ii) soit dans une publication d'un caractère technique authentiquement destinée à circuler parmi les gens de loi ou les médecins.

Pour l'essentiel, l'interdiction énoncée au par. 30(1) vise uniquement les détails de la preuve présentée dans des affaires matrimoniales, ou des affaires de cette nature, dans lesquelles des personnes sont tenues de révéler les aspects les plus

perhaps equalled only by the interest people take in the intimate secrets of others). The provision attempts to balance the public's right to know with the right of the individual, even in the open forums of the courts, to shield certain aspects of his or her existence from public scrutiny. It also affords a modicum of protection to those who are drawn into matrimonial proceedings by "ricochet". As noted by Kerans J.A. in the Court of Appeal, "concern for the effect on children, witnesses and the victims of false allegations remains valid today" (p. 206).

This approach to the provision is reinforced by the considerable latitude provided for the reporting of matrimonial proceedings: the parties and witnesses may be named, charges and defences may be summarized, and legal submissions, the summing up of the judge and the decision may be published without restriction. As well, the principle of open court (about which I share my colleague's sentiments) is maintained and nothing is wholly excluded from publication. Section 30(3) provides for various types of publication so as to balance the various social interests sought to be accommodated and in addition to the listed forms in which publication may take place, publication of other material may be allowed pursuant to an order of the court.

The reading I have given to the provision as being confined to the broad publication of details of particulars of the evidence is fortified by an examination of its purpose. The provision was taken from a similar one in England, which was incidentally later adopted in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 166, as well as in various other parts of the Commonwealth; see *Family Law Act 1975*, S. Aust. 1975, No. 53, s. 121(1); *Family Proceedings Act 1980*, S.N.Z. 1980, No. 94, s. 169(1), (2). The English provision originated from the recommendations of a Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes set up to consider concerns that had arisen out of the extensive and sensational press coverage of divorce trials; see *Report of the Royal Commission on Divorce and*

intimes de leur vie (une épreuve qui n'a peut-être d'égale que la curiosité dont les gens font preuve à l'endroit de la vie intime des autres). Cette disposition cherche à établir l'équilibre entre le droit du public de savoir et le droit des personnes de ne pas révéler au public certains aspects de leur vie, même dans les tribunes ouvertes que sont les tribunaux judiciaires. Elle offre aussi une certaine mesure de protection à ceux qui sont mêlés, par ricochet, à des procédures matrimoniales. Comme le souligne le juge Kerans, de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «la préoccupation quant aux effets possibles sur les enfants, les témoins et les victimes d'allégations fausses garde toute sa valeur aujourd'hui» (p. 206).

Cette façon de voir cette disposition est renforcée par la grande latitude laissée dans les comptes rendus des affaires matrimoniales: on peut publier les noms des parties et des témoins, résumer les allégations et les moyens de défense, citer sans restriction les arguments juridiques, la décision et les observations du juge. De plus, le principe de la publicité du débat judiciaire (sur lequel je m'accorde avec mon collègue) est maintenu et rien n'est totalement exclu de la publication. Le paragraphe 30(3) permet divers types de publication de manière à équilibrer les intérêts sociaux à protéger. En outre, une ordonnance du tribunal peut autoriser la publication d'autres détails que ceux dont l'article permet la publication.

L'interprétation que j'ai donnée à cette disposition, selon laquelle celle-ci se borne à interdire la publication sans réserve des détails des éléments précis de preuve, est appuyée par une analyse de son objet. La disposition provient d'une disposition similaire adoptée en Angleterre, qui, par ailleurs, a été incorporée plus tard au *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 166, ainsi qu'à la législation de divers autres pays du Commonwealth; voir *Family Law Act 1975*, S. Aust. 1975, n° 53, par. 121(1); *Family Proceedings Act 1980*, S.N.Z. 1980, n° 94, par. 169(1), (2). La disposition anglaise découlait des recommandations de la Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes qui avait été créée pour étudier les préoccupations que suscitaient l'abondance et le sensa-



*Matrimonial Causes* (1912), Part XVII. This was followed by the establishment of a select committee of the British House of Commons which examined proposed legislation; see *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill* (1923). The concerns expressed in these reports may thus be summarized:

- (1) The privacy of the parties involved in the proceedings and innocent third parties (including the children of the parties) was being violated.
- (2) Citizens were being discouraged from participating as witnesses or parties in the judicial process because of the threat of publicity.
- (3) The morals of society and in particular the youth of society were being adversely affected.

The debates in the British House of Commons are replete with statements of these concerns and were mirrored in those leading to the adoption of the provincial statute. These concerns were those relied upon by the Attorney General for Alberta in arguing that the impugned provisions constitute a reasonable limit to the freedom of the press. I should add that the Royal Commission was fully mindful of the delicate balance that needs to be achieved between the rights sought to be protected and the requirements of a free press in playing its part in the interchange of information and ideas in a democratic society. At paragraph 494 of its report, for example, it stated:

With the evidence before us, we take it as established that the evils of excessive publication are real and serious. When we come, however, to consider the remedies, we are confronted with a great variety of opinions. On the one hand, it is admitted that the liberty of the Press should be exercised for the public benefit, and is not so exercised when it is used to disseminate among the masses of the people literature of a demoralising tendency; on the other hand, there is a genuine anxiety lest, in seeking to cure this abuse, we should obstruct the free play of a healthy public opinion.

tionnalisme des reportages sur les procès de divorce; voir *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes* (1912), Partie XVII. Ce rapport a amené la formation d'un comité spécial de la Chambre des communes britannique qui a examiné les projets de législation; voir *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill* (1923). On peut résumer ainsi les préoccupations soulignées par ces rapports:

- (1) Il est porté atteinte à la vie privée des parties aux procédures et de tiers innocents (notamment les enfants des parties).
- (2) Des personnes sont dissuadées de comparaître en justice comme témoins ou parties à cause du risque de publicité;
- (3) La moralité publique, notamment chez les jeunes, est mise en péril.

Les débats de la Chambre des communes britannique abondent en déclarations sur ces problèmes qui sont aussi mentionnés dans les débats qui ont précédé l'adoption de cette mesure dans la province. Ces préoccupations sont celles que le procureur général de l'Alberta a invoquées pour soutenir que les dispositions contestées constituent une limite raisonnable à la liberté de la presse. J'ajouterai que la Commission royale avait constamment à l'esprit l'équilibre à trouver entre les droits qu'on cherchait à protéger et les besoins d'une presse libre qui puisse assurer la diffusion de l'information et des idées dans une société démocratique. Au paragraphe 494 de son rapport, cette Commission dit notamment:

[TRADUCTION] D'après les éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous considérons comme établi que les maux engendrés par l'excès de publicité sont réels et graves. Cependant, quand nous en venons aux solutions, nous sommes en présence d'une grande diversité d'opinions. D'une part, il est reconnu que la liberté de la presse doit être exercée pour le bien du public, mais qu'elle ne l'est pas lorsque la presse sert à diffuser dans le grand public des écrits démoralisateurs; par ailleurs, il y a une crainte véritable qu'en voulant corriger ces abus, nous n'entravions le jeu normal d'une saine opinion publique.

### The Values in Conflict

I am, of course, in agreement with the general sentiments of my colleague regarding the importance in a free and democratic society of freedom of expression as well as the concept of open courts. I share with Duff C.J. the view that the “right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions”; see *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 133. Equally, public scrutiny of the judicial branch of government is essential to a free society. In all of this, I recognize as well the critical role of the press and other media in the broad dissemination of information and ideas in a complex modern society. The *Charter* indeed expressly includes “freedom of the press and other media of communication” in its guarantee of freedom of expression.

The freedom of the press and media, however, is not absolute. Like other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it is subject under s. 1 of the *Charter* to such limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. The necessity for this balancing has always been recognized in Canada. Thus Duff C.J., in the course of the discussion in *Reference re Alberta Statutes* from which I have just cited, had this to say, at p. 133:

The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means, to quote the words of Lord Wright in *James v. Commonwealth*, [1936] A.C. 578, “freedom governed by law.”

See also *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63.

This Court has in recent cases recognized that freedom of expression, including the freedom of the press and other media, remains subject to restrictions since the enactment of the *Charter* so long as these conform to the exigencies of s. 1; see

### Les valeurs en conflit

Je suis évidemment d'accord avec la pensée générale de mon collègue sur l'importance de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique et sur le principe de la publicité des débats judiciaires. Je souscris à l'avis du juge en chef Duff selon lequel [TRADUCTION] le «droit de libre discussion des affaires publiques, malgré les difficultés qu'il peut causer à l'occasion, est au cœur même de nos institutions parlementaires»; voir *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 133. De même, l'examen public du pouvoir judiciaire est essentiel dans une société démocratique. Dans tout ceci, je reconnais aussi le rôle crucial de la presse et des autres moyens de communication dans la diffusion de l'information et des idées dans une société moderne et complexe. La *Charte* englobe expressément «la liberté de la presse et des autres moyens de communication» dans la liberté d'expression qu'elle garantit.

La liberté de la presse et des médias n'est cependant pas absolue. Comme les autres droits et libertés garantis par la *Charte*, elle est soumise, en vertu de l'article premier de la *Charte*, aux limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. On a toujours reconnu au Canada la nécessité d'établir cet équilibre. Ainsi, le juge en chef Duff, dans *Reference re Alberta Statutes* que je viens tout juste de citer dit à la p. 133:

[TRADUCTION] Le droit de parler en public est naturellement soumis à des restrictions juridiques; certaines s'appuient sur des motifs d'ordre public et de décence et d'autres visent la protection de divers intérêts publics et privés dont se préoccupent, par exemple, les lois relatives à la diffamation et à la sédition. En un mot, la liberté de parole signifie, pour reprendre les termes de lord Wright dans l'arrêt *James c. Le Commonwealth*, [1936] A.C. 578, «la liberté régie par le droit».

Voir également *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463.

Dans des arrêts récents, notre Cour a reconnu que la liberté d'expression, qui englobe la liberté de la presse et des autres moyens de communication, demeure assujettie à certaines restrictions après l'adoption de la *Charte*, pourvu que ces

*Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; see also *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634 (Ont. C.A.) This is consistent with the approach of the leading international instruments for the protection of human rights. Thus Article 19(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), recognizes that the right to freedom of expression carries with it special duties and responsibilities and may, therefore, be subjected to certain restrictions; see also *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (1950), Article 10(2).

The question, then, becomes one of balancing the values sought to be protected by the *Charter* guarantee against the values of a free and democratic society sought to be fostered by the proposed law. The criteria to be taken into account in effecting this task have been frequently stated and I do not propose to itemize them here; see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. I shall, however, refer to them as I go along. Here I should simply mention that the onus of establishing a reasonable limit to a guaranteed right is on those supporting the law, an onus the Attorney General for Alberta sought to establish on the grounds already mentioned.

An important step in this process of balancing must of course involve an examination of the extent of the interference with a guaranteed right of freedom and an appreciation of the extent to which the interference affects the underlying purpose of the right or freedom; see *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. Here the interference with the freedom is narrowly defined and carefully tailored. It is limited to the details and particularities of the case in specific proceedings that deal with personal and family matters, often of a particularly private, and some-

restrictions respectent les exigences de l'article premier; voir *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; voir aussi *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634 (C.A. Ont.) Cette analyse est conforme à celle qu'adoptent les principaux textes internationaux relatifs à la protection des droits de la personne. Ainsi, l'article 19(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), reconnaît que le droit à la liberté d'expression comporte aussi des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales et que, en conséquence, il peut être soumis à certaines restrictions; voir également l'article 10(2) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U 223 (1950).

Il s'agit donc de trouver l'équilibre entre les valeurs que la garantie offerte par la *Charte* cherche à protéger et les valeurs liées à une société libre et démocratique que la disposition proposée cherche à promouvoir. Les critères qui doivent servir à cette tâche ont fréquemment été énoncés et je n'ai pas l'intention de les reprendre un par un; voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. J'y ferai cependant allusion dans mon analyse. Je me contenterai de mentionner ici qu'il incombe à ceux qui soutiennent la validité de la loi de prouver que la limite imposée à un droit garanti est raisonnable, fardeau de preuve que le procureur général de l'Alberta a cherché à satisfaire par les moyens déjà mentionnés.

Une étape importante de ce processus de recherche d'un équilibre consiste à examiner l'étendue de l'atteinte portée au droit garanti et à se demander dans quelle mesure cette atteinte affecte l'objet sous-jacent du droit ou de la liberté; voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. En l'espèce, l'atteinte à la liberté est définie de façon restrictive et soigneusement circonscrite. Elle se limite à des renseignements déterminés et spécifiques à l'affaire dans des procédures précises concernant des questions personnelles ou familiales, souvent de nature particulièrement privée et

times of an intimate character. I share Kerans J.A.'s skepticism of the significance of the negative impact of the legislation on the freedom of the press and media, and the public right to be informed of matters of public interest. As earlier noted, the principle of open courts is respected, publication for those having serious interest in court proceedings or family law is permitted, and all the general information about the nature of the case may be published by the mass media. I find it difficult to take seriously the contention that the general public would learn very much about what their rights are or how their problems might be dealt with in court by permitting the revelation by the media of specific details of particular cases dealing with marital questions. A general discussion of the kinds of evidence would not be caught by the prohibition, and there is sufficient information in the types of publications permitted to allow newspapers and other mass media to inform the general public of the nature of such evidence. Kerans J.A. observes that while the appellant has published a newspaper in Alberta throughout the last fifty years, no evidence was presented of a single instance where the impugned provision forbade it from reporting something of which the public should have been informed. Kerans J.A. concluded that the interference with the public's right to know how justice is administered is more apparent than real.

If the legislation prohibited reporting about the conduct of judges and counsel, I would share the concerns of my colleague about the legislation. But I do not think the legislation is directed to these matters. It is aimed rather at the details and particularities of the case. As long ago as *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, at p. 7b; 76 E.R. 637, at p. 638, we were instructed that legislation should be read in accordance with its purpose. And what both the terms of the legislation itself and the problems identified by preparatory documents clearly reveal is that what the statute was intended to prohibit was not discussion of how courts go about their business, but reports of the details of people's lives that are routinely divulged in the proceedings referred to in the legislation. To read the legislation in the literal way proposed would

même parfois de caractère intime. Je partage le scepticisme du juge Kerans quant à l'ampleur de l'effet de ces dispositions législatives sur la liberté de la presse et des médias et sur le droit du public d'être informé de questions d'intérêt général. Comme je l'ai déjà dit, le principe de la publicité de la justice est sauf puisque la publication à l'intention de ceux qui ont un intérêt réel dans les procédures judiciaires ou le droit familial est autorisée et qu'il est possible aux grands médias de publier des informations générales sur la nature de l'affaire. J'ai du mal à croire que le public apprendrait beaucoup au sujet de ses droits ou de la manière dont la justice traite ses problèmes par la révélation dans les médias des détails précis de cas particuliers d'affaires matrimoniales. L'interdiction ne vise pas la publication d'un commentaire général relativement au genre de preuve présentée et ce qu'il est permis de publier comporte suffisamment de renseignements pour permettre aux journaux et aux autres médias de faire connaître au public la nature générale de cette preuve. Le juge Kerans fait remarquer que l'appelant publie un journal en Alberta depuis cinquante ans mais qu'on n'a pas mentionné un seul cas où les dispositions contestées auraient empêché le journal de publier quelque chose dont le public aurait dû être informé. Le juge Kerans conclut que l'atteinte au droit du public d'être informé sur la façon dont la justice est administrée est plus apparente que réelle.

Si les dispositions législatives interdisaient de faire état des actes des juges et des avocats, je souscrirais aux craintes que les dispositions suscitent chez mon collègue. Je ne crois cependant pas que les dispositions législatives visent ces sujets. Elles visent plutôt les détails précis des affaires. Dès l'affaire *Heydon* (1584), 3 Co. Rep. 7a, à la p. 7b; 76 E.R. 637, à la p. 638, on a établi comme règle qu'il faut interpréter les lois selon leur objet. Il ressort clairement du texte de la disposition elle-même et des problèmes mentionnés dans les documents préparatoires que la loi ne vise pas à interdire la discussion sur le fonctionnement des tribunaux, mais la mention des détails de la vie privée des gens qui sont normalement divulgués dans les procédures mentionnées par la loi en cause. Interpréter la loi aussi littéralement qu'on le

require that the names of the judges and lawyers involved not be revealed since they are not expressly named in the exceptions to the prohibition. Such a construction is, I suggest, obviously unreasonable.

As I see it, then, the contravention objected to is of a quite limited character. As against the value infringed by such contravention must be weighed the other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature, namely personal privacy, access to the courts, and public morals. The Attorney General for Alberta concedes that the order of importance of these values has significantly altered since the legislation was originally enacted, but suggests their continued validity, some of greater, some of lesser weight than at that time.

Today there is no question that the individual's interest in personal privacy is the most pressing of the justifications advanced. That interest has been recognized by this Court as having constitutional significance. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, it was held to underlie the protection against unreasonable search and seizure enshrined in s. 8 of the *Charter*. Speaking on this point on behalf of the Court in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28, I had this to say of the approach adopted in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*:

The foregoing approach is altogether fitting for a constitutional document enshrined at the time when, Westin tells us, society has come to realize that privacy is at the heart of liberty in a modern state; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), pp. 349-50. Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

propose exigerait de taire les noms des juges et des avocats chargés de l'affaire puisque ces renseignements ne figurent pas parmi ceux qui sont soustraits à l'interdiction. À mon avis, une telle interprétation n'est manifestement pas raisonnable.

Donc, d'après moi, la violation en cause a un caractère très limité. Il faut opposer à la valeur touchée par cette violation les autres valeurs d'une société libre et démocratique que le législateur a voulu promouvoir, c'est-à-dire le droit des personnes à la protection de leur vie privée, l'accès aux tribunaux et la moralité publique. Le procureur général de l'Alberta reconnaît que l'importance relative de ces valeurs a beaucoup changé depuis l'adoption de cette disposition, mais il soutient qu'elles sont toutes encore valables, même si elles ont un poids différent de celui qu'elles avaient à cette époque.

De nos jours, il n'y a pas de doute que l'intérêt des personnes à la protection de leur vie privée est la plus importante des justifications proposées. Notre Cour a déjà reconnu que ce droit a une valeur constitutionnelle. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, elle a statué que cette valeur est sous-jacente à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garantie en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Voici ce que j'ai dit, au nom de cette Cour, dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 427 et 428, au sujet du point de vue que nous avons adopté dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité:

Le point de vue qui précède est tout à fait approprié dans le cas d'un document constitutionnel enchâssé à une époque où, selon ce que nous dit Westin, la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.

These considerations may well indicate that, in some contexts at least, privacy interests may well be invoked as an aspect of the liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*; see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412. However that may be, there can be no doubt that in this modern age, it ranks high in the hierarchy of values meriting protection in a free and democratic society.

The right to personal privacy, including the privacy of one's family and home, has also been recognized by leading international documents aimed at the protection of human rights. The *International Covenant on Civil and Political Rights* (Article 17), the *Universal Declaration of Human Rights* (Article 12), G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), and the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Article 8) all contain provisions to ensure respect for the private and family life of the individual.

The right or interest in privacy extends, of course, to informational privacy. In *R. v. Dymnt*, *supra*, at pp. 429-30, I thus commented on this aspect of privacy:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force [on Computers and Privacy] put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

Ces considérations peuvent bien vouloir dire que, dans certains contextes du moins, il pourrait être possible d'invoquer le droit à la vie privée à titre d'élément de la liberté et de la sécurité de la personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*; voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de doute qu'à notre époque ce droit occupe un rang élevé dans l'échelle des valeurs à protéger dans une société libre et démocratique.

Les principaux instruments internationaux destinés à protéger les droits de la personne consacrent le droit à la vie privée, y compris l'intimité de la famille et du foyer. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (article 17), la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (article 12), A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), et la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (article 8) comportent tous des dispositions qui visent à protéger la vie privée des individus et des familles.

Le droit à la vie privée englobe manifestement le droit à la vie privée vis-à-vis des médias. Dans l'arrêt *R. c. Dymnt*, précité, j'ai fait ce commentaire, aux pp. 429 et 430, sur cet aspect de la vie privée:

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.» Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règlements en vue de restreindre l'utilisation des données qu'ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111.

That case and the instances there referred to had reference to governmental interferences with privacy. But in our society, the privacy of the individual is as often threatened by other powerful or influential entities against which the individual is powerless. It should come as no great revelation that the divulgence of personal information about an individual by the mass media can do incalculable harm to that individual and his or her family. Small wonder, then, that the international documents I have just cited expressly underline that freedom of expression carries with it special duties and responsibilities and recognize the need for restrictions; see *International Covenant on Civil and Political Rights*, Article 19(3); *Universal Declaration of Human Rights*, Article 12; *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Article 10(2). I should observe interstitially that recent cases in this Court recognize that in considering issues of this kind, the relative power of those whose activities are restricted and those for whose benefit the restriction is made is a relevant factor to weigh in the equation; see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Irwin Toy*, *supra*.

In matrimonial cases, the individual is forced to reveal many aspects of his or her private life in order to comply with the demands of the state in ordering his or her life. This necessary intrusion on family privacy, we saw, may have a serious impact not only on the litigants themselves but on witnesses and, even more important, children. There has, no doubt, been a change in emphasis in the nature of evidence in matrimonial causes since the enactment of the Act but it remains true that much is revealed that can, if publicized, seriously affect the autonomy and privacy of the individual and members of his or her family, general publication of which serves little or no public interest. As Kerans J.A. put it (at p. 206): "While one hears less today in divorce court about 'what the housemaid saw', one hears much more about the financial dealings of a family and other very private

Cette affaire et les autres auxquelles elle renvoie avaient trait à des atteintes à la vie privée commises par des organismes gouvernementaux. Cependant, dans notre société, le droit à la vie privée est aussi souvent menacé par d'autres organismes puissants ou influents contre lesquels l'individu est sans pouvoir. Il n'est pas surprenant que la révélation dans les médias de renseignements personnels relatifs à un individu puisse causer un tort incalculable à cette personne et à sa famille. Par conséquent, il n'est pas étonnant que les instruments internationaux que je viens de mentionner disent expressément que la liberté d'expression comporte des responsabilités et des devoirs particuliers et reconnaissent qu'il faut y apporter des limites; voir le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 19(3); la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, article 12; la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, article 10(2). Je fais remarquer en passant que des arrêts récents de notre Cour reconnaissent que, dans l'examen de questions de cette nature, il faut tenir compte du rapport de force qui existe entre ceux dont les actions sont soumises à des restrictions et ceux qui bénéficient de ces restrictions; voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Irwin Toy*, précité.

Dans les affaires matrimoniales, une personne est amenée à divulguer de nombreux détails sur sa vie privée pour satisfaire aux exigences de l'État quant à la façon dont la personne conduit sa vie. Cette intrusion inévitable dans la vie privée de la famille peut, comme nous l'avons déjà vu, avoir un effet considérable non seulement sur les parties elles-mêmes, mais aussi sur les témoins et, ce qui importe davantage, sur les enfants. Certes, depuis l'adoption de la loi, il y a eu un changement dans la nature de la preuve présentée dans les affaires matrimoniales, mais il reste encore beaucoup de détails dont la publication pourrait nuire considérablement à l'autonomie et à la vie privée d'une personne et de sa famille sans pour autant favoriser en quoi que ce soit l'ordre public. Comme le dit le juge Kerans (à la p. 206): [TRADUCTION] « Bien qu'on parle moins maintenant dans les affaires de divorce «de ce que la bonne a vu», on parle beaucoup des opérations financières de la famille et

matters, like psychological assessments of the parties in terms of fitness as parents.”

The protection from intrusion on the privacy of the individual, the family and witnesses, in my view, in itself affords a sufficiently compelling objective to warrant some curtailment of the freedom of the press in the present context. But privacy is not the only value sought to be protected; the provision was intended to prevent obstacles to access to the courts, an interest that is also clearly of great importance in a free and democratic society; see *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, where this Court upheld the restriction imposed by s. 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which enables the victim of sexual assault to require the issuance of a court order prohibiting the media from revealing the identity of the complainant on any information that could disclose that identity. Similarly, it was argued, unrestrained publicity of the details of familial activities would very likely discourage some people from seeking relief in matrimonial causes. That certainly appears to have been so when the original English legislation was enacted. The number of matrimonial causes rose dramatically immediately afterwards. While I am prepared to concede that this inhibitory effect of publicity would not be as strong today, I am satisfied that it continues to be a relevant factor. The prospect of divulging personal information in a court of law is one that many a litigant and witness approaches with considerable trepidation. It must be remembered that in many cases, the parties are undergoing one of the most painful experiences of their lives. To be told in addition that one risks broad public exposure through the media would significantly increase this feeling. I agree with Kerans J.A. that it would be a great wrong if those in need of redress shrank from seeking it because their intimate affairs would needlessly become publicly known.

The Attorney General for Alberta attached little weight to the third justification, the protection of public morals, and I agree that in this day and age

d'autres sujets très intimes comme l'évaluation de l'aptitude psychologique des parties à être parents».

a La protection des personnes, de leur famille et des témoins contre l'invasion de leur vie privée constitue, selon moi, un motif suffisamment important pour justifier une certaine restriction de la liberté de la presse dans ce contexte. Mais la vie b privée n'est pas la seule valeur que la disposition tend à protéger; cette disposition vise à écarter des obstacles à l'accès aux tribunaux, mesure qui a aussi une grande importance dans une société libre et démocratique; voir l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, c dans lequel notre Cour a confirmé la validité de la limite imposée par le par. 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, en vertu duquel la victime d'une agression sexuelle peut demander la d délivrance d'une ordonnance judiciaire interdisant aux médias de révéler l'identité du plaignant ou de publier quelque renseignement qui permettrait de découvrir son identité. On a aussi soutenu que la e publication illimitée des détails relatifs à la vie familiale découragerait probablement certaines personnes de recourir aux tribunaux dans des affaires matrimoniales. La chose était certainement vraie à l'époque de l'adoption de la première f loi anglaise. Le nombre d'affaires matrimoniales a considérablement augmenté immédiatement après. Bien que je reconnaisse volontiers que la crainte de la publicité soit moins marquée aujourd'hui, je suis convaincu qu'elle est encore un facteur pertinent. g La perspective de devoir révéler des renseignements privés devant un tribunal continue d'inquiéter bien des parties et des témoins. Il faut se rappeler que souvent les parties traversent alors h une des expériences les plus pénibles de leur vie. Savoir qu'elles risquent en plus de voir leur vie privée étalée en public par les médias augmenterait considérablement leur angoisse. Je souscris à l'idée du juge Kerans qu'il serait très regrettable i que ceux qui ont besoin de secours se privent d'exercer leur droit par crainte de voir leur vie privée inutilement étalée au grand jour.

j Le procureur général de l'Alberta n'a pas insisté sur la troisième justification, c'est-à-dire la préservation de la moralité publique. Je reconnais que de



this ground is only of residual interest in the existing context. But the other two grounds constitute sufficient legislative objectives to warrant a reasonable limitation on publication of the details of matrimonial disputes. It is significant that similar objectives have been pursued in other countries. I have mentioned the Commonwealth countries that have a similar Act. The Royal Commission on the matter noted that foreign observers had expressed surprise at the lack of such provisions in Great Britain before the enactment of the predecessor of the impugned provision.

I thus have no doubt of the rationality of the legislative response. Moreover, given the very limited character of the restriction as compared with the serious deleterious effects on the important values sought to be protected by the legislation, I am also of the view that it meets the test of proportionality.

The question, then, is whether the restriction is excessive to achieve its purposes or, as it is ordinarily put, whether the constitutional right is limited "as little as possible". What will be "as little as possible" will vary depending on the legislative objective, the nature of the freedom or the right infringed, the extent of the infringement and the means available to the legislature to effect its objectives. I have already referred to the limited nature of the restriction. Only details and particularities of the case are prohibited from publication, and the prohibition is confined to matrimonial disputes where matters of a peculiarly private and sensitive nature often arise. The areas are sufficiently clear and rationally based. The legislature must be afforded reasonable leeway in "line drawing"; see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy*, *supra*. It must also be given adequate scope as to the choice of response to problems. There may, as was argued, be other ways to achieve the legislative purpose, for example, the protection of anonymity. But there are difficulties with this too. Public knowledge of divorce is necessary and attempts at secur-

nos jours ce motif n'a plus beaucoup de poids. Cependant, les deux autres motifs constituent des objectifs législatifs valables justifiant une restriction raisonnable de la publication des détails de litiges matrimoniaux. Il est révélateur que d'autres pays poursuivent à peu près les mêmes fins. J'ai déjà signalé des pays du Commonwealth qui ont une loi semblable. La Commission royale chargée d'étudier ce sujet a signalé que des observateurs étrangers avaient manifesté leur surprise devant l'absence de disposition à cet effet en Grande-Bretagne avant l'adoption de la loi qui a précédé la loi contestée.

Je ne doute donc pas du caractère rationnel de l'objet de la mesure législative. De plus, vu le caractère très limité de la restriction en regard des effets graves et dévastateurs que pourraient subir les valeurs importantes que la loi cherche à préserver, je suis d'avis que la restriction satisfait aussi au critère de proportionnalité.

La question qui se pose est alors de savoir si la restriction est excessive par rapport aux fins poursuivies ou, selon la formulation ordinaire, si le droit garanti par la Constitution est limité «le moins possible». Ce qui équivaut au «moins possible» varie selon l'objet de la législation, la nature de la liberté ou du droit auquel il est porté atteinte, l'étendue de l'atteinte et les moyens dont le législateur disposait pour réaliser les objectifs qu'il poursuivait. J'ai déjà mentionné le caractère limité de la restriction. Seuls les détails et particularités de l'affaire font l'objet de l'interdiction de publication et l'interdiction s'applique uniquement aux litiges matrimoniaux, qui soulèvent souvent des sujets particulièrement délicats et intimes. Le champ d'application est suffisamment précis et a un fondement rationnel. Il faut accorder une latitude raisonnable au législateur quand il établit la «ligne de démarcation»; voir les arrêts *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy*, précité. Il doit disposer aussi d'assez de liberté dans le choix des solutions aux problèmes à résoudre. Il peut exister, comme on l'a soutenu, d'autres moyens d'arriver à l'objectif recherché par la disposition législative, par exemple la protection de l'anonymat. Cette solution soulève aussi des difficultés. Il est nécessaire de rendre public les

ing anonymity may easily fail or be suspect by the litigant or witnesses. At all events, the exceptions from the prohibition are extensive.

The most serious attack on the provision, however, was the automatic character of the prohibition. It was argued that a discretionary power in the judge to prohibit publication would be enough. The trouble with this argument, as Kerans J.A. pointed out, is that it had been tried and proved ineffective. The Select Committee of the British House of Commons had this to say about it (at p. iv):

It has sometimes been suggested that a simple solution can be found by empowering Judges, at their discretion to forbid publication of any evidence or other part of the proceedings which they held to be injurious to public morals, under penalty of contempt of court; but apart from the likelihood of different judges taking different views, Your Committee are satisfied from personal knowledge that this course is not in fact practicable, and that even if the power were granted, its exercise would prove precarious and spasmodic.

The validity of the rule was also questioned on the basis of its absolute character but, as the Court of Appeal observed, the experience of fifty years, to which I alluded earlier, does not support the view that the law is too restrictive. A law must be approached at the practical, not the theoretical, level and, as I earlier noted, the restriction is minimal, more apparent than real. On the other hand, the problems to be resolved are, in the words of the Royal Commission, "real and serious". I am, in any event, by no means sure that the rule is as absolute as has been supposed. Given the obvious intention of the Act, as it appears both in its terms and the preparatory documents, to sensitively balance the public's right to know with the individual's right to privacy, it is my view that a court, in its discretion, could by order under s. 30(3)(c) permit the reporting of matters otherwise prohibited in those rare cases where the interest of the public in the publication of details overrode the right to privacy. But I do not attach too much importance to this. All in all, I am of the view that s. 30(1), as modified by s. 30(3), constitutes a

divorces et il pourrait être difficile de garantir l'anonymat, ou encore les parties et les témoins pourraient ne pas faire confiance à cette solution. De toute façon, les exceptions à l'interdiction sont a larges.

La contestation la plus sérieuse de la disposition tient à son caractère automatique. On a soutenu que l'octroi au juge du pouvoir d'interdire la publication aurait été suffisant. Comme l'a indiqué le juge Kerans, cette solution a été utilisée et s'est révélée inefficace. Voici ce qu'en dit le Comité spécial de la Chambre des communes britannique (à la p. iv):

[TRADUCTION] On a proposé, à l'occasion, qu'une solution simple consisterait à accorder aux juges le pouvoir discrétionnaire d'interdire, sous peine d'outrage au tribunal, la publication de tout élément de preuve ou autre aspect des procédures qu'ils estimeraient contraire à la moralité publique. Outre la probabilité que différents juges jugeraient différemment la chose, le Comité est convaincu, en raison de l'expérience personnelle de ses membres, que cette solution est inapplicable et que, même si le pouvoir en cause était accordé, il serait exercé de façon précaire et inégale.

On a aussi contesté la validité de la règle en raison de son caractère absolu mais, comme la Cour d'appel l'a souligné, l'expérience des cinquante dernières années, dont j'ai déjà parlé, n'indique pas que la disposition législative est trop restrictive. Il faut envisager une règle de droit d'un point de vue pratique, non d'un point de vue théorique; or, comme je l'ai déjà mentionné, la restriction est minimale et elle est plus apparente que réelle. Par contre, les problèmes qu'elle vise à résoudre sont, selon les termes mêmes de la Commission royale, «réels et graves». De toute façon, je ne suis pas du tout convaincu que la règle soit aussi absolue qu'on l'a dit. En raison de l'objet évident de la loi, tel qu'il ressort de sa formulation et des documents préparatoires, je suis d'avis que, pour établir l'équilibre délicat entre le droit du public de savoir et le droit des personnes à leur vie privée, une cour pourrait, à sa discrétion, permettre, par une ordonnance en vertu de l'al. 30(3)c), la publication de sujets dont la mention est interdite en d'autres circonstances, dans les rares cas où le droit du public à la publication de détails l'em-

reasonable limitation to the freedom of the media in a free and democratic society. It restricts that freedom as little as reasonably possible. The underlying purpose of the freedom is hardly affected, if at all.

### Section 15

The appellant also submitted that the impugned legislation infringes on its s. 15 *Charter* rights by imposing an interdiction not found in other jurisdictions in Canada, and by discriminating against print media and between newspapers in general circulation and professional journals. Since s. 15 is limited to individuals, it does not apply to corporations like the appellant; see, *inter alia*, *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.); leave to appeal to Ont. C.A. refused September 2, 1986; *Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 514 (T.D.); *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453 (Alta. Q.B.) Moreover, though the appellant may have an interest in the matter, it is not directly affected and the issue may come to the courts in other ways, so the appellant faces serious problems of standing. I need not, however, dwell on these matters because the distinctions about which it complains do not fall within the ambit of s. 15 under the principles enunciated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. None of these distinctions are in any way analogous to the enumerated grounds in that provision; see also *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

porterait sur le droit à la vie privée. Mais je n'attache pas trop d'importance à cela. Dans l'ensemble, je suis d'avis que le par. 30(1), tempéré par le par. 30(3), constitue une limite raisonnable à la liberté des médias dans une société libre et démocratique. Il restreint la liberté aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire. L'objet de la liberté est à peine touché, s'il l'est quelque peu.

*b*

### L'article 15

L'appellant a aussi soutenu que la disposition législative contestée porte atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte* parce qu'elle impose une interdiction qui n'existe pas dans d'autres provinces et territoires du Canada et qu'elle crée une discrimination contre la presse écrite et entre les journaux de grande diffusion et la presse spécialisée. Puisque l'art. 15 ne s'applique qu'aux personnes physiques, il ne s'applique pas aux personnes morales comme l'appellant; voir notamment, *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.); autorisation d'appel à la Cour d'appel de l'Ontario refusée, 2 septembre 1986; *Parkdale Hotel Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 514 (D.P.I.); *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453 (B.R. Alb.) De plus, bien que l'appellant puisse avoir un intérêt dans la question, il n'est pas directement touché par elle et la même question peut être soumise aux tribunaux autrement, de sorte qu'il est loin d'être certain que l'appellant ait qualité pour agir. Toutefois, je n'ai pas besoin de m'arrêter à ces questions parce que les distinctions discriminatoires dont on se plaint ne relèvent pas de l'art. 15 selon les règles formulées dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Aucune de ces distinctions ne peut être rattachée aux motifs énumérés dans cet article; voir également *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Disposition

I would allow the appeal as it relates to s. 30(2) of the Alberta *Judicature Act* and dismiss it as it relates to the rest of the section. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 30 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>b</sup>

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*? <sup>c</sup>

Answer: No as to s. 30(2); yes as to the rest of s. 30.

3. Does s. 30 of the *Judicature Act* infringe or deny the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*? <sup>d</sup>

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*? <sup>e</sup>

Answer: This question need not be answered.

*Appeal allowed with costs, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and SOPINKA JJ. dissenting in part.* <sup>f</sup>

*Solicitors for the appellant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.* <sup>g</sup>

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

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi à l'égard du par. 30(2) de la *Judicature Act* de l'Alberta et de le rejeter à l'égard des autres dispositions de l'article. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'article 30 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>a</sup>

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*? <sup>c</sup>

Réponse: Non, quant au par. 30(2); oui, quant au reste de l'article.

3. L'article 30 de la *Judicature Act* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*? <sup>d</sup>

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*? <sup>e</sup>

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

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et SOPINKA sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appellant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.* <sup>g</sup>

*Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.* <sup>h</sup>

**Allen Harry Lee** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and  
the Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LEE

File No.: 20235.

1989: March 22; 1989: December 21.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,  
Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by judge and jury (s. 11(f)) — Charter right limited by stipulation that the maximum sentence for crime be at least five years' imprisonment — Criminal Code (s. 526.1) removing right to jury on subsequent trial if accused failing to appear without legitimate reason — Accused charged with offence carrying maximum penalty of life imprisonment — Trial by judge and jury elected but accused failing to appear — Jury trial denied — Whether or not s. 526.1 of the Criminal Code infringing on s. 11(f) of the Charter — If so, whether or not infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(f) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 526.1.*

Appellant was charged and subsequently convicted of an offence carrying a maximum punishment of life imprisonment. He elected trial by judge and jury. Appellant's counsel withdrew before the date set for jury selection explaining that he had had no contact with the appellant for some time, that he did not have the appellant's current address or telephone number, and that he would advise the appellant of his withdrawal. Neither appellant nor anyone on his behalf appeared on the dates set for the selection of a jury and for the commencement of the trial. Appellant was arrested, appeared before the court, and after an adjournment, appeared with new counsel.

Argument was later heard as to whether or not appellant was still entitled to a jury trial. The appellant's excuse for not appearing was that he had been advised

**Allen Harry Lee** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

et

**Le procureur général de l'Ontario et  
le procureur général du Québec** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. LEE

N° du greffe: 20235.

1989: 22 mars; 1989: 21 décembre.

c

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

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

d

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès devant un juge et un jury (art. 11f) — Droit garanti par la Charte limité par une exigence que le crime en question entraîne une peine maximale d'au moins cinq ans d'emprisonnement — Code criminel (art. 526.1) supprimant le droit au jury dans le cadre d'un procès subséquent si l'accusé ne comparait pas, sans raison légitime — Accusé inculpé d'une infraction comportant une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité — L'accusé a choisi un procès avec juge et jury mais n'a pas comparu — Procès avec jury refusé — L'article 526.1 du Code criminel viole-t-il l'art. 11f de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11f) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 526.1.*

e

L'appellant a été accusé et par la suite reconnu coupable d'une infraction comportant une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Il a choisi un procès avec juge et jury. L'avocat de l'appellant s'est retiré du dossier avant la date prévue pour la sélection du jury, ayant expliqué qu'il n'avait pas été en contact avec l'appellant depuis quelque temps, qu'il ne connaissait ni son adresse si son numéro de téléphone et en outre qu'il informerait l'appellant de sa décision. Aux dates fixées pour la sélection d'un jury et pour le commencement du procès, l'appellant n'a pas comparu ni personne d'autre en son nom. L'appellant a été arrêté, a comparu en cour et, après un ajournement, a comparu encore une fois avec un nouvel avocat.

f

On a débattu par la suite la question de savoir si l'appellant avait encore droit à un procès avec jury. L'excuse de l'appellant consistait à dire qu'il avait été

by his former lawyer's office that he need not appear for the jury selection and that he had received no notification concerning his lawyer's withdrawal from the case. The trial judge refused to accept this as a legitimate excuse without corroboration. He held that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and ruled that the appellant was no longer entitled to a jury trial.

The appellant appealed to the British Columbia Court of Appeal on the issue of the constitutionality of s. 526.1. Evidence regarding the degree of disruption and financial cost of accused persons failing to appear for jury selection was introduced in a companion case (*Re McNabb and The Queen*), for the purpose of establishing s. 526.1 as a reasonable limit on s. 11(f) under s. 1 of the *Charter*. The British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal for the reasons it gave in *Re McNabb and The Queen* in which it held that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Charter*. The appellant and McNabb concurrently sought and were granted leave to appeal to this Court. The Attorney General of British Columbia subsequently directed a stay of proceedings in *Re McNabb and The Queen* and McNabb discontinued his appeal to this Court.

The constitutional questions before this Court queried (1) whether s. 526.1 of the *Criminal Code* violates the right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*, and (2) if so, whether it is justified under s. 1.

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

*Per* Dickson C.J. and Lamer, La Forest and Cory JJ.: For the reasons given by Wilson J., s. 526.1 of the *Criminal Code* restricts s. 11(f) of the *Charter*.

Non-attendance may properly lead to an inference that one has waived the right to be present, but not necessarily that one has waived the right to be tried by a jury. The only way to truly waive the right to be tried by jury is to re-elect or to elect differently or enter a guilty plea.

The rationale for the section lies in the "cost" to potential jurors and to the criminal justice system in terms of economic loss and of the disaffection created in the community for the system of criminal justice. This purpose is much broader than being merely a punishment because failure to appear at trial is already a criminal offence. Its importance therefore cannot be

informé par le bureau de son ancien avocat, qu'il n'avait pas à comparaître pour la sélection du jury et qu'il n'avait pas reçu l'avis du retrait de son avocat du dossier. Le juge du procès a refusé d'accepter cela comme une excuse légitime en l'absence de corroboration et il a statué que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'appellant n'avait plus droit à un procès avec jury.

L'appellant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de la constitutionnalité de l'art. 526.1. Dans une affaire connexe (*Re McNabb and The Queen*), une preuve relative aux coûts financiers et aux perturbations entraînés par la non-comparution d'accusés pour la sélection du jury a été produite dans le but d'établir que l'art. 526.1 est, aux fins de l'article premier de la *Charte*, une restriction raisonnable apportée à l'al. 11f). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel pour les motifs exposés dans l'arrêt *Re McNabb and The Queen*, où elle a conclu que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*. L'appellant et McNabb ont demandé simultanément, et ont obtenu, l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Par la suite, le procureur général de la Colombie-Britannique a ordonné l'arrêt des procédures dans l'affaire *Re McNabb and The Queen* et McNabb s'est désisté de son pourvoi.

Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir 1) si l'art. 526.1 du *Code criminel* viole le droit à un procès avec jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte* et 2), dans l'affirmative, s'il est justifié aux termes de l'article premier.

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

*Le* juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest et Cory: Pour les raisons données par le juge Wilson, l'art. 526.1 du *Code criminel* apporte une restriction à l'al. 11f) de la *Charte*.

La non-comparution peut à juste titre fonder l'inférence que l'intéressé a renoncé au droit d'assister au procès, mais pas nécessairement qu'il a renoncé au droit d'être jugé par un jury. Les seules manières de renoncer vraiment au droit d'être jugé par un jury sont de faire un nouveau choix, de faire au départ un choix différent ou de plaider coupable.

La raison de l'article en cause tient au «coût» pour les candidats jurés et pour le système de justice criminelle, aussi bien du point de vue de la perte économique que sur le plan de la désaffection engendrée au sein de la collectivité envers le système de justice criminelle. Cet objet dépasse la simple punition, car la non-comparution au procès constitue déjà une infraction criminelle. Son

measured solely by reference to the amount of money involved. The cost, and by implication the importance of the objective, must be measured in terms of the overall "cost", both in the sense of economic loss and disruption to lives, and in the sense of confidence and respect for the system, to the individuals selected for jury duty and to society as a whole.

The objective of the section is rationally connected to the concern over diminishing public respect and confidence in the system of criminal justice because of the failure of accused persons to attend for their trials. It is also rationally connected to the objective of deterring accused persons from not attending for their trials. The section impairs the right as little as possible in order to achieve the legislative objective. Therefore, it is proportionate to the objective of maintaining respect for the system.

*Per Gonthier J.:* Section 526.1 of the *Criminal Code* denies a trial by jury only where the accused has failed to appear without legitimate excuse or where the Attorney General does not require that the trial be a jury trial. The section was designed to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process — clearly a valid legislative purpose.

The effect of s. 526.1(1)(a) did not offend s. 11(f) of the *Charter*. The exercise of a right under s. 11(f) of the *Charter* is completed when the accused appears in court at the requisite time and not when the accused elects trial by jury. An accused who fails to appear for no legitimate reason and who is denied a jury trial under s. 526.1(1)(a) may not assert that he has been deprived of his right under s. 11(f) of the *Charter*. *Charter* rights must not be taken lightly either by the state or by the citizens whom they are meant to protect. The accused has, by his own conduct, failed to exercise his right under s. 11(f). It was illusory to speak in such circumstances of state denial of a *Charter* right.

*Per Wilson and Sopinka JJ. (dissenting):* Section 11(f) of the *Charter* clearly and unambiguously states that the only qualifications on the right to a jury trial are that the maximum punishment for the offence be at least five years' imprisonment or that the offence be under military law tried before a military tribunal. Appellant was charged with an offence punishable by life imprisonment and therefore protected by s. 11(f).

importance ne peut en conséquence se mesurer uniquement par référence aux sommes en cause. Le coût, et implicitement l'importance de l'objectif, doivent être mesurés en fonction du «coût» global pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci.

L'objet de l'article a un lien rationnel avec la préoccupation que suscite la baisse du respect du public pour le système de justice criminelle et la baisse de sa confiance dans ce système, provoquée par la non-comparution d'accusés à leur procès. Elle a en outre un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à dissuader les accusés de s'absenter de leur procès. L'article vise cet objectif en portant atteinte le moins possible au droit en question. Par conséquent, il est proportionné à l'objectif du maintien du respect pour le système.

*Le juge Gonthier:* L'article 526.1 du *Code criminel* ne refuse à un accusé un procès avec jury que lorsqu'il n'a pas comparu et n'a pas d'excuse légitime ou lorsque le procureur général n'exige pas un procès avec jury. Cet article vise à éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et à assurer le respect du public pour le processus des procès criminels — manifestement un objet législatif valable.

L'alinéa 526.1(1)a), de par son effet, ne viole pas l'al. 11f) de la *Charte*. L'exercice d'un droit garanti par l'al. 11f) de la *Charte* est complet quand l'accusé comparait en cour au moment fixé et non pas quand il choisit d'être jugé par un jury. Un accusé qui, sans aucune raison légitime, ne comparait pas et qui se voit refuser un procès avec jury en vertu de l'al. 526(1)a) ne saurait affirmer avoir été privé du droit que lui accorde l'al. 11f) de la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* ne doivent être pris à la légère ni par l'État ni par les citoyens qu'ils sont destinés à protéger. Par sa propre conduite, l'accusé a omis d'exercer le droit garanti par l'al. 11f) et, en pareil cas, il est inexact de parler de la négation par l'État d'un droit accordé par la *Charte*.

*Les juges Wilson et Sopinka (dissidents):* L'alinéa 11f) de la *Charte* porte en termes clairs et non équivoques que les seules restrictions imposées au droit à un procès avec jury sont l'exigence que la peine maximale prévue pour l'infraction soit un emprisonnement d'au moins cinq ans et qu'il ne s'agisse pas d'une infraction relevant de la justice militaire. Accusé d'une infraction pouvant entraîner l'emprisonnement à perpétuité, l'appelant était protégé par l'al. 11f).

Section 11(f) of the *Charter* and s. 429 (now s. 471) of the *Code* grant parallel rights to a jury trial. Section 526.1 was only intended to deal with the right under the *Code* and was not designed to deal with the *Charter* right to a jury trial.

Section 526.1 had a clearly valid legislative purpose, namely, to improve the operation of the *Bail Reform Act* by ensuring that accused persons released on bail showed up for their trials. It was designed to protect the administration of justice against delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process. An ancillary objective may have been deterrence and punishment in that an accused who elects a jury trial and fails to attend without a legitimate excuse loses his right to a jury trial in addition to being liable for the separate offence of failing to appear (s. 133(2), now s. 145(2)).

The effect of s. 526.1 was that, if an accused fails to appear for trial without a legitimate excuse, the accused shall not be tried by a court composed of a judge and jury. It accordingly infringed s. 11(f) of the *Charter*.

The failure to appear did not meet the requirements for an effective waiver. Appellant was not shown to have clearly and unequivocally waived his *Charter* right or to have been aware that the consequences of his conduct in failing to appear for jury selection and the commencement of his trial would be or could be the loss of his *Charter* right to a jury trial.

The want of a legitimate excuse for failing to appear disclosed a lack of respect for the administration of justice but did not constitute an abandonment of his *Charter* right to one form of trial as opposed to another. There was no direct connection between the accused's failure to appear without a legitimate excuse and the form of his trial. Appellant's failure to appear for the selection of a jury which forms part of his trial for purposes of s. 526.1, may have been more directly tied to the form of trial guaranteed him by the *Charter* but it too did not manifest a clear and unequivocal intention to forego the right to trial by jury which he had already elected and assiduously maintained despite his failure to appear.

It was not the conduct of the accused, either by voluntarily waiving his right or failing to exercise it, that caused the loss of the appellant's s. 11(f) right. It was s. 526.1 of the *Criminal Code* which purported to deprive

L'alinéa 11f) de la *Charte* et l'art. 471 du *Code* confèrent des droits parallèles à un procès avec jury. L'article 526.1 vise uniquement le droit conféré par le *Code* et n'a pas été conçu en fonction du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte*.

L'article 526.1 vise un objet législatif manifestement valable, savoir d'améliorer l'application de la *Loi sur la réforme du cautionnement* en assurant la comparution à leur procès d'accusés mis en liberté sous caution. Il vise à éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et à assurer le respect du public pour le processus des procès criminels. La dissuasion et le châtement sont peut-être des objets visés accessoirement, en ce que l'accusé qui choisit de subir son procès devant un jury et qui, sans excuse légitime, n'y comparait pas, perd son droit à un procès avec jury et risque en plus d'être poursuivi pour l'infraction distincte de non-comparution (le par. 133(2) maintenant le par. 145(2)).

L'article 526.1 a pour effet que l'accusé qui omet, sans excuse légitime, de comparaître à son procès, ne sera pas jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Cet article va donc à l'encontre de l'al. 11f) de la *Charte*.

La non-comparution ne satisfait pas aux conditions d'une renonciation valable. Il n'a pas été démontré que l'appelant avait renoncé de façon claire et non équivoque au droit que lui conférait la *Charte* ni qu'il savait que sa non-comparution, d'abord pour la sélection du jury et ensuite au commencement de son procès, entraînerait ou pourrait entraîner la perte du droit, garanti par la *Charte*, à un procès avec jury.

L'absence d'excuse légitime pour la non-comparution traduit un manque de respect pour l'administration de la justice, mais ne constitue pas un abandon du droit, garanti par la *Charte*, d'être jugé d'une manière plutôt que d'une autre. Il n'existe aucun lien direct entre la non-comparution de l'accusé sans excuse légitime et le mode de son procès. La non-comparution de l'appelant pour la sélection du jury qui, aux fins de l'art. 526.1, fait partie de son procès, se rapporte peut-être plus directement au mode de procès auquel il a droit suivant la *Charte*, mais ne constitue pas non plus la manifestation d'une intention claire et non équivoque de renoncer au droit à un procès avec jury, droit dont il avait déjà choisi de se prévaloir et qu'il avait fait valoir avec insistance en dépit de sa non-comparution.

Ce n'est pas la conduite de l'accusé, soit par la renonciation volontaire à son droit, soit par le non-exercice de celui-ci, qui a causé la perte du droit que lui donne l'al. 11f). C'est l'art. 526.1 du *Code criminel* qui



him of it. The section could not stand because it could not be justified under s. 1.

The evidence disclosed that failing to attend for trial was not a major problem. Respondent failed to discharge the onus of establishing that s. 526.1 meets a pressing and substantial concern. Moreover, its objectives of reducing administrative inconvenience and expense were insufficient to override a vital constitutional right. Nor did the provision impair the right as little as possible.

### Cases Cited

By Gonthier J.

**Referred to:** *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27.

By Wilson J. (dissenting)

*R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *Re Voisard and the Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 570; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27, 190 A.P.R. 27; *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Tarrant* (1984), 13 C.C.C. (3d) 219; *R. v. Rogers*, [1984] 6 W.W.R. 89; *R. v. Czuczman* (1986), 26 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xv; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

### Statutes and Regulations Cited

*Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 10(b), 11(f).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as am., ss. 133, 429, 431.1, 526.1, 738(3)(a).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 4(1), (3).

### Authors Cited

Baril, Alain. *Évaluation des coûts encourus par la Direction générale des services judiciaires suite à un procès par jury*. Février 1988.

à cet effet. Cet article n'est pas valide parce qu'il ne peut se justifier en vertu de l'article premier.

La preuve indique que la non-comparution ne représente pas un problème majeur. L'intimée ne s'est pas acquittée de l'obligation d'établir que l'art. 526.1 répond à une préoccupation urgente et réelle. De plus, son objectif de réduction des incon vénients et des coûts administratifs n'est pas suffisant pour primer un droit constitutionnel aussi vital que celui dont il s'agit en l'espèce. De plus, la disposition en cause ne porte pas atteinte le moins possible au droit en question.

### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

*R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *Voisard c. Cour des Sessions de la paix*, [1978] C.A. 168; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27, 190 A.P.R. 27; *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. v. Tarrant* (1984), 13 C.C.C. (3d) 219; *R. v. Rogers*, [1984] 6 W.W.R. 89; *R. v. Czuczman* (1986), 26 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xv; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 10(b), 11(f).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et mod., art. 133, 429, 431.1, 526.1, 738(3)(a).  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III.  
*Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, chap. 37.  
*Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 4(1), (3).

### Doctrines citées

Baril, Alain. *Évaluation des coûts encourus par la Direction générale des services judiciaires suite à un procès par jury*. Février 1988.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4. W. D. Lewis, ed. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1897.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (for reasons given in *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266, 55 C.R. (3d) 369, 9 B.C.L.R. (2d) 244, 30 C.R.R. 172, [1987] 2 W.W.R. 308) dismissing an appeal from a judgment of Fisher J. dismissing an appeal from a judgment of Hogarth Co. Ct. J. Appeal dismissed, Wilson and Sopinka JJ. dissenting.

*A. G. Henderson, A. C. Ward and E. Warren*, for the appellant.

*S. R. Fainstein, Q.C.*, and *Cory Stolte*, for the respondent.

*Paul S. Lindsay*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, La Forest and Cory JJ. was delivered by

LAMER J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleagues Justice Wilson and Justice Gonthier. I agree with Wilson J., for the reasons she gives, that s. 526.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, restricts s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees the right to the benefit of a jury trial where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment. With respect, however, I reach a different conclusion as regards the analysis pursuant to s. 1 of the *Charter*.

It seems to me that the focus of the discussion under s. 1 must be on the purpose or rationale for denying a person a jury trial the second time around, that is to say after he has failed to appear or to remain in attendance for his trial. Under the section that is being attacked, a person who does not appear at his trial does not waive his right to be present at the trial. This is to be contrasted with

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4, W. D. Lewis, ed. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1897.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, (selon les motifs de son arrêt *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266, 55 C.R. (3d) 369, 9 B.C.L.R. (2d) 244, 30 C.R.R. 172, [1987] 2 W.W.R. 308) qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Fisher rejetant un appel d'un jugement du juge Hogarth de la Cour de comté. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et Sopinka sont dissidents.

*A. G. Henderson, A. C. Ward et E. Warren*, pour l'appelant.

*S. R. Fainstein, c.r.*, et *Cory Stolte*, pour l'intimée.

*Paul S. Lindsay*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, La Forest et Cory rendu par

LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mes collègues les juges Wilson et Gonthier. Comme le juge Wilson, et pour les mêmes raisons, j'estime que l'art. 526.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, tel que modifié, apporte une restriction à l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction en question est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave. Avec égards, toutefois, j'arrive à une conclusion différente de la sienne sur l'analyse faite en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Il me semble que l'étude en vertu de l'article premier doit être axée sur l'objet ou la raison du refus d'accorder une seconde fois un procès avec jury à un accusé, c'est-à-dire après sa non-comparution ou son absence à son procès. Selon l'article contesté en l'espèce, une personne qui ne comparait pas à son procès ne renonce pas de ce fait au droit d'y assister. Cet article diffère de l'al.

s. 738(3)(a) of the *Criminal Code* (now s. 803(2)(a)) which states that the court may, where a person charged with a summary conviction offence does not appear for trial, proceed *ex parte* to hear and determine the case in the absence of the defendant. As well, it should be noted that s. 431.1 of the *Criminal Code* (now s. 475) provides that if a person absconds once his trial has started he shall be deemed to have waived the right to be present and the court may continue the trial in the accused's absence. This section applies to indictable offences. The provision at issue does not provide for the trial to proceed in the accused's absence, but rather denies him the right to a particular mode of trial, that is trial by jury, if and when he appears.

Non-attendance may properly lead to an inference that one has waived the right to be present, but not necessarily that one has waived the right to be tried by a jury. The only way to truly waive the right to be tried by jury is to re-elect or to elect differently or enter a guilty plea.

As for the purpose behind the section at issue then, it seems to me that it extends beyond the punishment of those accused who fail to appear. Regardless of the mode of trial, failure to appear at trial is already an offence under s. 133(2) (now s. 145(2)) of the *Criminal Code*. The rationale for the section lies in the "cost" to potential jurors and to the criminal justice system in terms of economic loss and of the disaffection created in the community for the system of criminal justice, especially through the first jury panel. The section was enacted, as Wilson J. notes at p. 1406 in her reasons, "to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process". [Emphasis added.] The expense, it should be noted, is not only to the system. Persons summoned to serve on a jury panel have little choice but to obey the summons, and as such individuals who are selected as potential jurors often forgo for a substantial time their daily livelihood. In smaller and more remote communities this may have a severe disruptive effect on the

738(3)(a) du *Code criminel* (maintenant l'al. 803(2)(a)) qui dispose que, lorsqu'une personne inculpée d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ne comparaît pas à son procès, la cour peut entendre et décider l'affaire *ex parte* en l'absence du défendeur. Il faut noter en outre qu'aux termes de l'art. 431.1 du *Code criminel* (maintenant l'art. 475), si une personne s'esquive après que son procès a commencé, elle est réputée avoir renoncé au droit d'y assister et la cour peut poursuivre le procès en son absence. Cet article s'applique aux actes criminels. Quant à la disposition en cause ici, elle ne prévoit pas la poursuite du procès en l'absence de l'accusé, mais lui retire plutôt le droit à un mode particulier de procès, un procès avec jury, si jamais il comparaît.

Or, la non-comparution peut à juste titre fonder l'inférence que l'intéressé a renoncé au droit d'assister au procès, mais pas nécessairement qu'il a renoncé au droit d'être jugé par un jury. Les seules manières de renoncer vraiment au droit d'être jugé par un jury sont de faire un nouveau choix, de faire au départ un choix différent ou de plaider coupable.

Pour ce qui est de l'objet de l'article en cause, il me semble qu'il ne se borne pas à punir un accusé qui ne comparaît pas à son procès. En effet, indépendamment du mode de procès, la non-comparution au procès constitue déjà une infraction au par. 133(2) (maintenant le par. 145(2)) du *Code criminel*. La raison de cet article tient au «coût» de la non-comparution pour les candidats jurés et pour le système de justice criminelle, aussi bien du point de vue de la perte économique que sur le plan de la désaffection qu'elle engendre au sein de la collectivité envers le système de justice criminelle, en ce qui concerne surtout le premier jury. L'article a été adopté, comme le fait remarquer le juge Wilson dans ses motifs, à la p. 1406, «afin d'éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et afin d'assurer le respect du public pour le processus des procès criminels». [Je souligne.] Précisons que ce n'est pas uniquement le système qui supporte le coût. Les personnes convoquées pour former un tableau des jurés peuvent difficilement refuser d'obéir à l'assignation et, en conséquence, doivent

jurors. Similarly, in these areas the cost of empanelling a jury the first time let alone a second time is very high. All of this leads to an erosion in public confidence and a frustration with the system when the accused fails to appear for his trial and the assembled jury panel has to be sent away. This is the mischief the section attempts to minimize. The issue then at the s. 1 analysis is to balance the restriction on the right to a trial by jury against the "cost" to individuals and society of the non-appearance of accused persons for their trials.

I agree with Wilson J. that the purpose underlying the section is "a valid legislative purpose", but I am further of the view that it is a purpose or objective that is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right. I do not believe that the importance of the objective can be measured solely by reference to the amount of money lost as a result of the non-appearance of accused persons, and the cost of empanelling a second jury. Rather the cost, and by implication the importance of the objective, must be measured in terms of the overall "cost", both in the sense of economic loss and disruption to lives, and in the sense of confidence and respect for the system, to the individuals selected for jury duty and to society as a whole. When viewed in this light, I conclude that the legislative objective is of sufficient importance to override a constitutionally protected right, especially where the restriction is limited to those who have abused the system without a legitimate excuse. It now remains to be seen if the legislative provision is proportionate to its objective.

In terms of whether the legislative measure is rationally connected to the objective, I am of the view that the section is connected to the concern over diminishing public respect and confidence in the system of criminal justice because of the failure of accused persons to attend for their trials. It is also rationally connected to the objective of

souvent s'absenter de leur travail quotidien pendant une durée considérable. Dans de petites localités et des localités éloignées, cela risque d'avoir sur les jurés des effets gravement perturbateurs. En outre, le coût de la sélection d'un premier jury, et à plus forte raison d'un second, est très élevé dans ces régions. Cette situation amène une diminution de la confiance du public dans le système et un sentiment de frustration à son égard chaque fois qu'un accusé ne comparaît pas à son procès et que les jurés, ayant été réunis, doivent être renvoyés. Tel est le mal que l'article en cause tente de prévenir. Il s'agit donc, aux fins de l'analyse selon l'article premier, de soupeser la restriction apportée au droit à un procès avec jury et le «coût», pour les particuliers et pour la société, de la non-comparution d'accusés à leur procès.

Je partage l'avis du juge Wilson que le but visé par l'article en question est «un objet législatif valable», mais j'estime également que ce but ou objectif revêt une importance suffisante pour primer un droit constitutionnel. Je ne crois pas que l'importance de l'objectif puisse se mesurer uniquement par référence aux sommes perdues par suite de la non-comparution d'accusés et au coût de la sélection d'un second jury. Le coût et, implicitement, l'importance de l'objectif, doivent être mesurés en fonction du «coût» global pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci. Je conclus que, quand on le considère sous cet angle, l'objet législatif est suffisamment important pour primer un droit constitutionnel, particulièrement lorsque la restriction se limite à ceux qui ont abusé du système sans excuse légitime. Il reste maintenant à déterminer si la disposition législative en cause est proportionnée à son objet.

Quant à savoir si cette mesure législative présente un lien rationnel avec l'objet visé, je suis d'avis qu'elle a un lien avec la préoccupation que suscite la baisse du respect du public pour le système de justice criminelle et de sa confiance dans ce système, provoquée par la non-comparution d'accusés à leur procès. Elle a en outre un lien

detering accused persons from not attending for their trials. Further, the section impairs the right as little as possible in order to achieve the legislative objective. I reiterate that the section is not simply designed to punish the accused for his non-attendance. That objective is already dealt with by other sections of the *Criminal Code*, specifically s. 133 (now s. 145). Therefore, suggestions in relation to alternative punitive schemes or measures are largely irrelevant to the objective of maintaining the respect and confidence of the public in our criminal justice system. The section is designed to deal with individuals who have abused the system by not attending for their trials without a legitimate excuse. In short, the accused has abused his right to a jury trial once. The question then, is whether it is proportionate to the objective for Parliament to deny him the right the second time. I conclude that it is. There is only a limited amount of good will, confidence and respect in the public for our system of criminal justice. Therefore there is a corresponding limit to the amount of that public good will that all participants in the system, including accused persons, can spend before respect and confidence in the system significantly diminishes. In my view, the accused in the case at bar and others like him, have spent their share of good will in the public as regards the civic duty of serving on juries. Only those accused who both fail to appear and can offer no legitimate excuse are deprived of a second chance to be tried by a jury. In these circumstances I am of the view that the section is proportionate to the objective of maintaining respect for the system. The section does not remove the right to a trial, and nor does it remove the right of the accused to be present at his trial. I conclude therefore that the negative effects of the restriction do not outweigh the importance of the legislative objective.

For these reasons, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the right to trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

rationnel avec l'objectif qui consiste à dissuader les accusés de s'absenter de leur procès. De plus, l'article atteint son objectif en portant atteinte le moins possible au droit en question. L'article, je le répète, n'a pas pour simple but de punir l'accusé pour sa non-comparution. Ce but est déjà envisagé par d'autres articles du *Code criminel*, plus précisément l'art. 133 (maintenant l'art. 145). Cela étant, les assertions relatives à l'existence d'autres régimes ou mesures de punition sont dans une large mesure dénuées de pertinence en ce qui concerne l'objectif du maintien du respect du public pour notre système de justice criminelle et de sa confiance dans ce système. L'article en cause vise les individus qui ont abusé du système en ne comparaisant pas, sans excuse légitime, à leur procès. Bref, l'accusé a déjà abusé une fois de son droit à un procès avec jury. La question qui se pose est donc de savoir si le Parlement, en lui refusant ce droit la seconde fois, respecte le principe de la proportionnalité avec l'objectif. Je conclus que oui. La bonne volonté, la confiance et le respect qu'a le public à l'égard de notre système de justice criminelle ont une limite. Il y a donc une limite correspondante à la quantité de bonne volonté publique que l'ensemble des participants dans le système, y compris les accusés, peuvent dépenser avant que ne se produise une diminution importante de la confiance et du respect pour le système. À mon avis, l'accusé en l'espèce et d'autres comme lui ont épuisé leur part de la bonne volonté publique pour ce qui est du devoir civique de servir comme juré. Seuls sont privés d'une seconde chance d'être jugés par un jury les accusés qui ne comparaissent pas et qui, en plus, ne peuvent fournir d'excuse légitime. Dans ces circonstances, j'estime que l'article en cause est proportionné à l'objectif du maintien du respect pour le système. Il ne supprime pas le droit à un procès ni ne retire à l'accusé le droit d'assister à son procès. Je conclus en conséquence que les effets négatifs de la restriction ne sont pas plus grands que l'importance de l'objet législatif.

Pour ces motifs, je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. L'alinéa 526.1(1)a) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à un procès par jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Yes.

2. If so, then is s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? <sup>a</sup>

Yes.

I would, accordingly, dismiss the appeal.

The reasons of Wilson and Sopinka JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—The appellant claims in this appeal that s. 526.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 598) violates his right to a jury trial under s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1.

Section 526.1 reads as follows:

**526.1** (1) Notwithstanding anything in this Act, where a person to whom subsection 526(1) applies has elected or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury and, at the time he failed to appear or to remain in attendance for his trial, he had not re-elected to be tried by a court composed of a judge without a jury or magistrate without a jury, he shall not be tried by a court composed of a judge and jury unless

(a) he establishes to the satisfaction of a judge of the court in which he is indicted that there was a legitimate excuse for his failure to appear or remain in attendance for his trial; or

(b) the Attorney General requires pursuant to section 498 that the accused be tried by a court composed of a judge and jury.

(2) An accused who, pursuant to subsection (1), may not be tried by a court composed of a judge and jury is deemed to have elected under section 464 to be tried by a judge of the court in which he is indicted without a jury and section 491 does not apply in respect of the accused.

Section 11(f) and s. 1 of the *Charter* provide:

**11.** Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial

Oui.

2. Dans l'affirmative, l'al. 526.1(1)a) du *Code criminel* est-il justifié au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, est-il compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? <sup>a</sup>

Oui.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

<sup>b</sup> Version française des motifs des juges Wilson et Sopinka rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—L'appelant prétend en l'espèce que l'art. 526.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, tel que modifié (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 598) porte atteinte à son droit à un procès avec jury, garanti par l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que cette atteinte ne peut se justifier en vertu de l'article premier. <sup>c</sup>

L'article 526.1 dispose:

**526.1** (1) Nonobstant la présente loi, la personne visée au paragraphe 526(1) qui a ou est réputée avoir choisi d'être jugée par une cour composée d'un juge et d'un jury et qui n'a pas choisi à nouveau, avant le moment de son défaut de comparaître ou de son absence au procès, d'être jugée par une cour composée d'un juge ou d'un juge de la cour provinciale sans jury ne sera jugée selon son premier choix que

a) si elle prouve à la satisfaction d'un juge de la cour devant laquelle elle est mise en accusation l'existence d'excuses légitimes; ou

b) si le procureur général le requiert, conformément à l'article 498.

(2) Le prévenu qui ne peut pas être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, conformément au paragraphe (1), est réputé avoir choisi en vertu de l'article 464, d'être jugé sans jury par un juge de la cour où il est accusé et l'article 491 ne s'applique pas au prévenu. <sup>d</sup>

L'alinéa 11f) et l'article premier de la *Charte* disposent:

**11.** Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury <sup>e</sup>

by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

### 1. The Facts

On June 15, 1983 the appellant was charged with unlawfully trafficking in narcotics contrary to s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Under s. 4(3) of the Act the maximum punishment for that offence is life imprisonment.

On October 31, 1984 in the Provincial Court of British Columbia the appellant elected to be tried by a judge and jury. The appellant was directed to appear in the County Court of Westminster on November 15, 1984 to set a date for trial. The appellant did not appear at that time and a bench warrant was issued for his arrest but held in abeyance. On November 22, 1984 the appellant appeared, the warrant was vacated, and jury selection was set to begin on March 4, 1985 with the trial to commence on March 20, 1985.

On February 26, 1985, Mr. Norris, the appellant's then lawyer, withdrew as counsel from the case explaining that he had had no contact with the appellant for some time, that he did not have the appellant's current address or telephone number, and that he would advise the appellant of his withdrawal.

On March 4, 1985 the appellant failed to appear for the selection of a jury. A bench warrant was issued for his arrest. He also failed to appear on March 20, 1985, the date set for the commencement of the trial. No one appeared on his behalf at either time. The appellant was arrested and appeared without counsel in the County Court of Westminster on June 28, 1985. The case was adjourned until later that afternoon, at which time the appellant appeared with his new counsel, Mr.

lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

### *b* 1. Les faits

Le 15 juin 1983, l'appelant a été accusé d'avoir fait le trafic de stupéfiants, en contravention du par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. Le paragraphe 4(3) de cette loi prévoit une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité pour cette infraction.

Le 31 octobre 1984, l'appelant a choisi en Cour provinciale de la Colombie-Britannique de subir son procès devant un juge et un jury. On lui a ordonné de comparaître en Cour de comté de Westminster le 15 novembre 1984 pour la fixation de la date du procès. L'appelant n'a pas comparu à cette date et un mandat d'amener a été décerné contre lui mais avec sursis. Le 22 novembre 1984, l'appelant a comparu et le mandat a été annulé. La sélection du jury devait commencer le 4 mars 1985, le début du procès étant prévu pour le 20 mars 1985.

Le 26 février 1985, M<sup>e</sup> Norris, alors l'avocat de l'appelant, s'est retiré du dossier en expliquant qu'il n'avait pas été en contact avec l'appelant depuis quelque temps et qu'il ne connaissait ni son adresse ni son numéro de téléphone. Il a en outre indiqué son intention d'informer l'appelant de sa décision.

Le 4 mars 1985, l'appelant ne s'est pas présenté pour la sélection du jury et un mandat d'amener a été décerné contre lui. Il ne s'est pas présenté non plus le 20 mars 1985, date à laquelle le procès devait commencer. Dans les deux cas personne n'a comparu pour lui. L'appelant a été arrêté et a comparu sans avocat en Cour de comté de Westminster le 28 juin 1985. L'affaire a été renvoyée à plus tard dans l'après-midi. L'appelant a comparu

Warren, and was released on his own recognition.

Legal argument was heard on August 8, 1985 as to whether or not the appellant was still entitled to a jury trial. He was represented at the hearing by Mr. Warren who submitted on his behalf (1) that he had a legitimate excuse for his failure to appear for jury selection on March 4, 1985 and (2) that s. 526.1 of the *Criminal Code* violated s. 11(f) of the *Charter* and was, accordingly, of no force and effect. The appellant's excuse was that he had called Mr. Norris's office prior to March 4, 1985 and had been advised by a secretary that he need not appear and that his lawyer, Mr. Norris, would appear on his behalf for the jury selection. The appellant also told the court that he had received no notification from Mr. Norris that he had withdrawn from the case. Hogarth Co. Ct. J. refused to accept this as a legitimate excuse in the absence of corroboration by Mr. Norris. The judge also ruled that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Charter*. He applied s. 526.1 and ruled that the appellant was no longer entitled to a jury trial and that he would be tried by a judge alone on February 7, 1986.

The appellant was convicted of trafficking in narcotics on February 7, 1986. Fisher J. of the Supreme Court of British Columbia accepted the evidence of the Crown and rejected the evidence of the appellant as "totally unbelievable". The appellant appealed to the British Columbia Court of Appeal on the issue of the constitutionality of s. 526.1 and his case was heard along with *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266 (B.C.C.A.), which raised the same constitutional issue. Evidence regarding the financial cost of accused persons failing to appear for jury selection was introduced in *Re McNabb and The Queen* for the purpose of establishing s. 526.1 as a reasonable limit on s. 11(f) under s. 1 of the *Charter*. The appellant concedes that this evidence can be considered on this appeal.

On December 18, 1986 the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal for the

alors avec son nouvel avocat, M<sup>e</sup> Warren, et a été mis en liberté sur son propre engagement.

La question de savoir si l'appelant avait encore droit à un procès avec jury a été débattue le 8 août 1985. À cette audience, l'appelant était représenté par M<sup>e</sup> Warren qui a fait valoir 1) que l'appelant avait une excuse légitime pour sa non-comparution à la sélection du jury le 4 mars 1985 et 2) que l'art. 526.1 du *Code criminel* violait l'al. 11f) de la *Charte* et était donc inopérant. L'excuse alléguée par l'appelant était qu'il avait téléphoné au bureau de M<sup>e</sup> Norris avant le 4 mars 1985 et avait été informé par une secrétaire que sa comparution personnelle n'était pas requise et que son avocat, M<sup>e</sup> Norris, comparaitrait pour lui aux fins de la sélection du jury. De plus, l'appelant a dit à la cour n'avoir pas été avisé par M<sup>e</sup> Norris de son retrait du dossier. Le juge Hogarth de la Cour de comté a refusé d'accepter cela comme une excuse légitime en l'absence de confirmation de la part de M<sup>e</sup> Norris. Le juge a statué en outre que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*. Appliquant donc l'art. 526.1, il a décidé que l'appelant n'avait plus droit à un procès avec jury et qu'il serait jugé par un juge seul le 7 février 1986.

Le 7 février 1986, l'appelant a été reconnu coupable de trafic de stupéfiants. Le juge Fisher de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a retenu la preuve du ministère public et a écarté celle de l'appelant pour le motif qu'elle était [TRANSDUCTION] «totalement incroyable». L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de la constitutionnalité de l'art. 526.1 et sa cause a été entendue avec l'affaire *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266 (C.A.C.-B.), qui soulevait la même question constitutionnelle. Dans l'affaire *Re McNabb and The Queen*, une preuve relative aux coûts entraînés par la non-comparution d'accusés pour la sélection du jury a été produite dans le but d'établir que l'art. 526.1 est, aux fins de l'article premier de la *Charte*, une restriction raisonnable apportée à l'al. 11f). L'appelant convient que cette preuve peut être prise en considération dans le cadre du présent pourvoi.

Le 18 décembre 1986, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel pour les



reasons it gave in *Re McNabb and The Queen* in which it held that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Charter*. The appellant and McNabb concurrently sought leave to appeal to this Court and leave was granted in both cases on June 25, 1987 ([1987] 1 S.C.R. x). Subsequently the Attorney General of British Columbia directed a stay of proceedings in *Re McNabb and The Queen* and McNabb discontinued his appeal to this Court.

## 2. The Courts Below

*British Columbia County Court* (Hogarth Co. Ct. J., unreported, October 8, 1985)

Hogarth Co. Ct. J. found that the appellant did not have a legitimate excuse under s. 526.1 of the *Criminal Code* for failing to attend for his trial. With regard to the constitutionality of the section he stated that he was bound by the decision of McKenzie J. of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175. In *R. v. Gladue* McKenzie J. adopted the reasons of Prowse J. in *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46 (Alta. Q.B.), to the effect that, if an accused cannot establish a legitimate excuse for failing to appear for his trial, then he is not deprived of his right to a jury trial by the section but has himself waived his right under the section. Prowse J. stated in *R. v. Allan*, at p. 49, that for s. 526.1 to come into operation "it is not the conduct of the Crown but rather the accused which deprives him of his jury trial right." Prowse J. also concluded that if the operation of s. 526.1 did violate the accused's rights under s. 11(f) of the *Charter*, the violation could be justified under s. 1.

Although Hogarth Co. Ct. J. applied the decisions in *R. v. Gladue* and *R. v. Allan*, he did have some reservations about their application to the facts of this case. He stated:

All these jurors came and they were discharged because he didn't show up, but there is not an ounce of evidence before me that when the case was called there wasn't a back-up case ready to go or ten back-up cases ready to [go] for which jurors were going to be selected and the jurors had to be there. Under our system where we

motifs exposés dans l'arrêt *Re McNabb and The Queen*, où elle avait conclu que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*. L'appellant et McNabb ont demandé simultanément l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour et l'autorisation a été accordée dans les deux cas le 25 juin 1987 ([1987] 1 R.C.S. x). Par la suite, le procureur général de la Colombie-Britannique a ordonné l'arrêt des procédures dans l'affaire *Re McNabb and The Queen*, et McNabb s'est désisté de son pourvoi devant notre Cour.

## 2. Les juridictions inférieures

*La Cour de comté de la Colombie-Britannique* (Décision inédite du juge Hogarth en date du 8 octobre 1985)

Le juge Hogarth a décidé que l'appellant n'avait pas d'excuse légitime, au sens de l'art. 526.1 du *Code criminel*, pour n'avoir pas comparu à son procès. Sur la constitutionnalité de cet article, il s'est dit lié par l'arrêt *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, où le juge McKenzie avait fait siens les motifs du juge Prowse dans *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46 (B.R. Alb.), selon lesquels un accusé qui ne peut justifier d'une excuse légitime pour ne pas avoir comparu à son procès n'est pas privé du droit à un procès avec jury par l'art. 526.1 mais y a lui-même renoncé suivant cet article. Dans *R. v. Allan*, à la p. 49, le juge Prowse dit qu'aux fins de l'application de l'art. 526.1, [TRADUCTION] «ce n'est pas la conduite du ministère public mais celle de l'accusé qui lui fait perdre son droit à un procès avec jury». Le juge Prowse a conclu en outre que, si l'art. 526.1 portait atteinte aux droits conférés à l'accusé par l'al. 11f) de la *Charte*, cette atteinte pouvait se justifier en vertu de l'article premier.

Bien qu'il ait appliqué les décisions *R. v. Gladue* et *R. v. Allan*, le juge Hogarth a exprimé certaines réserves quant à leur applicabilité aux faits de la présente instance. Il a dit à ce propos:

[TRADUCTION] Tous ces jurés sont venus et ont été libérés parce qu'il n'a pas comparu, mais on ne m'a soumis aucun élément de preuve indiquant que, quand le tour de cette affaire est venu, il n'y en avait pas une autre ou même dix autres qui étaient prêtes et pour lesquelles on allait sélectionner des jurés, de sorte que les

select ten or fifteen juries on one day the fact [that] one Accused doesn't appear doesn't inconvenience anyone, it simply means one panel has escaped. Unless it is shown that he has done something to warrant it, why should he be deprived on [sic] the jury trial? Unless the jurors are indisposed or the Crown has lost some witnesses, and presumably the Crown has lost some witnesses, but they can be summonsed again, but I think that's what the Court of Appeal said, they have to show they have been prejudiced by this and just to deprive him of his right to a jury trial because he slept in or he misunderstood, which I have grave doubts about, but to deprive him of his jury trial which is his fundamental right under the Constitution — but I am bound by my brother McKenzie . . . .

*British Columbia Court of Appeal (Re McNabb and The Queen)* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266

The Court of Appeal (Seaton, Hinkson and Aikens J.J.A.) decided this case on the basis of its reasons in *Re McNabb and The Queen*. It found that s. 526.1 of the *Criminal Code* did not violate s. 11(f) of the *Charter* but simply provided for the mode of trial in the event an accused chose not to exercise or failed to exercise his or her right to a jury trial. Hinkson J.A. stated at p. 271:

In my opinion, the accused must not only exercise his right to trial by jury when he elects the mode of his trial but he must continue to exercise that right in order to enjoy the benefit of trial by jury. Thus, if the accused does not elect trial by jury it is not open to him to complain thereafter that he has been denied his Charter right. It is not enough, however, for the accused to elect trial by judge and jury in order to exercise his Charter right. He must continue to exercise it by attending for his trial before a judge and jury when required to do so. And once the trial commences before a judge and jury, he must remain in attendance during the course of the trial until a verdict is rendered. If by his own conduct he chooses not to attend at his trial, he is not exercising his right to a trial by judge and jury. [Emphasis added.]

In coming to this conclusion the Court applied the reasoning in a line of cases dealing with whether or not the provisions of s. 738(3)(a) and s. 431.1 of the *Criminal Code* [now ss. 803(2)(a) and

jurés devaient tout de même être présents. Dans un système comme le nôtre où une dizaine ou une quinzaine de jurys sont sélectionnés en une seule journée, la non-comparution d'un seul accusé ne dérange personne; cela veut simplement dire qu'un tableau de jurés n'aura pas été établi. En l'absence d'une preuve que ses actes le justifient, pourquoi l'accusé devrait-il être privé d'un procès avec jury? À moins qu'il n'y ait des inconvénients pour les jurés ou que le ministère public n'ait perdu des témoins — ce qui est vraisemblablement le cas, mais ceux-ci peuvent être cités de nouveau — et je crois que c'est ce qu'a dit la Cour d'appel, qu'il faut démontrer qu'ils ont subi un préjudice. Priver l'accusé de son droit à un procès avec jury simplement parce qu'il s'est levé trop tard ou parce qu'il a mal compris, ce dont je doute fort, mais le priver de son droit constitutionnel fondamental à un procès avec jury — mais je suis lié par la décision de mon collègue le juge McKenzie . . . .

*La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (Re McNabb and the Queen)* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266

La Cour d'appel (les juges Seaton, Hinkson et Aikens) a tranché le présent litige en fonction de ses motifs dans l'affaire *Re McNabb and The Queen*. Elle a conclu que l'art. 526.1 du *Code criminel* ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*, mais prévoyait simplement la forme que prendrait le procès dans le cas où l'accusé décidait de ne pas exercer ou omettait d'exercer son droit à un procès avec jury. Voici ce que dit le juge Hinkson, à la p. 271:

[TRADUCTION] À mon avis, non seulement l'accusé doit-il exercer son droit à un procès avec jury au moment où il choisit le mode de son procès, mais il doit aussi continuer à exercer ce droit afin de pouvoir bénéficier d'un procès avec jury. Donc, si l'accusé ne choisit pas de se faire juger par un jury, il ne peut alléguer par la suite la violation du droit que lui reconnaît la Charte. Il ne suffit toutefois pas pour exercer le droit garanti par la Charte que l'accusé choisisse d'être jugé par juge et jury. Il doit continuer à l'exercer en comparaisant, au moment fixé, à son procès devant juge et jury. Et quand ce procès commence, il doit être présent jusqu'à ce qu'un verdict soit rendu. Si par sa propre conduite il choisit de s'absenter de son procès, il n'exerce pas son droit à un procès devant juge et jury. [Je souligne.]

Pour arriver à cette conclusion, la Cour a appliqué le raisonnement se dégageant d'une série de décisions traitant de la question de savoir si les dispositions de l'al. 738(3)a) et de l'art. 431.1 du

475(1)], which allow for an accused's trial to proceed in his absence, infringed or denied the right of an accused to be present at his trial. That line of cases held that if an accused by his own conduct chooses not to attend and avail himself of his *Charter* right, then he cannot later be heard to complain that he has been deprived of it.

The Court of Appeal went on to hold that even if the operation of s. 526.1 of the *Criminal Code* did infringe an accused's right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*, such infringement constituted a reasonable limit under s. 1. The Court noted that once an accused has elected to be tried by a judge and jury then the lives of citizens and witnesses are disrupted by being summoned to attend at court. Hinkson J.A. stated at pp. 272-73:

The failure of the accused to appear for trial by jury thus seriously impedes the administration of justice including the respect that the public has for the criminal trial process. That respect is diminished when the public observes the criminal trial process, ready to proceed, but unable to function and apparently paralyzed because of the failure of the accused to appear. I conclude that those were the considerations which caused Parliament to enact s. 526.1 of the *Criminal Code*, namely, so that the criminal trial process can function, and be seen to function, without unnecessarily disrupting the lives of citizens required to serve on jury panels.

The Court of Appeal concluded that the objectives of providing for the proper administration of justice and securing the respect of the public for the criminal trial process were of sufficient importance to warrant overriding the constitutional right to a jury trial contained in s. 11(f) of the *Charter*. The Court of Appeal also held that the means Parliament had chosen were reasonable, proportionate and demonstrably justifiable. Hinkson J. A. noted at p. 274:

Parliament could have enacted a rule that those who elect to be tried by a judge sitting with a jury will be detained in custody pending trial. Parliament could have provided that when an individual who elected to be tried by a judge sitting with a jury fails to appear the trial will proceed in his absence. Parliament could have pro-

*Code criminel* [maintenant l'al. 803(2)a) et le par. 475(1)], qui permettaient qu'un accusé soit jugé en son absence, constituaient une violation ou une négation du droit de l'accusé d'assister à son propre procès. Suivant cette jurisprudence, si l'accusé choisit de ne pas y assister et de ne pas se prévaloir du droit garanti par la *Charte*, il ne peut se plaindre par la suite d'avoir été privé de ce droit.

La Cour d'appel a affirmé ensuite que, même si l'art. 526.1 du *Code criminel* portait atteinte au droit de l'accusé à un procès avec jury, garanti par l'al. 11f) de la *Charte*, cette atteinte était une limite raisonnable au sens de l'article premier. La Cour a fait observer que le choix par l'accusé d'un procès devant un juge et un jury entraîne des perturbations dans la vie de citoyens et de témoins qui sont alors assignés à comparaître. Le juge Hinkson dit, aux pp. 272 et 273:

[TRADUCTION] La non-comparution de l'accusé à un procès avec jury entrave donc gravement l'administration de la justice en diminuant le respect du public pour la justice criminelle quand le public voit que le processus des procès criminels est bloqué et apparemment paralysé par suite de la non-comparution de l'accusé. Je conclus que telles étaient les considérations qui ont amené le Parlement à adopter l'art. 526.1 du *Code criminel*, c'est-à-dire permettre que le processus des procès criminels fonctionne et qu'on puisse voir qu'il fonctionne, sans perturber inutilement la vie de citoyens appelés à faire partie d'un tableau de jurés.

Selon la Cour d'appel, l'objectif de pourvoir à l'administration efficace de la justice et celui d'assurer le respect du public pour le processus des procès criminels revêtaient une importance suffisante pour prévaloir sur le droit constitutionnel à un procès avec jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte*. La Cour d'appel a dit en outre que les moyens employés par le législateur fédéral étaient raisonnables et proportionnels et que leur justification pouvait se démontrer. Le juge Hinkson écrit, à la p. 274:

[TRADUCTION] Le Parlement aurait pu édicter une règle selon laquelle quiconque choisit de se faire juger par un juge siégeant avec un jury sera gardé en détention jusqu'au procès. Le Parlement aurait pu prévoir que, quand une personne ayant choisi de subir son procès devant un juge et un jury ne comparaît pas, le

vided that when an accused fails to appear for his trial by jury thereupon his right to trial by jury is forfeited. All of these alternatives are extreme measures. None of them was adopted. Parliament chose a middle course. The decision of an accused to be tried by a jury does not affect his bail status. The accused who fails to appear does not thereby become subject to a trial conducted in his absence. The accused who fails to appear does not lose his right to trial by jury. Only those accused who both fail to appear for their trial by a judge sitting with a jury and can offer no legitimate excuse for doing so suffer that consequence. Provision is therefore made for the accused who is ill, or hurt, or lost, or mistaken. Only those who have failed to act responsibly are penalized. In legislating in that way, in my opinion, Parliament has met the second requirement set forth in *Oakes*.

### 3. The Issues

On December 22, 1987 McIntyre J. set the following constitutional questions:

1. Does s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* [now s. 598(1)(a)] infringe or deny the right to trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, then is s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* [now s. 598(1)(a)] justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

### 4. Analysis

#### (a) *Section 11(f) of the Charter*

It is now well accepted that when construing *Charter* rights the underlying purpose of those rights must be considered: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. What then is the purpose of s. 11(f)?

Section 11(f) guarantees the benefit of a trial by jury to accused persons charged with an offence for which the maximum punishment is imprisonment for five years or a more severe punishment. In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, this Court considered the nature and purpose of this guarantee in order to determine whether an accused could waive the right and, if he could, what the effect of such a waiver would be. The Court discussed the

procès se poursuivra en son absence. Le Parlement aurait pu prévoir que, dans un cas où l'accusé ne comparait pas à son procès devant un jury, il est dès lors déchu de son droit à un procès avec jury. Chacune de ces mesures est draconienne. Aucune n'a été adoptée. Le Parlement a choisi un moyen terme. La décision d'un accusé d'être jugé par un jury n'a aucun effet sur la mise en liberté sous caution. L'accusé qui ne comparait pas ne sera pas de ce fait jugé en son absence. Il ne perd pas non plus son droit à un procès avec jury. Seuls subissent ce sort les accusés qui ne comparaissent pas à leur procès devant un juge siégeant avec un jury et qui, en plus, ne peuvent faire valoir aucune excuse légitime pour leur absence. On tient donc compte du fait que l'accusé peut être malade ou blessé, s'être perdu ou s'être trompé. Ceux qui n'ont pas agi de façon responsable sont les seuls à être pénalisés. Je crois qu'en légiférant ainsi le Parlement a respecté le deuxième critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

### a 3. Les questions en litige

Le 22 décembre 1987, le juge McIntyre a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 526.1(1)a) du *Code criminel* [maintenant l'al. 598(1)a)] viole-t-il ou nie-t-il le droit à un procès par jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, l'al. 526.1(1)a) du *Code criminel* [maintenant l'al. 598(1)a)] est-il justifié au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, est-il compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

### 4. Analyse

#### b a) *L'alinéa 11f) de la Charte*

Il est maintenant généralement admis que l'interprétation des droits conférés par la *Charte* doit se faire en fonction de leur objet sous-jacent: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344. Quel est donc l'objet de l'al. 11f)?

L'alinéa 11f) garantit à toute personne accusée d'une infraction pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave le droit de bénéficier d'un procès avec jury. Dans l'affaire *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, notre Cour a examiné la nature et le but de cette garantie afin de déterminer si un accusé pouvait y renoncer et, dans l'affirmative, quels seraient les effets de cette renonciation. La Cour a

importance of the right to the individual accused but also stressed the fact that a jury trial serves not only the interests of the accused but also those of society because it acts as a vehicle of public education and lends the weight of community standards to trial verdicts. However, as the Court stated at pp. 1310-11, while the jury trial undoubtedly serves both individual and societal interests, s. 11(f) of the *Charter* is aimed at the protection of individual interests:

I start with the proposition that, whatever other interests s. 11(f) of the *Charter* may be designed to protect, it is certainly designed to protect the interests of those charged with criminal offences and to place corresponding duties on the state to respect such interests. In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, Lamer J., in his analysis of the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*, referred to the separate individual and collective interests served by timely trials but concluded at p. 917 that the real purpose of the s. 11(b) right was to protect the interests of the individual and not of society:

Section 11(b) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize at the outset that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension. While society may well have an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases, that interest finds no expression in s. 11(b), though evidently, incidental satisfaction. The section is primarily concerned with ensuring respect for the interests of the individual.

This conclusion seems a sound one. The state can legitimately advance its interests in jury trials through legislation, e.g. the impugned provisions of the *Criminal Code*, but those interests are not embraced in a section of the *Charter* designed to protect the individual. Moreover, to the extent such legislation might infringe interests of the individual protected by s. 11(f), it would have to be justified under s. 1 of the *Charter*.

The history and importance of jury trials was also discussed by Blair J.A. in *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408. After a comprehensive overview of the history of the jury trial in England, the United States and Canada, he stated at p. 423:

parlé de l'importance de ce droit pour l'accusé mais a insisté aussi sur le fait qu'un procès avec jury sert non seulement les intérêts de l'inculpé mais encore ceux de la société parce qu'il constitue un moyen d'informer le public et qu'il apporte au soutien du verdict rendu dans un procès tout le poids des valeurs de la collectivité. Toutefois, ainsi que le dit la Cour aux pp. 1310 et 1311, si le procès avec jury sert indubitablement les intérêts tant des individus que de la société, l'al. 11(f) de la *Charte* vise à protéger les droits des individus:

Je commencerai par affirmer que, quels que soient les intérêts protégés par l'al. 11(f) de la *Charte*, il vise certainement à protéger les droits de ceux qui sont inculpés d'infractions criminelles et à imposer à l'État des obligations correspondantes de respecter ces droits. Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Lamer analyse le droit d'être jugé dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11(b) de la *Charte* et mentionne les intérêts individuels et collectifs que les procès tenus dans des délais raisonnables favorisent pour conclure, à la p. 917, que l'al. 11(b) a pour objet véritable de protéger les intérêts de l'individu et non ceux de la société:

L'alinéa 11(b) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugés dans un délai raisonnable. Je désire souligner au départ que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective. Bien qu'il se puisse que la société ait un intérêt dans le déroulement prompt et efficace des affaires criminelles, cet intérêt ne trouve aucune consécration à l'al. 11(b), quoique évidemment on y satisfasse incidemment. Le but premier de l'alinéa est d'assurer le respect des intérêts de l'individu.

Cette conclusion me paraît juste. L'État peut légitimement promouvoir ses intérêts dans la tenue de procès avec jury grâce à des textes de loi, comme par exemple les dispositions contestées du *Code criminel*, mais ces intérêts ne sont pas visés par un article de la *Charte* conçu pour protéger les individus. De plus, dans la mesure où ces textes pourraient porter atteinte aux droits individuels garantis par l'al. 11(f), ils devraient pouvoir se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'histoire et l'importance des procès avec jury ont également été traitées par le juge Blair de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408. Au terme d'un exposé historique détaillé du procès avec jury en Angleterre, aux États-Unis et au Canada, il dit à la p. 423:

This history demonstrates that the right of trial by jury is not only an essential part of our criminal justice system but also is an important constitutional guarantee of the rights of the individual in our democratic society. In all common law countries it has, for this reason, been treated as almost sacrosanct and has been interfered with only to a minimal extent.

The respondent submitted, however, that the right to a jury trial is no longer as important as it once was and that there is nothing inherently unfair about a trial before a judge alone. The historical significance of the right, he pointed out, was that it protected accused persons in times past when the monarch could exert undue influence on proceedings being conducted in his own courts. The independence of the judiciary today makes this no longer a factor, and their training and experience, counsel submitted, fully equips judges in modern times to render verdicts without the assistance of a jury.

These are, no doubt, sound submissions but the reality is that the right to a jury trial was guaranteed in the *Charter* as recently as 1982 despite the fact that it had not been included in the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. The inescapable inference would seem to be that the right to a jury trial is viewed as just as important a protection for the accused today.

In my opinion, the language of s. 11(f) is clear and unambiguous. The only qualifications on the right to the benefit of a jury trial under the section are that the maximum punishment for the offence be five years imprisonment or a more severe punishment and that it not be available in the case of an offence under military law tried before a military tribunal. The maximum punishment for the offence charged against the appellant is life imprisonment. He is accordingly one of the individuals intended to be protected by the s. 11(f) guarantee.

(b) *Section 526.1(1)(a) of the Criminal Code*

Does s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* violate the appellant's s. 11(f) *Charter* right and, if

[TRADUCTION] Il ressort de cet historique que le droit à un procès avec jury représente non seulement un élément essentiel de notre système de justice criminelle, mais aussi une garantie constitutionnelle importante des droits individuels dans notre société démocratique. C'est la raison pour laquelle, dans tous les pays de *common law*, il a été traité comme presque sacro-saint et n'a subi que des atteintes minimales.

L'intimée a toutefois fait valoir que le droit à un procès avec jury n'a plus autant d'importance qu'autrefois et qu'il n'y a aucune injustice inhérente à un procès devant un juge siégeant seul. Selon son argumentation, l'importance historique de ce droit venait de ce qu'il assurait la protection des accusés à l'époque, maintenant révolue, où le monarque pouvait exercer une influence indue sur les procédures qui se déroulaient devant ses propres tribunaux. Aujourd'hui, l'indépendance de la magistrature a éliminé ce facteur et grâce à leur formation et leur expérience, les juges sont de nos jours parfaitement en mesure de rendre des verdicts sans l'assistance d'un jury.

Ces arguments sont certainement valables, mais il n'en demeure pas moins qu'en 1982, la *Charte* a garanti le droit à un procès avec jury, et ce, en dépit de son absence de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Il semble donc en découler nécessairement que le droit à un procès avec jury est considéré comme une protection tout aussi importante aujourd'hui pour les accusés.

Les termes de l'al. 11f) me paraissent clairs et non équivoques. Les seules restrictions qu'il impose au droit de bénéficier d'un procès avec jury sont l'exigence que la peine maximale prévue pour l'infraction soit un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave et qu'il ne s'agisse pas d'une infraction relevant de la justice militaire. Comme la peine maximale pour l'infraction dont on accuse l'appelant est l'emprisonnement à perpétuité, il est de ceux que protège la garantie énoncée à l'al. 11f).

b) *L'alinéa 526.1(1)a) du Code criminel*

L'alinéa 526.1(1)a) du *Code criminel* viole-t-il le droit conféré à l'appelant par l'al. 11f) de la

so, does it constitute a reasonable limit on such right which can be demonstrably justified under s. 1?

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson J. (as he then was) set out the test to be applied in determining the constitutionality of impugned legislation. He said at pp. 331-32:

In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.

Moreover, consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the *Charter*. The declaration that certain objects lie outside the legislature's power checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of *Charter* rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact.

Dickson J. then went on to specify at p. 334 how this inquiry into purpose and effect should be carried out:

In short, I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability

*Charte* et, dans l'affirmative, constitue-t-il une restriction raisonnable de ce droit dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier?

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) énonce le critère à appliquer pour déterminer la constitutionnalité d'une loi dont on conteste la validité. Il affirme, aux pp. 331 et 332:

À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.

De plus, il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssées dans la *Charte*. La déclaration que certains buts outrepassent la compétence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle. En outre, cela permet d'assurer une protection plus prompte et plus énergique des droits garantis par la Constitution en évitant au plaideur d'avoir à prouver l'existence d'effets qui violent des droits garantis par la *Charte*. Cela permet également aux tribunaux de statuer sur des cas où le but d'une loi est nettement abusif, sans avoir à examiner les répercussions réelles de cette loi.

<sup>h</sup> Puis, à la p. 334, le juge Dickson précise les modalités de cet examen de l'objet et de l'effet d'une loi:

Bref, je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il

and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

Accordingly, if either the purpose or the effect of s. 526.1(1)(a) is to restrict or deny an accused's constitutional right to a jury trial then the impugned section will be unconstitutional unless it is saved by s. 1 as imposing a reasonable limit on the right.

(i) Purpose

Bernier J.A., in the pre-*Charter* case *Re Voisard and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 570, discussed the purpose of the section at pp. 573-74:

Section 526.1 is a provision which, in all likelihood, has been enacted with a view to guarding against the greatly prejudicial consequences to the good administration of justice resulting from the abuse of accused persons, from their judicial interim release when they do not appear on the date fixed for their trial, or, appearing, elude justice as a consequence, which necessitates the dismissal of jurors or of the jury. By this new provision, the Legislature intended that, save where there is a legitimate excuse, the absence of the accused leads as of right to the loss of his right to a trial with jury, his trial thereupon having to take place before one of the Judges which would have presided over the trial with jury, but acting as a Judge alone.

The loss or the forfeiture of the right to a trial with jury is not left to the discretion either of a Court or of a Judge; it is statutory; it is as of right as soon as the specific conditions are met. This rule and these conditions are found in the first part of s-s. (1) of the provision. The section raises the three following conditions:

- (a) that what is involved is an accused who has been granted interim release (reference to s. 526(1));
- (b) that this accused was before the Superior Court of criminal jurisdiction following his real or presumed choice for a trial by jury, and that he had not up to that point changed his option;
- (c) that this accused has failed to appear before this Court on the date fixed, or having appeared, does not remain present for his trial.

serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Il s'ensuit que s'il a pour objet ou pour effet de limiter ou de nier le droit constitutionnel d'un accusé à un procès avec jury, alors l'al. 526.1(1)a) est inconstitutionnel, à moins qu'il n'impose à ce droit une restriction raisonnable et ne soit en conséquence sauvegardé par l'article premier.

(i) L'objet

Dans un arrêt antérieur à la *Charte*, *Voisard c. Cour des Sessions de la paix*, [1978] C.A. 168, le juge Bernier de la Cour d'appel du Québec traite de l'objet de l'article en question, à la p. 170:

L'article 526.1 est une disposition qui, selon toute vraisemblance, a été édictée dans le but de parer aux conséquences grandement préjudiciables à la bonne administration de la justice, résultant de l'abus des accusés, de leur mise en liberté provisoire lorsqu'ils ne se présentent pas au jour fixé pour leur procès, ou s'y étant présentés se soustraient à la justice par la suite, ce qui requiert le renvoi des candidats jurés ou du jury. Par cette disposition nouvelle, le Législateur a voulu que, sauf s'il y a excuse légitime, l'absence de l'accusé entraîne de plein droit la perte de son droit à un procès par jury, son procès devant avoir alors lieu devant l'un des juges qui aurait pu présider le procès par jury, mais agissant comme juge seul.

La perte ou la déchéance du droit à un procès par jury n'est laissée à la discrétion ni d'une Cour ni d'un juge; elle est statutaire; elle a lieu de plein droit dès que les conditions établies se retrouvent. Cette règle et ces conditions, on les retrouve dans la première partie du paragraphe (1) de la disposition. L'article pose les trois conditions suivantes:

- a) qu'il s'agisse d'un accusé jouissant d'une mise en liberté provisoire (renvoi à l'article 526(1));
- b) que cet accusé fût devant la Cour supérieure de juridiction criminelle par suite de son option réelle ou présumée pour un procès par jury, et qu'il n'eût pas jusque-là changé d'option;
- c) que cet accusé fasse défaut de comparaître devant cette Cour au jour fixé, ou ayant comparu, ne demeure pas présent pour son procès.



When these three conditions are met, the accused has, without prejudice to the exceptions hereinafter treated, lost the right to a trial by jury.

The text is clear. The brief analysis of it which I have made, in my opinion, does not need explanation; the penalty is rendered in imperative terms: this accused person "ne sera pas jugée selon son premier choix", "he shall not be tried by a court composed of a judge and a jury".

Blair J.A., in *R. v. Bryant, supra*, discussed the purpose of the section in terms of its legislative history. He stated at p. 417:

The reason for the enactment of s. 526.1 and other amendments to the *Criminal Code* by the *Criminal Law Amendment Act, 1974-75-76* (Can.), c. 93, is described by Martin J.A. in *R. v. Bray* (1983), 40 O.R. (2d) 766 at p. 769, 2 C.C.C. (3d) 325 at p. 328, 144 D.L.R. (3d) 305 at p. 308, as follows:

The *Bail Reform Act, 1970-71-72* (Can.), c. 37, introduced a liberal and enlightened system of pre-trial release. The object of the legislation clearly was to reduce pre-trial detention *consistent with securing the attendance of the accused at his trial and the protection of the public interest.*

However, after some four years of experience with the new legislation, Parliament, in response to concern by some segments of the public, by the *Criminal Law Amendment Act, 1974-75-76* (Can.), c. 93, modified the original legislation . . .

The over-all purpose of s. 526.1 and the other amendments made to the *Criminal Code* in 1975 was to improve the operation of the *Bail Reform Act, R.S.C. 1970, c. 2* (2nd Supp.). More specifically, it was intended to prevent abuse of the judicial process and avoid the expense and inconvenience of abortive jury trials. Although not expressly stated, the method of accomplishing these purposes was obviously the deterrent effect of the threat of punishment of absconding accused by denial of their right to trial by jury. [Emphasis in original.]

Counsel for the appellant submits that the purpose of the section is to deter accused persons from absconding in order to protect the state from any administrative inconvenience and expense which might result from their failure to attend at their trials. The provision is designed to punish accused

Lorsque ces trois conditions se retrouvent, l'accusé a, sous réserve des exceptions dont il sera ci-après question, perdu le droit au procès par jury.

Le texte est clair. La brève analyse que j'en ai faite, à mon avis, n'a pas besoin de démonstration; la sanction est rendue en termes impératifs: cette personne accusée «ne sera pas jugée selon son premier choix», «*he shall not be tried by a court composed of a judge and a jury.*»

Dans l'arrêt *R. v. Bryant*, précité, le juge Blair analyse l'objet de l'article en fonction de son évolution législative. Il affirme, à la p. 417:

[TRADUCTION] La raison de l'adoption de l'art. 526.1 et des autres modifications apportées au *Code criminel* par la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel, 1974-75-76* (Can.), chap. 93, est expliquée par le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Bray* (1983), 40 O.R. (2d) 766, à la p. 769, 2 C.C.C. (3d) 325, à la p. 328, 144 D.L.R. (3d) 305, à la p. 308, dans les termes suivants:

La *Loi sur la réforme du cautionnement, 1970-71-72* (Can.), chap. 37, a instauré un système libéralisé et progressiste de mise en liberté antérieurement au procès. De toute évidence, cette loi visait à réduire la détention préventive *tout en assurant la comparution de l'accusé à son procès et la protection de l'intérêt public.*

Toutefois, environ quatre ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le Parlement, réagissant à l'inquiétude manifestée par certains éléments du public, l'a modifiée au moyen de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel, 1974-75-76* (Can.), chap. 93 . . .

L'objet général de l'art. 526.1 et des autres modifications apportées au *Code criminel* en 1975 était d'améliorer l'application de la *Loi sur la réforme du cautionnement, S.R.C. 1970, chap. 2* (2<sup>e</sup> supp.) Plus précisément, il visait à prévenir les abus du processus judiciaire et à éviter les coûts et les inconvénients de procès avec jury avortés. Bien que cela ne soit pas expressément mentionné, ces objets devaient à l'évidence être atteints par l'effet dissuasif qu'aurait sur les accusés fugitifs la menace d'une sanction sous la forme de la négation de leur droit à un procès avec jury. [En italique dans l'original.]

L'avocat de l'appellant prétend que l'article en cause est destiné à dissuader les accusés de s'enfuir, le but étant d'épargner à l'État les inconvénients administratifs et les dépenses pouvant résulter de la non-comparution de ces accusés à leur procès. Il s'agit d'une disposition conçue pour

persons who fail to attend in court when required. Counsel further submits that denying constitutional rights for the purpose of punishment is not a valid legislative purpose. He relies on the statement of Blair J.A. in *R. v. Bryant*, at p. 424, that "To deny Charter rights simply as punishment is to treat them as mere privileges which a government can take away for improper conduct rather than as entrenched rights beyond the reach of government."

Blair J.A., however, did not find that s. 526.1 had an invalid legislative purpose. He was of the view that if the only object of s. 526.1 was to punish accused persons for absconding, this would not be a valid legislative purpose. But he found that the deterrent effect of the punishment was intended to accomplish the broader purpose of overcoming the abuse of the judicial system and other administrative problems arising from the *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37.

Crown counsel submits that this broader purpose is the purpose of the section. The purpose of the section, he says, is not to punish the accused but to provide for the efficient administration of justice and in particular to secure the respect of the public for the criminal trial process.

It is, I believe, important in any analysis of the purpose of s. 526.1 to distinguish between the right to a jury trial guaranteed by s. 11(f) of the *Charter* and the right to a jury trial granted by the *Criminal Code*. The *Criminal Code* itself confers on a person charged with an indictable offence the right to be tried by a judge and jury. Section 429 (now s. 471) reads as follows:

**429.** Except where otherwise expressly provided by law, every accused who is charged with an indictable offence shall be tried by a court composed of a judge and jury.

Thus, there are two parallel rights to a jury trial, one provided for by the *Code* and the other entrenched in the *Charter*. If section 526.1 was

punir les accusés qui ne comparaissent pas quand cela est requis. L'avocat fait valoir en outre que la négation de droits constitutionnels à des fins de punition n'est pas un but législatif valable. Il s'appuie à cet égard sur les propos suivants du juge Blair à la p. 424 de l'arrêt *R. v. Bryant*: [TRADUCTION] «Recourir à la négation de droits conférés par la Charte comme punition revient à les traiter comme de simples privilèges susceptibles d'être retirés par le gouvernement en cas de mauvaise conduite plutôt que de les traiter comme des droits constitutionnalisés auxquels le gouvernement ne peut toucher.»

Le juge Blair n'a cependant pas conclu que l'art. 526.1 visait un but illégitime. Selon lui, si l'art. 526.1 avait pour seul objet la punition d'accusés qui se soustrayaient à la justice, ce ne serait pas un objet législatif valable. Il a décidé toutefois que l'effet dissuasif de la sanction était destiné à atteindre l'objet plus large d'arrêter les abus du système judiciaire et de régler d'autres problèmes d'ordre administratif résultant de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, chap. 37.

Pour sa part, l'avocat de la poursuite soutient que c'est précisément cet objet plus large que vise l'article en cause. Selon lui, son but n'est pas de punir les accusés mais d'assurer l'administration efficace de la justice et, en particulier, le respect du public pour le processus des procès criminels.

Il importe, je crois, dans toute analyse de l'objet de l'art. 526.1 de faire une distinction entre le droit à un procès avec jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte* et le droit à un procès avec jury accordé par le *Code criminel*. Le *Code criminel* lui-même reconnaît à quiconque est accusé d'un acte criminel le droit d'être jugé par un juge et un jury. L'article 429 (maintenant l'art. 471) est ainsi conçu:

**429.** Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, tout prévenu inculqué d'un acte criminel doit être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury.

Il existe donc deux droits parallèles à un procès avec jury, l'un prévu par le *Code* et l'autre garanti par la *Charte*. Si la seule intention de l'art. 526.1

intended only to take away the election or deemed election of an accused under the *Criminal Code*, then it is irrelevant whether the purpose of the section is punitive or not. Rights accorded by the *Criminal Code* can presumably be taken away by the *Criminal Code* either by way of punishment or for some other purpose. Parliament can attach any conditions or limitations it wishes to the right it has itself conferred in ordinary legislation.

I have no doubt that there is a punitive aspect to s. 526.1. Indeed, non-attendance for trial is a separate criminal offence which can be prosecuted and punished as such under s. 133(2) (now s. 145(2)) of the *Criminal Code*. Accordingly, regardless of the mode of trial an accused has chosen, failure to attend for his trial is a criminal offence. When an accused has elected a jury trial, however, not only has he committed an offence by failing to attend without a legitimate excuse, he has also lost the right to his chosen mode of trial. This clearly is an additional penalty.

Since section 526.1 was enacted prior to the *Charter*, it seems clear to me that the section was not designed to deal with the *Charter* right to a jury trial. It was only intended to deal with the right under the *Criminal Code*. The jurisprudence under the *Charter* makes it clear, however, that constitutional validity depends not only on purpose but also on effect. It is necessary therefore to consider not only the purpose of s. 526.1 as it relates (if at all) to s. 11(f) but also its effect (if any) on the s. 11(f) right.

I agree with Blair J.A. that the over-all purpose of s. 526.1 and the other amendments made to the *Criminal Code* in 1975 was to improve the operation of the *Bail Reform Act*, by ensuring that accused persons released on bail showed up for their trials. The section was enacted in order to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process. This is clearly a valid legislative purpose. In furtherance of this objective the legislator may also have had the ancillary object of deterrence

est d'enlever à l'accusé le choix qu'il a fait ou qu'il est réputé avoir fait en vertu du *Code criminel*, il importe peu que l'objet de cet article soit ou non punitif. Les droits conférés par le *Code criminel* peuvent vraisemblablement être retirés par le *Code criminel*, soit à titre de punition, soit à une autre fin. Le Parlement peut soumettre à toutes les conditions ou restrictions qu'il veut un droit qu'il a lui-même accordé dans une loi ordinaire.

Je ne doute pas que l'art. 526.1 ait un aspect punitif. De fait, la non-comparution au procès constitue une infraction criminelle distincte qui peut être poursuivie et sanctionnée en tant que telle en vertu du par. 133(2) (maintenant le par. 145(2)) du *Code criminel*. Par conséquent, indépendamment du mode de procès choisi par l'accusé, le défaut d'y comparaître est une infraction criminelle. Quand l'accusé a choisi de se faire juger par un jury, toutefois, non seulement commet-il une infraction criminelle si, sans excuse légitime, il ne comparaît pas, mais il perd en outre son droit au type de procès qu'il a choisi. Il s'agit manifestement là d'une sanction supplémentaire.

Comme l'art. 526.1 a été adopté avant la *Charte*, il me semble évident qu'il n'a pas été conçu en fonction du droit à un procès avec jury qu'elle garantit. Il vise uniquement le droit que confère le *Code criminel*. Toutefois, la jurisprudence portant sur la *Charte* établit clairement que la constitutionnalité tient non pas seulement à l'objet du texte législatif, mais aussi à son effet. Il faut donc prendre en considération, outre l'objet de l'art. 526.1 en tant qu'il se rapporte (à supposer que ce soit le cas) à l'al. 11f), l'effet (s'il en est) de cet article sur le droit garanti par l'al. 11f).

Je partage l'avis du juge Blair que l'art. 526.1 et les autres modifications apportées au *Code criminel* en 1975 visaient généralement à améliorer l'application de la *Loi sur la réforme du cautionnement* en assurant la comparution à leur procès d'accusés mis en liberté sous caution. L'article a été adopté afin d'éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et afin d'assurer le respect du public pour le processus des procès criminels. C'est manifestement un objet législatif valable. Or, il se peut qu'en visant cet objectif, le législateur ait eu

and punishment but I am not persuaded that either deterrence or punishment through the denial of the right to a jury trial under the *Code* was the primary reason for the enactment of the section.

(ii) Effect

Given that the impugned provision has a valid legislative purpose, namely to promote the efficient administration of justice and ensure public respect for the criminal trial process by depriving an accused who fails to attend for his trial of his right to a jury trial under s. 429 (now s. 471) of the *Criminal Code*, what is its effect, if any, on his parallel right to a jury trial under the *Charter*? It seems clear from a reading of the section that if an accused fails to appear for his or her trial and does not thereafter provide the court with a legitimate excuse, then that accused shall not be tried by a court composed of a judge and jury. Such is the legislative directive under the section. Can it have the effect of depriving an accused of his or her guaranteed right to a jury trial under the *Charter*? This will depend, it seems to me, on whether the section constitutes a reasonable limit on the s. 11(f) right which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

The Crown and the interveners submit, however, that it is not necessary to address that question because s. 526.1 does not purport to have that effect. They submit that it is not the legislation which has the effect of depriving the accused of his *Charter* right to a jury trial; it is the conduct of the accused. That being so, no legislative deprivation or infringement of *Charter* rights is involved. This view has been adopted by some of the lower courts which have considered the constitutionality of the section. Some have interpreted the accused's conduct as a voluntary waiver of the right. Others have held it to be a failure to exercise the right. In either case, they have concluded, all the legislation does is spell out the consequences of the accused's conduct. I propose to consider both approaches in

en outre comme objet accessoire la dissuasion et le châtement. Je ne suis pas convaincue toutefois que la dissuasion ou le châtement par la négation du droit à un procès avec jury en vertu du *Code* soit la principale raison d'être de l'article en cause.

(ii) L'effet

Étant donné que la disposition contestée vise un objet législatif valable — favoriser l'administration efficace de la justice et assurer le respect du public pour le processus des procès criminels en privant l'accusé qui ne comparait pas à son procès du droit à un procès avec jury, droit dont il bénéficie aux termes de l'art. 429 (maintenant l'art. 471) du *Code criminel* — quel effet, s'il en est, cette disposition a-t-elle sur son droit parallèle à un procès avec jury que lui garantit la *Charte*? Il semble évident à la lecture de l'article en question que, si un accusé ne comparait pas à son procès et ne fournit pas à la cour une excuse légitime par la suite, cet accusé ne sera pas jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Telle est la directive législative formulée dans l'article. Cette directive peut-elle avoir pour effet de priver un accusé du droit à un procès avec jury que lui garantit la *Charte*? Cela dépendra, me semble-t-il, de la réponse à la question de savoir si l'article en cause constitue une restriction raisonnable du droit conféré par l'al. 11f), une restriction dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*.

Le ministère public et les intervenants prétendent cependant qu'il n'est pas nécessaire d'aborder cette question parce que l'art. 526.1 n'a pas cet effet. Selon leur argument, ce n'est pas la disposition législative qui prive l'accusé de son droit à un procès avec jury garanti par la *Charte*, mais bien sa propre conduite. Cela étant, il n'y a dans la loi ni privation de droits conférés par la *Charte* ni atteinte à ces droits. Ce point de vue a été adopté par plusieurs juridictions inférieures qui ont examiné la constitutionnalité de l'article. Certaines ont interprété la conduite de l'accusé comme une renonciation volontaire au droit en question. D'autres y ont vu un défaut d'exercer ce droit. Dans l'un et l'autre cas, elles ont conclu que la disposition législative se bornait à préciser les conséquen-

turn although I appreciate that they are not entirely distinct from one another.

(iii) Waiver of the Right

The Attorney General of Quebec (intervener) submits that the accused's behaviour in failing to appear for his trial absent a legitimate excuse constitutes a voluntary waiver of his right to a jury trial. The accused loses his right only if his conduct amounts to a voluntary waiver and it is the absence of a legitimate excuse which permits it to be so viewed. The Attorney General for Ontario (intervener) adds that if the accused's conduct is found to be tantamount to a waiver, then such waiver complies with the requirements for the valid waiver of a constitutional right.

This approach has been taken by a number of courts. In *R. v. Allan*, *supra*, one of the first cases to deal with the issue, Prowse J. held that when an accused cannot establish a legitimate excuse under s. 526.1(1)(a) then the accused can be said to have waived the right to a jury trial. McKenzie J. adopted this reasoning in *R. v. Gladue*, *supra*, as did Yanosik J. in *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107. In the latter case the court had this to say at pp. 5-6:

Section 526.1(1) provides that he may not now be tried by a Court composed of a judge and jury, and section 526.1(2) says that he is deemed to have elected to be tried by judge alone. Of his own accord the accused has effectively waived his right to a jury.

The same type of reasoning is found again in *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27, 190 A.P.R. 27 (Nfld. S.C.) In that case the court applied *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127, in which the Alberta Court of Appeal held that no violation of the *Charter* occurs where the accused's conduct is tantamount to a deemed re-election. In *R. v. Ryan* the court held that although the accused had a right to trial by jury, he may waive that right by re-electing or simply by not turning up for his trial. In all these cases the same reason-

ces de la conduite de l'accusé. Je me propose d'examiner tour à tour chacune de ces thèses, bien que je me rende compte qu'elles ne sont pas complètement distinctes l'une de l'autre.

<sup>a</sup> (iii) La renonciation au droit

<sup>b</sup> Le procureur général du Québec (intervenant) fait valoir que la non-comparution de l'accusé à son procès, à moins qu'il ne présente une excuse légitime, constitue une renonciation volontaire à son droit à un procès avec jury. L'accusé ne perd ce droit que si sa conduite équivaut à une renonciation volontaire et c'est l'absence d'excuse légitime qui permet de la voir ainsi. Le procureur général de l'Ontario (intervenant) ajoute que, s'il est jugé que la conduite de l'accusé équivaut à une renonciation, alors cette renonciation satisfait aux exigences qui conditionnent la validité d'une <sup>c</sup> renonciation à un droit constitutionnel. <sup>d</sup>

Plusieurs tribunaux ont retenu cette thèse. Dans la décision *R. v. Allan*, précitée, l'une des premières portant sur cette question, le juge Prowse a statué qu'un accusé qui n'est pas en mesure de fournir une excuse légitime conformément à l'al. 526.1(1)a) peut être considéré comme ayant renoncé au droit à un procès avec jury. Ce raisonnement a été adopté par le juge McKenzie dans l'affaire *R. v. Gladue*, précitée, et par le juge Yanosik dans l'affaire *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107. Dans cette dernière décision, la cour dit, aux pp. 5 et 6:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Suivant le paragraphe 526.1(1), il ne peut pas maintenant subir son procès devant une cour composée d'un juge et d'un jury et le paragraphe 526.1(2) dispose qu'il est réputé avoir choisi d'être jugé par un juge siégeant seul. L'accusé a en fait renoncé de son gré au droit à un jury. <sup>f</sup>

<sup>g</sup> On retrouve le même genre de raisonnement dans l'affaire *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27, 190 A.P.R. 27 (C.S.T.-N.), où est appliqué l'arrêt *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127, dans lequel la Cour d'appel de l'Alberta a dit qu'il n'y a aucune violation de la *Charte* lorsque, par sa propre conduite, l'accusé est réputé avoir fait un nouveau choix. Dans la décision *R. v. Ryan*, la cour a décidé que l'accusé avait certes droit à un procès avec jury, mais qu'il pouvait y renoncer en faisant un nouveau choix ou simple- <sup>h</sup>

ing was applied, namely that it was the accused's conduct, either through waiver or deemed re-election, which denied him his *Charter* right and not s. 526.1 of the *Criminal Code*.

It should be noted that in none of these cases was there any discussion of the requirements of a valid waiver. In *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, this Court had an opportunity to consider such requirements. In that case the accused originally elected to be tried by a judge and jury. At a later date the accused, through his lawyers, clearly expressed his desire to be tried by a judge alone but not in a manner that complied with the procedure set out in the *Criminal Code* for re-election. At issue in the case was whether the accused had waived the procedural requirements for re-election. After referring to the general proposition that an accused may waive a provision intended for his or her own benefit, Lamer J., speaking for the majority, stated at pp. 49-50:

When one looks at the various cases dealing with waiver, the problem which presents itself relates to what formalities should surround a waiver before the court should accept it and give it effect, in order that it will be a bar to the party seeking to assert a non-compliance with the procedural requirement.

[The validity of any waiver] is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process. [Emphasis in original.] This has long been recognized, as is illustrated by many cases, and particularly so by those dealing with a judge's duties as regards a plea of guilty, which is the waiver by an accused of his right to put the Crown's case to the test of a trial . . . The judge's duties concerning any waiver are no different than those on a plea of guilty. The factors he will take into account in determining whether the accused has clearly and unequivocally made an informed decision to waive his rights will vary depending on the

ment en ne comparaissant pas à son procès. Dans chacune de ces décisions, on a appliqué le même raisonnement, savoir que c'est en raison de sa propre conduite — parce qu'il a renoncé ou est réputé avoir fait un nouveau choix — et non pas par le jeu de l'art. 526.1 du *Code criminel* que l'accusé a été privé du droit garanti par la *Charte*.

Il faut noter qu'aucune de ces décisions ne traite des exigences à remplir pour qu'il y ait une renonciation valide. Dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, cette Cour a eu l'occasion d'étudier ces exigences. L'accusé dans cette affaire avait initialement choisi d'être jugé par un juge et un jury. Par la suite, il avait clairement exprimé par l'intermédiaire de ses avocats son désir de subir son procès devant un juge siégeant seul, mais ne l'avait pas fait d'une manière conforme à la procédure prévue dans le *Code criminel* pour les nouveaux choix. Il fallait décider si l'accusé avait renoncé à l'observation des règles de procédure applicables aux nouveaux choix. S'étant référé à la proposition générale selon laquelle l'accusé peut renoncer à l'application d'une disposition censée jouer à son avantage, le juge Lamer, au nom de la majorité, affirme, aux pp. 49 et 50:

Lorsqu'on examine les différentes décisions en matière de renonciation, le problème qui se présente est de savoir de quelles formalités une renonciation doit être assortie pour que la cour l'accepte et y donne suite, de sorte qu'elle constitue une fin de non-recevoir pour la partie qui essaie d'invoquer le non-respect de la règle de procédure.

[Pour qu'une renonciation soit valide,] il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. [Souligné dans l'original.] C'est un principe établi depuis longtemps, comme cela ressort d'un bon nombre d'arrêts, particulièrement ceux qui portent sur les devoirs du juge à l'égard d'un aveu de culpabilité car, en avouant sa culpabilité, l'accusé renonce à son droit de soumettre la preuve de la poursuite à l'épreuve du procès [. . .] Les devoirs du juge en matière de renonciation ne sont pas différents de ceux qui lui incombent dans le cas d'un aveu de culpabilité. Les facteurs dont il tiendra compte pour décider si

nature of the procedural requirement being waived and the importance of the right it was enacted to protect. However, always relevant will be the fact that the accused is or is not represented by counsel, counsel's experience, and, in my view of great importance in a country so varied as ours, the particular practice that has developed in the jurisdiction where the events are taking place. [Emphasis added.]

Lamer J. concluded that the accused had clearly and unequivocally expressed the desire to waive his right and had in fact waived his right to the procedural protections for re-election which were designed for his benefit. This decision suggests that, although the courts may not insist upon strict compliance with formalities before a waiver is given effect, they will insist that there be a clear and unequivocal expression of a desire to waive and that the alleged waiver be made with an understanding of the legal consequences of such an act. It was also crucial to the finding of an effective waiver in this case that the accused was represented by counsel at the time. Counsel's presence is obviously significant in ensuring that the accused does understand the legal consequences of his conduct.

This high standard has since been adopted as appropriate for the waiver of *Charter* rights, in particular, the right to counsel in s. 10(b). In *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, the majority of the Court held that any alleged waiver of the right to counsel must be considered in light of this standard and that the accused's awareness of the consequences of his or her conduct is crucial. The Court citing *Korponay v. Attorney General of Canada* with approval went on to state at p. 396 that:

... the purpose of the right, as indicated by each of the members of this Court writing in *Therens, supra*, is to ensure that the accused is treated fairly in the criminal process. While this constitutional guarantee cannot be forced upon an unwilling accused, any voluntary waiver in order to be valid and effective must be premised on a

l'accusé a de façon claire et non équivoque pris une décision éclairée de renoncer à ses droits varieront en fonction de la nature de la règle de procédure en cause et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger. Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime être un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent. [Je souligne.]

Le juge Lamer a conclu que l'accusé avait exprimé de façon claire et non équivoque le désir de renoncer à son droit et avait en fait renoncé à son droit de bénéficier des moyens de protection procéduraux en matière de nouveaux choix conçus à son avantage. Il se dégage de cet arrêt que, si les tribunaux n'exigent peut-être pas la stricte observation de formalités pour qu'il y ait renonciation, ils exigeront néanmoins que l'expression du désir de faire une renonciation soit claire et non équivoque et que la renonciation ait été faite en connaissance de ses conséquences juridiques. Le fait que l'accusé était alors représenté par un avocat avait également été un facteur crucial dans la conclusion que la renonciation était valide. Il est évident que la présence d'un avocat est importante si l'on veut assurer que l'accusé comprend vraiment les conséquences juridiques de sa conduite.

Depuis lors, cette norme sévère a été adoptée comme la norme applicable à la renonciation aux droits garantis par la *Charte* et, notamment, au droit à l'assistance d'un avocat énoncé à l'al. 10b). Dans l'affaire *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, notre Cour à la majorité a dit que toute prétendue renonciation au droit à un avocat doit être examinée à la lumière de cette norme et que la conscience qu'a l'accusé des conséquences de sa conduite est un facteur crucial à cet égard. La Cour, citant et approuvant l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, a ajouté, à la p. 396:

Le but de ce droit est [...] comme l'ont indiqué tous les juges de cette Cour qui ont rédigé des motifs dans l'arrêt *Therens*, précité, d'assurer que l'accusé est traité équitablement dans les procédures criminelles. Bien que cette garantie constitutionnelle ne puisse être imposée à un accusé qui n'en veut pas, pour être valide et produire des

true appreciation of the consequences of giving up the right.

Indeed, this strict approach to waiver has been incorporated into the standard necessary to waive the constitutionally guaranteed right to a jury trial. In *R. v. Turpin, supra*, this Court held that the right to a jury trial is a right capable of being waived but that the standard necessary to achieve such a waiver is high. The Court applied both the requirement that a waiver be clear and unequivocal and that the accused be fully aware of the consequences of such waiver. The Court stated at p. 1316:

Have the appellants succeeded in waiving their right to the benefit of a jury trial? I believe they have. During these lengthy proceedings they have at each turn clearly and unequivocally expressed their desire to waive their right to a jury trial. They are fully aware of the consequences of their waiver and are anxious to obtain a trial by judge alone.

The same cannot be said with respect to the accused in this case. In my view, simply failing to show up for one's trial does not amount to an intentional repudiation of the right to a jury trial. Indeed, it has nothing to do with the manner of the trial. There is no clear and unequivocal renunciation of the right to a trial by jury by failing to show up on the appointed date nor is there any evidence that the appellant was aware that such would be the consequence of his failure to attend. It should be borne in mind that he was not represented by counsel at the time.

Nor does an accused's inability to provide a legitimate excuse for his failure to appear for his trial provide any support for the proposition that his failure to appear constituted a waiver of his right to a jury trial. It unquestionably discloses a lack of respect for the administration of justice but does it constitute an abandonment of his *Charter* right to one form of trial as opposed to another? I cannot think so. There is no direct connection between the accused's failure to appear without a legitimate excuse and the form of his trial.

effets toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit.

*a* De fait, cette position rigoureuse en matière de renonciation a été incorporée dans la norme à respecter pour qu'il y ait renonciation au droit constitutionnel à un procès avec jury. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, précité, notre Cour a statué qu'il est possible de renoncer au droit à un procès avec jury, *b* mais que la norme à atteindre à cette fin est très sévère. La Cour a appliqué les deux exigences, c'est-à-dire la renonciation claire et non équivoque et la pleine connaissance par l'accusé des conséquences d'une telle renonciation. La Cour affirme, *c* à la p. 1316:

Les appelants ont-ils réussi à renoncer à leur droit au bénéfice d'un procès avec jury? Je crois que oui. Pendant ces longues procédures, ils ont chacun leur tour exprimé de façon claire et nette leur désir de renoncer à leur droit à un procès avec jury. Ils connaissent très bien les conséquences de leur renonciation et ils tiennent beaucoup à subir un procès devant un juge seul.

*e* Il n'en va pas de même de l'accusé en l'espèce. À mon avis, la simple non-comparution à son procès n'est pas une renonciation intentionnelle au droit à un procès avec jury. Cela n'a en réalité rien à voir avec le mode de déroulement du procès. Le fait de ne pas comparaître à la date fixée n'est pas une renonciation claire et non équivoque au droit à un procès avec jury et rien ne prouve par ailleurs que l'appelant savait que telle serait la conséquence de sa non-comparution. N'oublions pas qu'il n'était pas représenté par un avocat à ce moment-là.

*h* De plus, le fait que l'accusé n'est pas en mesure de fournir une excuse légitime pour n'avoir pas comparu à son procès ne permet pas de conclure que cette non-comparution constituait une renonciation à son droit à un procès avec jury. La non-comparution traduit incontestablement un manque de respect pour l'administration de la justice, mais constitue-t-elle un abandon du droit, garanti par la *Charte*, de se faire juger d'une manière plutôt que d'une autre? Je ne puis le croire. Il n'existe aucun lien direct entre la non-comparution de l'accusé sans excuse légitime et le mode du procès.



It may, of course, be argued that in this case the appellant also failed to appear for the selection of a jury (part of his trial for purposes of s. 526.1) and that this failure addresses more directly the form of trial guaranteed him by the *Charter*. Clearly in these circumstances the connection between the appellant's conduct and the form of trial is closer but does it manifest a clear and unequivocal intention to forego his right to trial by jury which he had already elected and assiduously maintained despite his failure to appear? I do not think so. Although Lamer J. in *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, was prepared to recognize the possibility of "implied" waivers or "deemed" waivers of *Charter* rights he seems to have strictly confined them to cases where the accused was represented by counsel. Where the accused was not represented by counsel (as in this case) the high standard required for an effective waiver continued to apply.

It would be my view, therefore, that the appellant did not expressly or impliedly waive his right to a jury trial in this case. He initially elected to be tried by a judge and jury and assiduously asserted that right despite his failure to appear for his trial on the appointed date. He was not represented by counsel at the time and there is no evidence to suggest that he was aware that if he failed to appear without a legitimate excuse he would forfeit his guaranteed right to a jury trial under the *Charter*.

#### (iv) Failure to Exercise

Similar in kind to the argument based on waiver is the submission that the accused by failing to appear without a legitimate excuse has simply failed to exercise his right to a jury trial. The British Columbia Court of Appeal in *Re McNabb and The Queen* expressed the view that s. 526.1 did not deprive an accused of his *Charter* right; rather, what the section did was to specify the consequences if an accused chose not to exercise his right by failing to appear at his trial. The Court held that if the accused could satisfy the court that he had a legitimate excuse for failing to

On peut évidemment soutenir qu'en l'espèce l'appelant a également omis de comparaître pour la sélection du jury (qui, aux fins de l'art. 526.1, fait partie de son procès) et que cette omission se rapporte plus directement au mode de procès auquel il a droit suivant la *Charte*. Dans ces circonstances, le lien entre la conduite de l'appelant et le mode de procès est évidemment plus étroit, mais s'agit-il de la manifestation d'une intention claire et non équivoque de renoncer au droit à un procès avec jury, droit dont il avait déjà choisi de se prévaloir et qu'il avait fait valoir avec insistance en dépit de sa non-comparution? Je ne le crois pas. Bien que le juge Lamer dans l'affaire *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, fût prêt à reconnaître qu'on pouvait renoncer «implicitement» ou être «réputé» avoir renoncé à des droits garantis par la *Charte*, il semblait limiter ces types de renonciation exclusivement aux cas où l'accusé était représenté par un avocat. Lorsqu'il ne l'était pas (comme c'est le cas en l'espèce), la norme sévère à respecter pour qu'il y ait une renonciation valable continuait à s'appliquer.

Je suis en conséquence d'avis que l'appelant n'a renoncé ni expressément ni implicitement à son droit à un procès avec jury en l'espèce. Il a choisi au départ d'être jugé par un juge et un jury et a revendiqué ce droit avec insistance malgré sa non-comparution à son procès à la date fixée. Il n'était pas représenté alors par un avocat et on n'a pas prouvé qu'il savait que le défaut de comparaître sans excuse légitime entraînerait la déchéance de son droit à un procès avec jury garanti par la *Charte*.

#### (iv) Le défaut d'exercer le droit

Un argument analogue à celui fondé sur la renonciation consiste à dire que la non-comparution sans excuse légitime équivaut simplement à un défaut d'exercer le droit à un procès avec jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a exprimé dans l'arrêt *Re McNabb and The Queen* l'avis que l'art. 526.1, loin de priver un accusé du droit garanti par la *Charte*, précise en réalité les conséquences de la situation dans laquelle un accusé choisit, en ne comparaisant pas à son procès, de ne pas exercer ce droit. La Cour a dit que, si l'accusé pouvait établir qu'il avait une

appear, then he would not have failed to exercise his right. But if he had no such excuse, then he would have failed to exercise his *Charter* right and could not thereafter be heard to complain that he had been deprived of it.

The nub of this argument is the same as in the argument based on waiver, namely that it is the accused's own conduct and not the statute which deprives him of his *Charter* right. The only difference is that in this case the conduct is characterized as a failure to exercise the right as opposed to a waiver of the right. Presumably, it is thought through this distinction to avoid the strict standard of proof required in the case of waiver.

It is submitted by the respondent that a right can be lost not only by a failure to exercise it but by a failure to use due diligence in exercising it and reliance is placed on the decision of this Court in *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435. Writing for a unanimous Court Lamer J. said at p. 439 of that case which dealt with the s. 10(b) right to counsel:

Generally speaking, if a detainee is not being reasonably diligent in the exercise of his rights, the correlative duties set out in this Court's decision in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, imposed on the police in a situation where a detainee has requested the assistance of counsel are suspended and are not a bar to their continuing their investigation and calling upon him to give a sample of his breath.

The "reasonable diligence" test was employed again by this Court in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, also in the context of an accused's right to counsel. The argument in the present case would be that if the accused wishes a jury trial then it behooves him to be reasonably diligent in exercising the right by being present for the selection of jurors and by attending for his jury trial on the date fixed, failing which the correlative duty on the state to find jurors and pay for their services is suspended. I think this argument is premised on a misunderstanding as to how the right to a jury trial is exercised as I hope to show in a moment.

excuse légitime pour ne pas avoir comparu, il n'y aurait pas eu alors défaut d'exercer son droit. Si toutefois il ne pouvait présenter une telle excuse, il y aurait non-exercice du droit conféré par la *Charte* et l'accusé serait par la suite irrecevable à se plaindre d'en avoir été privé.

Cet argument est pour l'essentiel identique à celui fondé sur la renonciation, savoir que c'est la conduite de l'accusé lui-même et non la loi qui le prive de son droit garanti par la *Charte*. La seule différence est qu'en l'espèce il s'agit d'une conduite caractérisée comme le défaut d'exercer le droit en question par opposition à la renonciation à ce droit. Par cette distinction, on croit vraisemblablement éluder la sévère norme de preuve applicable aux renonciations.

L'intimée fait valoir qu'un droit peut se perdre non seulement par le non-exercice mais aussi par le défaut de diligence raisonnable dans l'exercice du droit et elle invoque à ce propos l'arrêt de notre Cour *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435. À la page 439 de cet arrêt portant sur le droit à l'assistance d'un avocat selon l'al. 10b), le juge Lamer, au nom de toute la Cour, écrit:

En règle générale, si un détenu ne fait pas preuve d'une diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, les obligations corollaires énoncées dans l'arrêt de cette Cour, *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, qui sont imposées aux policiers dans le cas où le détenu a demandé l'assistance d'un avocat, sont suspendues et ne les empêchent pas de poursuivre leur enquête et de lui demander de donner un échantillon d'haleine.

Notre Cour a employé de nouveau le critère de la «diligence raisonnable» dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, dans le contexte également du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat. L'argument en l'espèce serait que, si l'accusé désire subir son procès devant un jury, il lui incombe de faire preuve d'une diligence raisonnable dans l'exercice de ce droit, c'est-à-dire être présent lors de la sélection des jurés et comparaître, à la date fixée, à son procès avec jury, à défaut de quoi l'État est dégagé de son obligation corrélatrice de trouver des jurés et de rémunérer leurs services. Je crois que cet argument repose sur une conception erronée de la manière dont s'exerce le droit à un procès avec jury, ce que j'espère démontrer ci-après.

The main argument advanced by the respondent and the interveners is that an accused who chooses not to attend at his trial is not exercising his right to a jury trial. In support of this assertion, the respondent has cited a number of cases dealing with an accused's deemed waiver of his right to be present at his trial. This is the same line of cases and the same reasoning as the British Columbia Court of Appeal applied in *Re McNabb and The Queen*. The cases arose under ss. 738(3)(a) and 431.1(1) of the *Criminal Code* and the courts consistently held that these sections did not violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because any deprivation or infringement of the accused's right was the result of his own conduct.

In the first case, *R. v. Tarrant* (1984), 13 C.C.C. (3d) 219, the British Columbia Court of Appeal had to pronounce on the constitutionality of s. 738(3)(a) of the *Criminal Code*. It provides that a summary conviction offence may proceed *ex parte* to trial where an accused fails to appear. Seaton J.A. stated at p. 222:

... I think the argument fails in that it has not been shown that s. 738(3)(a) infringes or denies the right to be present at the trial.

The county court judge said on this issue:

In my view, s. 738(3) does not deprive an accused of his right to be present at his trial. To exercise this right, all an accused need do is to appear at the time and place appointed for his trial. If, however, by his own conduct he chooses not to attend and avail himself of this right, he can not be heard later that he had been deprived of his right.

And further he said:

It is implicit in the arguments advanced by the appellant under the *Charter* that he has been "deprived" of his right "to life, liberty and security" and of his right to a fair hearing by the provisions of s. 738(3) of the *Criminal Code*. It is my conclusion, however, that if any rights were lost by the appellant, this was not the result of the provisions of the *Criminal Code* but rather the result of his own conduct. [Emphasis added.]

L'intimée et les intervenants allèguent principalement que l'accusé qui choisit de ne pas comparaître à son procès n'exerce pas son droit à un procès avec jury. À l'appui de cela, l'intimée cite plusieurs décisions traitant du cas où l'accusé est réputé avoir renoncé au droit d'assister à son procès. Il s'agit de la même jurisprudence et du même raisonnement que ceux qui ont été suivis par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Re McNabb and The Queen*. Les décisions citées concernent l'al. 738(3)a) et le par. 431.1(1) du *Code criminel* et les tribunaux ont statué uniformément que ces dispositions ne violaient ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte* parce que toute privation ou violation du droit de l'accusé découlait de sa propre conduite.

Dans la première affaire, *R. v. Tarrant* (1984), 13 C.C.C. (3d) 219, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait à se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 738(3)a) du *Code criminel*, qui dispose qu'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire peut être jugée *ex parte* lorsque l'accusé ne comparaît pas. Le juge Seaton dit, à la p. 222:

[TRADUCTION] ... j'estime que cet argument doit être rejeté parce qu'on n'a pas établi que l'al. 738(3)a) constitue une violation ou une négation du droit d'assister à son propre procès.

Le juge de la Cour de comté dit sur cette question:

À mon avis, le par. 738(3) ne prive pas l'accusé du droit d'être présent à son procès. Pour exercer ce droit, l'accusé n'a qu'à comparaître à l'heure et à l'endroit fixés pour son procès. Si toutefois il choisit lui-même de ne pas comparaître et de ne pas se prévaloir de ce droit, il ne saurait par la suite prétendre avoir été privé de son droit.

Il ajoute:

Il ressort implicitement des arguments de l'appellant fondés sur la *Charte* que le par. 738(3) du *Code criminel* l'a «privé» de son droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité» et de son droit à un procès équitable. Je conclus cependant que si l'appellant a perdu des droits ce n'est pas à cause des dispositions du *Code criminel* mais de sa propre conduite. [Je souligne.]

The argument that s. 738 violated the *Charter* was also dismissed by the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Rogers*, [1984] 6 W.W.R. 89. The court was of the view that in order to exercise the right to be present at his trial the accused must appear at the time and place fixed for his trial. Since no one had tried to interfere with his right to appear at trial or his right to counsel or his right of appeal, no deprivation of the right had occurred.

Similarly, s. 431 of the *Code*, which permits a trial for an indictable offence to continue even although the accused has absconded, was found to be constitutionally valid in *R. v. Czuczman* (1986), 26 C.C.C. (3d) 43, and *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, (leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xv) for substantially the same reasons. In both cases the courts upheld the deemed waiver provision which provides that an accused who absconds during his trial is deemed to have waived his right to be present at his trial.

Assuming these cases to be correctly decided, it is my view that they have no application to the issue presently before us and do not support the respondent's argument that the appellant failed to exercise his right or that he failed to exercise due diligence in exercising it. Where an accused does not continue to attend at his trial for an indictable offence, the court must first find that the accused has absconded. Once the accused is found to have absconded while the trial is in progress, it would seem to be an inescapable inference that he does not wish to be present at his trial. There is a direct relationship between the accused's decision to abscond and the abandonment of his right to be present at his trial. The one is a necessary inference from the other. The same inference can be made with respect to an accused who does not show up for the commencement of his summary conviction trial. There is a direct relationship between failing to attend for the commencement of the trial and abandoning the right to be present.

By way of contrast, however, it does not follow from the appellant's non-appearance for his trial on the appointed date that he has abandoned his

L'argument que l'art. 738 est une violation de la *Charte* a été rejeté également par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *R. v. Rogers*, [1984] 6 W.W.R. 89. La cour était d'avis que, pour exercer le droit d'assister à son procès, l'accusé doit comparaître à l'heure et à l'endroit fixés pour ce procès. Comme personne n'avait tenté de porter atteinte ni à son droit de comparaître au procès, ni à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ni à son droit d'interjeter appel, il n'avait pas été privé du droit en question.

De même, l'art. 431 du *Code*, qui permet la poursuite d'un procès concernant un acte criminel même si l'accusé s'est soustrait à la justice, a été jugé constitutionnel dans les arrêts *R. v. Czuczman* (1986), 26 C.C.C. (3d) 43, et *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304 (autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xv), et ce, pour essentiellement les mêmes raisons. Dans les deux cas, les cours ont déclaré valide la disposition portant qu'un accusé qui s'esquive au cours de son procès est réputé avoir renoncé au droit d'y assister.

À supposer que ces décisions soient bien fondées, j'estime qu'elles ne s'appliquent pas à la question dont nous sommes saisis et qu'elles n'étaient pas l'argument de l'intimée, selon laquelle l'appellant n'a pas exercé son droit ou n'a pas fait preuve de diligence raisonnable en l'exerçant. Quand un accusé cesse d'assister à son procès relatif à un acte criminel, la cour doit d'abord décider s'il a pris la fuite. Si elle conclut que l'accusé a pris la fuite au cours de son procès, il semble en découler inévitablement qu'il ne désire pas y assister. Il existe en effet un rapport direct entre la décision de l'accusé de fuir et l'abandon de son droit d'assister à son procès. L'un découle nécessairement de l'autre. La même inférence peut être faite à l'égard d'un accusé qui ne se présente pas au début de son procès pour une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Il y a un rapport direct entre la non-comparution au début du procès et l'abandon du droit d'y assister.

Par contre, la non-comparution de l'appellant à son procès à la date fixée ne permet pas de conclure qu'il a abandonné son droit à un mode

right to a particular form of trial, i.e., the form of trial he has already chosen or has failed to exercise due diligence in exercising it. In cases such as *R. v. Tarrant* and *R. v. Rogers* the mode of exercise of the right in question is to attend at the trial. Accordingly, if the accused does not attend at the trial he clearly fails to exercise his right. Seaton J.A. in *R. v. Tarrant* pointed out this direct connection between mode of exercise of the right to be present and failure to attend and why in these circumstances failure to attend constitutes a failure to exercise. The right to a jury trial is, however, exercised by the act of election or deemed election (in this case election) and the failure to appear cannot be equated with a failure to elect or a deemed re-election. Neither can it be equated with a failure to exercise due diligence in making his election in favour of a jury trial. The distinguishing feature in the two types of cases is, in my view, that failure to appear is quite properly viewed as a failure to exercise where the mode of exercise of the right in question is to appear. But where the mode of exercise is to elect and an election is made, failure to appear cannot constitute a failure to exercise or a failure to use due diligence. If the failure to appear is to have legal significance at all it must be as a waiver of the right already properly exercised. However, as earlier stated, it does not meet the requirements for an effective waiver. Thus it has not been shown that the appellant clearly and unequivocally intended to abandon his *Charter* right or that he was aware that the consequences of his conduct in failing to appear for jury selection and the commencement of his trial would be or could be the loss of his *Charter* right to a jury trial.

I would accordingly conclude that it is not the conduct of the accused, either by voluntarily waiving his right or failing to exercise it, that causes the loss of the appellant's s. 11(f) right. It is s. 526.1 of the *Criminal Code* which purports to deprive him of it. The section cannot stand therefore unless justified under s. 1.

particulier de procès, c.-à-d. celui qu'il a déjà choisi, ni qu'il n'a pas fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ce droit. Dans des situations comme celles des affaires *R. v. Tarrant* et *R. v. Rogers*, le droit en question s'exerce par la comparution au procès. Par conséquent, si l'accusé ne comparait pas, il est clair qu'il n'exerce pas son droit. Le juge Seaton, dans l'arrêt *R. v. Tarrant*, souligne ce lien direct entre le mode d'exercice du droit d'être présent et la non-comparution et explique pourquoi, dans ces circonstances, la non-comparution constitue un non-exercice. Le droit à un procès avec jury s'exerce cependant quand on fait un choix (comme en l'espèce) ou quand on est réputé l'avoir fait, et la non-comparution ne saurait être assimilée à l'omission de faire ce choix ni considérée comme un nouveau choix. Elle ne peut être assimilée non plus à l'absence de diligence raisonnable dans la prise de la décision de subir le procès devant un jury. La différence entre les deux types de cas, à mon avis, tient à ce que la non-comparution est vue, à très juste titre, comme un non-exercice d'un droit dans les cas où le droit en question s'exerce par la comparution. Toutefois, lorsque c'est en faisant un choix qu'on exerce ce droit et lorsqu'on fait ce choix, la non-comparution ne peut constituer une omission ni d'exercer le droit ni de faire preuve de diligence raisonnable. Si la non-comparution a une signification juridique quelconque, ce doit être en tant que renonciation au droit déjà légitimement exercé. Cependant, ainsi que je l'ai dit précédemment, la non-comparution ne satisfait pas aux exigences à remplir pour qu'il y ait une renonciation valable. On n'a donc pas démontré que l'appelant avait l'intention claire et non équivoque d'abandonner le droit que lui conférait la *Charte* ni qu'il savait que sa non-comparution, d'abord pour la sélection du jury et ensuite au début de son procès, entraînerait ou pourrait entraîner la perte du droit, garanti par la *Charte*, à un procès avec jury.

Je conclus en conséquence que ce n'est pas la conduite de l'accusé, soit par la renonciation volontaire à son droit, soit par le non-exercice de celui-ci, qui a causé la perte du droit que lui donne l'al. 11f). C'est l'art. 526.1 du *Code criminel* qui a cet effet. L'article 526.1 n'est donc valide que s'il est justifié en vertu de l'article premier.

(c) *Section 1 of the Charter*

Having concluded that s. 526.1 of the *Criminal Code* violates s. 11(f) of the *Charter*, I must now consider whether it constitutes a reasonable limit on the s. 11(f) right which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1. It is well established that the onus at this stage of the inquiry rests on the party seeking to uphold the limitation, in this case the respondent: see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The two stage test setting out the criteria for determining whether a limitation is reasonable or not under s. 1 was clearly articulated by Dickson C.J. in *R. v. Oakes* and later summarized by him as follows in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

As discussed earlier, the purpose of s. 526.1 seems to be to further the orderly and efficient administration of justice and thereby public respect for the criminal justice system and the jury trial process in particular. This purpose is sought to be achieved under the section by depriving the

c) *L'article premier de la Charte*

Ayant conclu que l'art. 526.1 du *Code criminel* enfreint l'al. 11f) de la *Charte*, je dois maintenant examiner s'il constitue une restriction raisonnable du droit conféré par l'al. 11f), dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier. Or, il est bien établi qu'à ce stade de l'analyse, c'est à la partie qui cherche à faire maintenir la restriction, en l'occurrence l'intimée, qu'incombe le fardeau de la preuve: voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le critère en deux temps servant à déterminer si une restriction est raisonnable ou non au sens de l'article premier a été clairement énoncé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, puis résumé par lui dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Comme je le disais antérieurement, l'art. 526.1 semble avoir pour objet de favoriser l'administration ordonnée et efficace de la justice et, par là, d'assurer le respect du public pour le système de justice criminelle et en particulier pour le système des procès avec jury. L'article vise à atteindre cet

accused of his right to a jury trial if he fails to appear and has no legitimate excuse for so doing.

The respondent and interveners have strongly urged that the objectives of providing for the proper administration of justice and securing public respect for the criminal trial process are of sufficient importance to warrant overriding the *Charter* right of an accused to have a jury trial. In support of this contention the respondent has entered affidavits, sworn by court administrators, originally for use in the *McNabb* appeal, concerning the magnitude of the mischief the impugned provision is designed to address.

The evidence was to the effect that in the Vancouver County Court the number of accused for whom a jury is to be selected generally varies from one to five. Usually several different juries are picked at the same sitting and for each accused person for whom a jury is to be selected sixty potential jurors are on average summoned to court. Thirty potential jurors are actually required to attend to form the panel from which the jurors are selected and they are paid \$15 for their time. Therefore, where an accused fails to appear the amount paid out to potential jurors is on average \$450. The administrative costs of summoning and assembling the panel is estimated to be approximately \$632 for each accused. Therefore, it is estimated that the average cost when an accused fails to appear for a jury selection is \$1,082. For each day subsequent to the jury selection jurors are paid \$25 with administrative costs of approximately \$151 for a total cost of approximately \$451 per day.

The records of the Vancouver County Court indicate that 311 jury trials were scheduled for that court in 1985. In 108 of these cases the trial proceeded as scheduled, in 177 cases the trial did not proceed for various reasons including changes of plea and re-elections by the accused, granting of adjournments, and stays of proceedings. In 26 of these cases the trial did not proceed because of the accused's failure to attend.

objet en retirant à l'accusé son droit à un procès avec jury quand, sans excuse légitime, il ne comparait pas à son procès.

a L'intimée et les intervenants ont soutenu énergiquement que les objectifs de veiller à l'administration efficace de la justice et d'assurer le respect du public envers les procès criminels ont une importance suffisante pour justifier qu'ils priment le droit d'un accusé à un procès avec jury, garanti par la *Charte*. À l'appui de cet argument, l'intimée a produit des affidavits d'administrateurs judiciaires, qui initialement devaient être utilisés dans le pourvoi *McNabb*, concernant l'ampleur du mal que la disposition attaquée vise à prévenir.

Il ressort de la preuve que, dans le cas de la Cour de comté de Vancouver, le nombre d'accusés pour lesquels un jury doit être sélectionné varie généralement de un à cinq. Normalement, plusieurs jurys sont choisis à la même séance et, pour chaque accusé pour lequel un jury doit être sélectionné, soixante candidats jurés en moyenne sont assignés à se présenter. Il faut la présence de trente candidats jurés pour établir le tableau des jurés parmi lesquels se fait la sélection et chacun d'eux reçoit une indemnité de 15 \$. Par conséquent, quand un accusé ne comparait pas, la somme versée aux candidats jurés s'élève en moyenne à 450 \$. Les frais d'administration engagés pour convoquer et réunir les candidats jurés formant le tableau sont estimés à environ 632 \$ pour chaque accusé. On estime en conséquence que la non-comparution d'un accusé à la sélection du jury coûte en moyenne 1 082 \$. Pour chaque jour qui suit leur sélection, les jurés touchent 25 \$, somme à laquelle viennent s'ajouter des frais d'administration d'approximativement 151 \$, pour un total d'environ 451 \$ par jour.

D'après les données provenant de la Cour de comté de Vancouver, 311 procès avec jury étaient prévus devant cette cour en 1985. Dans 108 de ces cas le procès a été tenu comme prévu. Pour différentes raisons, dont des changements de plaidoyer et de nouveaux choix faits par l'accusé, des ajournements et des suspensions d'instance, le procès n'a pas eu lieu dans 177 cas. Dans 26 cas, le procès n'a pas eu lieu en raison de la non-comparution de l'accusé.

Evidence was presented to the effect that in the Vancouver Supreme Court 150 - 200 potential jurors are on average summoned with 75 - 100 actually required to attend to form the panel for every accused who must select a jury. Each person on the panel is paid \$15. Therefore, when an accused fails to appear for jury selection the amount paid to potential jurors is approximately \$1,125. The administrative costs of summoning and assembling a panel is approximately \$794 for each accused. Therefore, it is estimated that the average cost when an accused fails to appear for jury selection in Supreme Court for the district of Vancouver is \$1,919. For each day subsequent to the jury selection jurors are paid \$25 with administrative costs of approximately \$151 for a total cost of approximately \$451 per day.

The records of the British Columbia Supreme Court indicate that 52 jury trials were scheduled for that court in 1985. In 33 of these cases the trial proceeded as scheduled, in 19 cases the trial did not proceed for various reasons including changes of plea and re-elections by the accused, adjournments, and stays of proceedings. In none of the 52 cases did the trial not proceed because of the accused's failure to attend.

In my view, what the evidence suggests is that failing to attend is not a major problem. For example, of the 311 jury trials scheduled for the Vancouver County Courts only 26 did not proceed to trial because of the accused's failure to attend in court. While only 108 of those 311 proceeded on schedule, 177 of them were delayed for other reasons including change of plea, re-elections and adjournments. Each time a jury trial was delayed it was estimated to cost \$1,082. While this is not a trivial figure, it is important to note that the magnitude of the mischief that s. 526.1 was aimed at pales in comparison to the costs of adjournments and re-elections. The record in the Supreme Court of British Columbia was even less compelling as in none of the 52 cases involving a jury trial

On a produit des éléments de preuve établissant que, dans le cas de la Cour suprême à Vancouver, pour chaque accusé qui doit sélectionner un jury, de 150 à 200 candidats jurés en moyenne sont assignés et de 75 à 100 d'entre eux sont en fait tenus de se présenter pour l'établissement du tableau. Chaque personne faisant partie du tableau reçoit 15 \$. Par conséquent, lorsqu'un accusé ne comparaît pas pour la sélection du jury, la somme d'environ 1 125 \$ est versée aux candidats jurés. La convocation des candidats jurés et l'établissement du tableau entraîne des frais administratifs d'environ 794 \$ par accusé. On estime en conséquence que, dans le cas de la Cour suprême dans le district de Vancouver, le coût moyen de la non-comparution d'un accusé pour la sélection du jury est de l'ordre de 1 919 \$. Pour chaque jour qui suit leur sélection, les jurés touchent 25 \$, somme à laquelle viennent s'ajouter des frais d'administration d'approximativement 151 \$, pour un total d'environ 451 \$ par jour.

D'après les données provenant de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, 52 procès avec jury étaient prévus devant cette cour en 1985. Dans 33 de ces cas le procès a été tenu comme prévu. Pour différentes raisons, dont des changements de plaidoyer et de nouveaux choix faits par l'accusé, des ajournements et des suspensions d'instance, le procès n'a pas eu lieu dans 19 cas. Il n'y a pas eu un seul cas où le procès n'a pas eu lieu en raison de la non-comparution de l'accusé.

À mon avis, la preuve indique que la non-comparution ne représente pas un problème majeur. Par exemple, sur les 311 procès avec jury devant être tenus devant les Cours de comté de Vancouver, 26 seulement n'ont pas eu lieu en raison de la non-comparution de l'accusé. Bien que 108 procès seulement sur les 311 aient pu être tenus à la date fixée, 177 ont été remis pour d'autres raisons, dont des changements de plaidoyer, des nouveaux choix et des ajournements. On estimait à 1 082 \$ le coût de chaque remise d'un procès avec jury. Ce chiffre n'est certes pas négligeable, mais il faut souligner que le mal que l'art. 526.1 vise à prévenir est sans commune mesure avec le coût des ajournements et des nouveaux choix. Les données concernant la Cour suprême de la Colombie-Britannique sont



was the trial delayed because the accused failed to attend. On the other hand, 19 of those cases were delayed for these other reasons.

The respondent has submitted no other evidence to support the legislative objective of s. 526.1 as pressing and substantial nor is there any evidence to suggest that the section has had any effect whatsoever on the number of jury trials delayed due to an accused's failure to appear. Counsel for the respondent states that it may be thanks to the impugned provision that the number of absconders is not higher but he presents no evidence to substantiate this claim.

The Attorney General of Quebec submitted a report by Alain Baril, an "analyste au Service d'étude en rendement organisationnel", in which the cost of a jury trial in Quebec is discussed. It estimates the cost of summoning potential jurors for a criminal trial at \$5,950. This evidence, however, is of little assistance as no statistics are included as to how frequently, if ever, a jury trial is postponed because of an accused's failure to attend.

In my view, it cannot be said that the respondent has met the onus of establishing that s. 526.1 meets a pressing and substantial concern. It has not been shown that non-appearing accused is a major problem. There is accordingly nothing to support the purpose of the legislation as sufficiently compelling to justify the violation of a guaranteed right under the *Charter*. The objective is mainly concerned with efficiency in the operation of the criminal justice system and the expense incurred for jury trials. Many of the rights in the *Charter* and other legal rights run counter to this concern about efficiency and cost. But reducing administrative inconvenience and reducing expense are not, in my view, sufficient objectives to override such a vital constitutional right. I find the words of Blackstone (*Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, Book 4 (1897), W. D.

encore moins convaincantes, car aucun des 52 procès avec jury n'a été retardé pour non-comparution de l'accusé. Par ailleurs, 19 des procès en question ont été remis pour les autres raisons susmentionnées.

L'intimée n'a produit aucun autre élément de preuve tendant à établir le caractère urgent et réel de l'objectif législatif visé par l'art. 526.1 et rien ne prouve non plus que cet article a eu le moindre effet sur le nombre de procès avec jury qui sont retardés par suite de la non-comparution de l'accusé. L'avocat de l'intimée affirme que c'est peut-être grâce à la disposition attaquée que les cas de non-comparution ne sont pas plus nombreux, mais il n'a rien soumis en preuve pour fonder cette assertion.

Le procureur général du Québec a produit un rapport d'Alain Baril, analyste au Service d'étude en rendement organisationnel, qui traite du coût d'un procès avec jury au Québec. Ce rapport estime à 5 950 \$ le coût de la convocation de candidats jurés pour un procès criminel. Cette preuve nous est cependant de peu de secours puisqu'elle ne contient pas de statistiques sur la fréquence des procès avec jury, s'il en est, qui sont remis en raison de la non-comparution de l'accusé.

Selon moi, il est impossible de dire que l'intimée s'est acquittée de l'obligation d'établir que l'art. 526.1 répond à une préoccupation urgente et réelle. On n'a pas démontré que la non-comparution d'accusés constitue un problème majeur. Il n'y a en conséquence rien qui puisse fonder la conclusion que l'objet visé par l'article en cause est suffisamment important pour justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Cet objet se rapporte principalement à l'efficacité du fonctionnement du système de justice criminelle et au coût des procès avec jury. Bon nombre des droits énoncés dans la *Charte* et d'autres droits sont incompatibles avec cette préoccupation à l'égard de l'efficacité et du coût. La réduction des inconvénients et des coûts administratifs ne représente pas, à mon avis, un objectif suffisamment important pour primer un droit constitutionnel aussi vital que celui dont il s'agit en l'espèce. Je trouve très juste ce que dit Blackstone au sujet du procès avec jury (*Blackstone's Commentaries on the Laws of*

Lewis, ed.), at p. 1735), on the subject of trial by jury very apt:

So that the liberties of England cannot but subsist so long as this *palladium* remains sacred and inviolate; not only from all open attacks, (which none will be so hardy as to make,) but also from all secret machinations, which may sap and undermine it; by introducing new and arbitrary methods of trial, by justices of the peace, commissioners of the revenue, and courts of conscience. And however convenient these may appear at first, (as doubtless all arbitrary powers, well executed, are the most convenient,) yet let it be again remembered that delays and little inconveniences in the forms of justice are the price that all free nations must pay for their liberty in more substantial matters; that these inroads upon this sacred bulwark of the nation are fundamentally opposite to the spirit of our constitution; and that, though begun in trifles, the precedent may gradually increase and spread to the utter disuse of juries in questions of the most momentous concern. [Emphasis added.]

However, if I am wrong in this and s. 526.1 does address a pressing and substantial concern over diminishing public respect for the criminal justice system because of the failure of accused persons to attend for their trials, I am of the view that the denial of the right to a jury trial is not a proportionate response to that concern. While it is undoubtedly rationally connected to the concern and would act as an effective deterrent against the evil at which it is directed, it seems to me that it fails to meet another requirement of the proportionality test, namely that it impairs the right as little as possible. There are other means of addressing the pressing and substantial concern without depriving an accused of his *Charter* right to a jury trial and, indeed, the legislature has adopted one of them by making the failure to appear for trial a separate and distinct criminal offence. In other words, s. 526.1 seems to represent a case of overkill in that the severity of the measure, i.e., the complete deprivation of the right, is not justified by the purpose it is intended to serve.

*England*, t. IV (1897, W. D. Lewis, éd.), à la p. 1735):

[TRADUCTION] Les libertés d'Angleterre ne pourront donc que subsister tant que ce palladium restera sacré et inviolé, à l'abri non seulement de toute attaque directe (que nul n'oserait même entreprendre), mais aussi de toutes machinations secrètes susceptibles de le saper et de le miner par l'instauration de méthodes nouvelles et arbitraires d'instruction par des juges de paix, des autorités fiscales et des tribunaux inférieurs locaux. Et si commodés que ces méthodes puissent paraître au début (car il ne fait aucun doute que tous les pouvoirs arbitraires, pourvu qu'ils soient bien exercés, sont les plus commodés), ne perdons pas de vue que des retards et les petits contretemps dans l'administration de la justice sont le prix que toutes les nations libres doivent payer pour la liberté dont elles jouissent dans des domaines plus importants; que ces brèches dans le rempart sacré de la nation sont diamétralement opposées à l'esprit de notre constitution; et que, malgré ses débuts modestes, le précédent pourra graduellement prendre de l'ampleur et se propager, faisant tomber complètement en désuétude les jurys même pour les questions de la plus grande importance. [Je souligne.]

Si toutefois j'ai tort sur ce point et que l'art. 526.1 répond en fait à la préoccupation urgente et réelle que le public respecte moins le système de justice criminelle en raison de la non-comparution d'accusés à leur procès, je suis d'avis que la négation du droit à un procès avec jury ne constitue pas une réponse proportionnée à cette préoccupation. Bien qu'elle présente indéniablement un lien rationnel avec cette préoccupation et représente un moyen de dissuasion efficace devant le mal contre lequel elle est dirigée, elle me semble ne pas satisfaire à un autre volet du critère de proportionnalité, puisqu'elle ne porte pas le moins possible atteinte au droit en question. Il existe d'autres façons de répondre à la préoccupation urgente et réelle, sans qu'il soit besoin de priver un accusé du droit à un procès avec jury que lui garantit la *Charte* et le législateur a en fait adopté une de ces méthodes en faisant de la non-comparution au procès une infraction criminelle séparée et distincte. En d'autres termes, l'art. 526.1 semble excessif en ce sens que la sévérité de la mesure, c.-à-d. la privation totale du droit en cause, ne se justifie pas par l'objet qu'elle vise.

5. Disposition

I would allow the appeal, set aside the conviction, and order a new trial before a judge and jury. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the right to trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>b</sup>

Yes.

2. If so, then is s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? <sup>c</sup>

No.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment by my colleagues Justice Lamer and Justice Wilson. I agree with Wilson J.'s recital of the facts, the decisions in the courts below and the issues. However, I reach an opposite conclusion as to the first constitutional question raised and would dismiss the appeal.

The issues raised by this appeal are expressed in the following constitutional questions:

1. Does s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the right to trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>g</sup>
2. If so, then is s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? <sup>h</sup>

Issue 1

Section 526.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now s. 598) reads:

**526.1** (1) Notwithstanding anything in this Act, where a person to whom subsection 526(1) applies has elected or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury and, at the time he failed to appear or to remain in attendance for his trial,

5. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès devant un juge et un jury. Je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. L'alinéa 526.1(1)a) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à un procès par jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>a</sup>

Oui.

2. Dans l'affirmative, l'al. 526.1(1)a) du *Code criminel* est-il justifié au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, est-il compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? <sup>c</sup>

Non.

<sup>d</sup> Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Lamer et Wilson. Je souscris à l'exposé des faits, des décisions des juridictions inférieures et des questions en litige qu'a présenté le juge Wilson. Ma conclusion sur la première question constitutionnelle est toutefois contraire à la sienne et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

<sup>f</sup> Les questions soulevées par le présent pourvoi sont formulées dans les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 526.1(1)a) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à un procès par jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>g</sup>
2. Dans l'affirmative, l'al. 526.1(1)a) du *Code criminel* est-il justifié au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, est-il compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? <sup>h</sup>

La première question

<sup>i</sup> L'article 526.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, (maintenant l'art. 598) dit:

**526.1** (1) Nonobstant la présente loi, la personne visée au paragraphe 526(1) qui a ou est réputée avoir choisi d'être jugée par une cour composée d'un juge et d'un jury et qui n'a pas choisi à nouveau, avant le moment de son défaut de comparaître ou de son absence

he had not re-elected to be tried by a court composed of a judge without a jury or a magistrate without a jury, he shall not be tried by a court composed of a judge and jury unless

(a) he establishes to the satisfaction of a judge of the court in which he is indicted that there was a legitimate excuse for his failure to appear or remain in attendance for his trial; or

(b) the Attorney General requires pursuant to section 498 that the accused be tried by a court composed of a judge and jury.

(2) An accused who, pursuant to subsection (1), may not be tried by a court composed of a judge and jury is deemed to have elected under section 464 to be tried by a judge of the court in which he is indicted without a jury and section 491 does not apply in respect of the accused.

I observe at the outset that s. 526.1 of the *Criminal Code* does not deny a trial by jury in every situation where the accused has failed to appear for his trial at the requisite time. This occurs only where the accused can provide no legitimate excuse for his failure to appear or to remain in attendance for his trial, or where the Attorney General does not require that the trial be conducted in the presence of a jury.

I also note that s. 526.1 is merely one of several *Criminal Code* provisions dealing with the election by an accused of his mode of trial. The provisions of the *Criminal Code* dealing with this subject together govern the means by which an accused may exercise his right under s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Section 11(f) of the *Charter* provides:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

The appellant contends that s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* operates as a denial of his right under s. 11(f) of the *Charter*. He argues that the purpose and effect of that section are inconsistent

au procès, d'être jugée par une cour composée d'un juge ou d'un juge de la cour provinciale sans jury ne sera jugée selon son premier choix que

a) si elle prouve à la satisfaction d'un juge de la cour devant laquelle elle est mise en accusation l'existence d'excuses légitimes; ou

b) si le procureur général le requiert, conformément à l'article 498.

(2) Le prévenu qui ne peut pas être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, conformément au paragraphe (1), est réputé avoir choisi en vertu de l'article 464, d'être jugé sans jury par un juge de la cour où il est accusé et l'article 491 ne s'applique pas au prévenu.

Je note dès le départ que ce n'est pas dans tous les cas de non-comparution de l'accusé à son procès au moment fixé que l'art. 526.1 du *Code criminel* lui refuse un procès avec jury. Cela n'arrive que lorsque l'accusé ne peut fournir d'excuse légitime pour sa non-comparution ou son absence à son procès, ou lorsque le procureur général n'exige pas que le procès se déroule devant un jury.

Je souligne en outre que l'art. 526.1 n'est qu'une parmi plusieurs dispositions du *Code criminel* qui portent sur le choix du mode de procès par un accusé. C'est l'ensemble des dispositions du *Code criminel* touchant ce sujet qui régissent la façon dont un accusé peut exercer le droit garanti par l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'alinéa 11f) de la *Charte* porte:

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

L'appellant soutient que l'al. 526.1(1)a) du *Code criminel* le prive du droit que lui confère l'al. 11f) de la *Charte*. Il prétend que l'objet et l'effet de cet

with the constitutionally guaranteed right to a trial by judge and jury.

(1) *Purpose of s. 526.1(1)(a)*

I agree entirely with my colleague Wilson J., at p. 1406, that s. 526.1(1)(a) was designed “to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process . . . clearly a valid legislative purpose”.

(2) *Effect of s. 526.1(1)(a)*

On the question of the impugned section’s effect, however, I must respectfully disagree with my colleague. It is my conclusion that s. 526.1(1)(a) does not, by its effect, offend s. 11(f) of the *Charter*.

The appellant argues that the effect of s. 526.1(1)(a) is to deprive an accused who has elected trial by judge and jury of his right to a jury trial where he fails to appear for or remain in attendance at his trial and can provide no legitimate excuse for his conduct. He asserts that the effect of the section is to create a different rule for jury and non-jury trials, since failure to appear at a non-jury trial entails no procedural penalty of the type associated with the absence of the accused from a trial with jury.

The appellant takes issue with the recent line of cases which have held that an accused who fails to appear at his jury trial without a reasonable excuse fails to exercise, waives, or is deemed to have waived his right under s. 11(f). He submits that *Charter* rights cannot be removed unless the accused clearly elects, in an express, voluntary, informed and unequivocal manner, to forego them.

(a) Failure to Exercise

I disagree with the view that the election (or deemed election) by the accused of a trial by jury constitutes the complete exercise of his right. It is my opinion that, in order to exercise his right under s. 11(f) of the *Charter*, an accused must appear in court at the requisite time. I am in

alinéa sont incompatibles avec le droit constitutionnel à un procès avec juge et jury.

1) *L’objet de l’al. 526.1(1)a)*

a Je souscris entièrement à l’avis de ma collègue le juge Wilson, à la p. 1406, que l’al. 526.1(1)a) vise à «éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l’administration de la justice et [à] assurer le respect du public pour le processus des procès criminels [. . .] manifestement un objet législatif valable».

2) *L’effet de l’al. 526.1(1)a)*

c Sur la question de l’effet de l’alinéa contesté, je dois toutefois, avec égards, exprimer mon désaccord avec ma collègue. Ma conclusion est que l’al. 526.1(1)a) ne viole pas, de par son effet, l’al. 11f) de la *Charte*.

d L’appellant prétend que l’al. 526.1(1)a) a pour effet de retirer à l’accusé qui a choisi de se faire juger par un juge et un jury son droit à un procès avec jury lorsqu’il ne comparait pas ou n’assiste pas à son procès et qu’il ne peut fournir une excuse légitime pour sa conduite. Selon lui, cet alinéa établit en fait des règles différentes selon qu’il s’agit d’un procès avec jury ou sans jury, puisque la non-comparution à un procès sans jury n’entraîne aucune sanction procédurale du genre de celle qui est infligée à l’accusé qui ne comparait pas à un procès avec jury.

e L’appellant conteste la série de décisions récentes établissant que l’accusé qui, sans excuse raisonnable, ne comparait pas à son procès avec jury, n’exerce pas le droit dont il bénéficie aux termes de l’al. 11f), y renonce ou est réputé y avoir renoncé. Il soutient qu’un accusé ne peut être privé de droits garantis par la *Charte* que s’il choisit clairement, d’une manière expresse, volontaire, éclairée et non équivoque, de ne pas s’en prévaloir.

i a) Le non-exercice du droit

j Je ne partage pas le point de vue selon lequel l’exercice de son droit par l’accusé consiste uniquement dans le choix qu’il fait (ou qu’il est réputé avoir fait) d’être jugé par un jury. À mon avis, pour exercer le droit garanti par l’al. 11f) de la *Charte*, l’accusé doit comparaître en cour au

agreement with the statement of Hinkson J.A. in *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266, at p. 271, quoted by my colleague:

In my opinion, the accused must not only exercise his right to trial by jury when he elects the mode of his trial but he must continue to exercise that right in order to enjoy the benefit of trial by jury. Thus, if the accused does not elect trial by jury it is not open to him to complain thereafter that he has been denied his Charter right. It is not enough, however, for the accused to elect trial by judge and jury in order to exercise his Charter right. He must continue to exercise it by attending for his trial before a judge and jury when required to do so. And once the trial commences before a judge and jury, he must remain in attendance during the course of the trial until a verdict is rendered. If by his own conduct he chooses not to attend at his trial, he is not exercising his right to a trial by judge and jury.

An accused who is denied a jury trial under s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* may not, in my view, assert that he has been deprived of his right under s. 11(f) of the *Charter*. An accused who, for no legitimate reason, fails to appear or to remain in attendance for his jury trial has no one to blame but himself for the consequences he must bear pursuant to s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code*. *Charter* rights must not be taken lightly either by the state or by the citizens whom they are meant to protect. The accused person who does not avail himself of his *Charter* right to a jury trial according to as reasonable a procedure as that set out in s. 526.1(1)(a) cannot later voice the objection that he has been dispossessed of that right. No concept of deprivation of a right can arise in such circumstances. It is the accused's own inertia and not an act of the state which brings about the application of s. 526.1(1)(a). By his own conduct, the accused has failed to exercise his right under s. 11(f). It is simply illusory, in my view, to speak in such circumstances of state denial of a *Charter* right.

Section 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* merely prescribes the way in which an accused must exercise his right to a jury trial. I respectfully disagree with my colleague Wilson J. that the exercise of the right to trial by jury is complete

moment fixé. Je souscris aux propos du juge Hinkson de la Cour d'appel dans l'arrêt *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266, à la p. 271, cités par ma collègue:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] À mon avis, non seulement l'accusé doit-il exercer son droit à un procès avec jury au moment où il choisit le mode de son procès, mais il doit aussi continuer à exercer ce droit afin de pouvoir bénéficier d'un procès avec jury. Donc, si l'accusé ne choisit pas de se faire juger par un jury, il ne peut alléguer par la suite la violation du droit que lui reconnaît la Charte. Il ne suffit toutefois pas pour exercer le droit garanti par la Charte que l'accusé choisisse d'être jugé par juge et jury. Il doit continuer à l'exercer en comparaisant, au moment fixé, à son procès devant juge et jury. Et quand ce procès commence, il doit être présent jusqu'à ce qu'un verdict soit rendu. Si par sa propre conduite il choisit de s'absenter de son procès, il n'exerce pas son droit à un procès devant juge et jury.

<sup>d</sup> L'accusé qui se voit refuser un procès avec jury en vertu de l'al. 526.1(1)(a) du *Code criminel* ne saurait, selon moi, affirmer avoir été privé du droit que lui accorde l'al. 11f) de la *Charte*. Quand l'accusé, sans aucune raison légitime, ne comparait pas à son procès avec jury ou n'y assiste pas, il est seul responsable des conséquences qu'il doit subir suivant l'al. 526.1(1)(a) du *Code criminel*. Les droits garantis par la *Charte* ne doivent être pris à la légère ni par l'État ni par les citoyens qu'ils sont destinés à protéger. L'accusé qui ne se prévaut pas du droit garanti par la *Charte* à un procès avec jury, en se conformant à une procédure aussi raisonnable que celle prévue à l'al. 526.1(1)(a), ne saurait par la suite objecter qu'il a été dépouillé de ce droit. Dans de telles circonstances, il n'est nullement question de privation d'un droit. C'est l'inaction de l'accusé lui-même plutôt qu'un acte de l'État qui entraîne l'application de l'al. 526.1(1)(a). Par sa propre conduite, l'accusé a omis d'exercer le droit garanti par l'al. 11f). Il est donc tout simplement inexact, à mon avis, de parler en pareil cas de la négation par l'État d'un droit accordé par la *Charte*.

L'alinéa 526.1(1)(a) du *Code criminel* prescrit simplement la manière dont un accusé doit exercer son droit à un procès avec jury. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec ma collègue le juge Wilson que l'exercice du droit à un procès avec jury

and is firmly crystallized by the election or deemed election by the accused. Parliament has imposed an additional requirement, namely the appearance and continued attendance of the accused at his trial, barring a legitimate excuse for his failure to do so. Section 526.1 of the *Criminal Code* deals with the manner in which the right to trial by jury is to be exercised and provides for the mode of trial in the event the accused does not exercise his right. This is both reasonable and legitimate, serves a valid legislative purpose and, by imposing a continuing commitment of the accused to his initial election, far from impeding the right to trial by jury, enhances respect for this right given by the *Charter* and the fulfilment of its purpose. I therefore conclude that s. 526.1 is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*.

(b) Waiver

It has been held in a number of cases that an accused who fails to appear or to remain in attendance for his jury trial without a reasonable excuse waives his right under s. 11(f). The cases in which this approach has been taken, which have been summarized in some detail by my colleague Wilson J., stand for the proposition that an accused, by displaying the conduct provided for in s. 526.1(1)(a), rejects his right to be judged by a judge and jury and chooses or must be deemed to have chosen another mode of trial. (See: *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46 (Alta. Q.B.); *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175 (B.C.S.C.); *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107 (Alta. Q.B.); *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27 (Nfld. S.C.T.D.))

In my view, however, it is unnecessary to decide this issue in order to dispose of this appeal. The accused person who does not appear in court at the date set for his jury trial has simply not exercised his right under s. 11(f) of the *Charter*. It is inappropriate to speak of waiver of a right which has not crystallized.

Issue 2

In view of my ruling on the first issue raised by this appeal, the question as to whether s.

devient complet et se concrétise dès lors que l'accusé fait son choix ou est réputé l'avoir fait. Le Parlement lui a imposé une exigence supplémentaire, savoir sa comparution et sa présence à son procès, à moins qu'il n'ait une excuse légitime pour ne pas y être. L'article 526.1 du *Code criminel* traite des modalités de l'exercice du droit à un procès avec jury et prévoit le mode de procès au cas où l'accusé n'exercerait pas son droit. Cet article est à la fois raisonnable et légitime, il sert un objectif législatif valable et, en imposant à l'accusé l'obligation de continuer à manifester l'intention de maintenir son premier choix, loin de porter atteinte au droit à un procès avec jury, il assure un plus grand respect de ce droit garanti par la *Charte* et la réalisation plus complète de son objet. Je conclus en conséquence que l'art. 526.1 n'est pas incompatible avec l'al. 11f) de la *Charte*.

b) La renonciation

Il a été décidé dans plusieurs affaires qu'un accusé qui, sans excuse raisonnable, ne comparait pas ou n'est pas présent à son procès avec jury, renonce au droit qui lui confère l'al. 11f). Les décisions qui ont adopté cette approche, et dont ma collègue le juge Wilson fait une revue assez détaillée, décident que l'accusé qui agit de la manière décrite à l'al. 526.1(1)a) rejette son droit d'être jugé par un juge et un jury et choisit de ce fait, ou doit être réputé avoir choisi, un autre mode de procès. (Voir: *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46 (B.R. Alb.); *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175 (C.S.C.-B.); *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107 (B.R. Alb.); *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27 (C.S.T.-N.D.P.I.))

J'estime cependant qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur ce point pour trancher le présent pourvoi. L'accusé qui ne comparait pas à la date fixée pour son procès avec jury n'a simplement pas exercé le droit que lui confère l'al. 11f) de la *Charte*. Il n'y a pas lieu de parler de renonciation dans le cas d'un droit qui ne s'est pas encore concrétisé.

La deuxième question

Vu ma décision sur la première question de ce pourvoi, celle de savoir si l'al. 526.1(1)a) peut être

526.1(1)(a) can be saved by s. 1 of the *Charter* is not reached and need not be dealt with. However, having had the benefit of reading my colleague Lamer J.'s reasons for finding that s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* is justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I would agree with him had I found that s. 526.1(1)(a) infringed the right to trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Charter*. I also add the following comment. In my opinion, the central purpose for the requirement of appearance and continued attendance of the accused at his trial is to enhance the respect of the accused and the public for such a trial. This requirement is the most directly related and proportionate means of achieving that purpose. The value of a right is to a large extent measured by that which attaches to it both in terms of requirements for its exercise and benefits to be derived from it. Appearance and continued attendance of an accused at his trial, barring a legitimate excuse for his failure to do so, is indeed a minimal requirement for his exercise of the right to a trial by jury.

#### Disposition

For the above-mentioned reasons, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the right to trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, then is s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Does not arise.

and I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed, WILSON and SOPINKA JJ. dissenting.*

*Solicitors and co-solicitors, respectively, for the appellant: Davis & Company, Vancouver, Warren & Company, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

justifié selon l'article premier de la *Charte* ne se pose pas et n'a pas à être examinée. Toutefois, j'ai eu l'avantage de lire les motifs qui ont amené mon collègue le juge Lamer à conclure que l'al. 526.1(1)(a) du *Code criminel* est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et j'aurais été d'accord avec lui sur ce point si j'avais conclu que l'al. 526.1(1)(a) portait atteinte au droit à un procès par jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte*. J'ajouterai aussi l'observation suivante. À mon avis, le but principal de l'obligation imposée à l'accusé de comparaître à son procès et d'y assister est d'assurer chez l'accusé et chez le public un plus grand respect pour ce procès. Cette exigence constitue le moyen le plus directement lié et le mieux proportionné à ce but. La valeur d'un droit tient dans une large mesure à ce qu'il comporte comme exigences pour son exercice et comme avantages. Comparaître à son procès et y assister jusqu'à la fin, sauf excuse légitime pour ne pas le faire, représente à vrai dire une exigence minimale de l'exercice par l'accusé de son droit à un procès avec jury.

#### Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. L'alinéa 526.1(1)(a) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à un procès par jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, l'al. 526.1(1)(a) du *Code criminel* est-il justifié au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, est-il compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Cette question ne se pose pas.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, les juges WILSON et SOPINKA sont dissidents.*

*Procureurs et coprocurateurs de l'appelant: Davis & Company, Vancouver, Warren & Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*



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

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

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

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

**Balbir Singh Buttar** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BUTTAR

File No.: 20006.

1989: November 10; 1989: December 21.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Arson and other fires — Elements of offence — Accused convicted of wilfully setting fire to material which was likely to cause a building to catch fire — Recklessness on the part of the accused — Whether s. 434(a) of the Criminal Code requires knowledge by the accused that the building was likely to catch fire.*

The accused was charged under s. 433 of the *Criminal Code* with wilfully setting fire to his house and, under s. 434(a), of wilfully setting fire to material which was likely to cause the house to catch fire. The evidence indicated that the accused started a fire in the fireplace. As was his practice, he used gasoline to light the fire. Some clothing lying near the hearth caught fire some time later, so he pushed it into the fireplace. To reduce the smoke, he poured gasoline on the clothing. At the time, the accused had consumed a considerable amount of alcohol. He then left the house leaving the fire unattended. The accused testified that he had no intention to burn his house but admitted that he might have spilled some gasoline on the carpet and left the screen of the fireplace open. He was acquitted on the first count but convicted on the second. The trial judge found that the accused was reckless when he burned such a large package of clothing in a relatively small fireplace, and concluded that the act of setting fire to the clothing in those circumstances was objectively likely to cause the building to catch fire. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction. The court held that, under s. 434(a) of the *Code*, the essential element of a guilty mind is satisfied by proof that the accused wilfully set fire to the thing, here the clothing or other material, which was likely to cause the building to catch fire. There was no argument at trial or in the Court of Appeal predicated on s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

**Balbir Singh Buttar** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. BUTTAR

N° du greffe: 20006.

1989: 10 novembre; 1989: 21 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

<sup>c</sup> *Droit criminel — Crime d'incendie et autres incendies — Éléments de l'infraction — Accusé déclaré coupable d'avoir volontairement mis le feu à une substance susceptible de faire prendre feu à un bâtiment — Insouciance de la part de l'accusé — L'article 434a) du*  
<sup>d</sup> *Code criminel exige-t-il la connaissance par l'accusé que le bâtiment était susceptible de prendre feu?*

L'accusé a été inculpé, en vertu de l'art. 433 du *Code criminel*, d'avoir volontairement mis le feu à sa maison et, en vertu de l'al. 434a), d'avoir volontairement mis le feu à une substance susceptible de faire prendre feu à la maison. La preuve indique que l'accusé a allumé un feu de foyer. Comme il avait l'habitude de le faire, il a utilisé de l'essence pour allumer le feu. Des vêtements qui reposaient près de l'âtre du foyer se sont enflammés quelque temps plus tard et il les a poussés dans le foyer. Pour diminuer la fumée, il a versé de l'essence sur ces vêtements. À ce moment, l'accusé avait consommé une quantité importante d'alcool. Il a alors quitté la maison, laissant le feu sans surveillance. L'accusé a témoigné qu'il n'avait pas eu l'intention d'incendier sa maison, mais il a admis qu'il se pourrait qu'il ait répandu de l'essence sur le tapis et qu'il n'ait pas fermé l'écran du foyer. Il a été acquitté relativement au premier chef d'accusation, mais déclaré coupable quant au second. Le juge du procès a estimé que l'accusé avait fait preuve d'insouciance en brûlant une si grande quantité de vêtements dans un foyer relativement petit et il a conclu que le fait de mettre le feu aux vêtements dans ces circonstances était objectivement susceptible de faire prendre feu au bâtiment. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité. La cour a conclu qu'aux termes de l'al. 434a) du *Code* l'élément essentiel de l'intention coupable est établi par la preuve que l'accusé a volontairement mis le feu à la chose, ici les vêtements ou une autre substance, qui était susceptible de faire prendre feu au bâtiment. Aucun argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a été avancé au procès ou en Cour d'appel.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier and Cory JJ.: On the facts of this case, the accused stands convicted on either test, objective, subjective, or a combination of both.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: For the reasons given by the majority of the Court of Appeal, the appeal should be dismissed.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 429, 434(a).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 28 C.C.C. (3d) 84, 52 C.R. (3d) 327, dismissing the accused's appeal from his conviction for wilfully setting a fire contrary to s. 434(a) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

*Blair T. MacDonell*, for the appellant.

*Elizabeth Bennett*, for the respondent.

The judgment of Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—This appeal comes to the Court as of right.

On the facts of this case, I am of the view that the accused stands convicted on either test, objective, subjective, or a combination of both. This can be seen from the findings of fact made by the trial judge.

With regard to the state of mind and the awareness of the consequences of the appellant, the trial judge found:

(1) Intoxication

On the evidence I am of the view:

- (1) That the accused due to his admitted daily consumption of alcohol had a great tolerance to alcohol.
- (2) That he had consumed a considerable amount on the date in question as is reflected by the breathalyzer tests.
- (3) His mind and actions were to an extent clouded by alcohol, but by his own evidence he recollects the events with some detail and I can only conclude

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier et Cory: Vu les faits de la présente affaire, l'accusé demeure coupable peu importe que l'on applique un critère objectif, subjectif ou une combinaison des deux.

*Les juges* L'Heureux-Dubé et McLachlin: Pour les raisons données par la Cour d'appel à la majorité, le pourvoi est rejeté.

#### b Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 429, 434a).

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 28 C.C.C. (3d) 84, 52 C.R. (3d) 327, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'avoir volontairement mis le feu contrairement à l'al. 434a) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

*Blair T. MacDonell*, pour l'appellant.

*Elizabeth Bennett*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Ce pourvoi est formé devant la Cour de plein droit.

Vu les faits de la présente affaire, je suis d'avis que l'accusé demeure coupable peu importe que l'on applique un critère objectif, subjectif ou une combinaison des deux. Cela ressort des conclusions de fait du juge du procès.

En ce qui concerne l'état d'esprit de l'appellant et sa connaissance des conséquences, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] (1) Intoxication

Vu la preuve, je suis d'avis:

- (1) Que l'accusé en raison de la quantité d'alcool qu'il reconnaît consommer quotidiennement a une très grande tolérance à l'alcool.
- (2) Qu'il avait consommé une quantité importante d'alcool à la date en question comme l'indiquent les alcootests.
- (3) Son esprit et ses actes étaient dans une certaine mesure brouillés par l'alcool, mais de son propre aveu il se rappelle les événements avec une cer-

that he had an operating mind on the date in question. In other words, he was not so intoxicated that he did not know what he was doing. He had sufficient ability to perceive what he was doing and the consequences which might follow.

The trial judge stated:

... I find that Mr. Buttar was reckless in that he burned such a large package of clothing in a relatively small fireplace. When one looks at the photographs this is clearly observable in photograph ten. In any normal sense a package of clothing of that size, if not placed securely in the fireplace, would fall out.

There is also evidence that Mr. Buttar admitted that he probably did not close the screen. He left the fire unattended. He poured gasoline on the clothing. And, he also spilled gasoline on the carpet.

If these acts are taken together I'm satisfied they fit within the definition of wilfulness. That is, there was such reckless acts done even though there might not have been a bad motive.

As there has been no constitutional challenge to s. 429 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and as there was no argument below predicated on s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but only Lambert J.A.'s reference to that section, I am of the view this is not the proper case to articulate principles of law and, accordingly, I would dismiss the appeal without further reasons.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I would dismiss the appeal for the reasons given by Esson J.A., with the caveat that I should not be taken as having decided what the result should be had s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* been put in issue or argued.

taine précision et je ne puis que conclure qu'il était conscient de ce qu'il faisait à la date en question. En d'autres termes, il n'était pas intoxiqué au point d'ignorer ce qu'il faisait. Il était suffisamment capable de réaliser ce qu'il faisait et les conséquences qui pourraient s'ensuivre.

Le juge du procès a affirmé:

[TRADUCTION] ... j'estime que M. Buttar a fait preuve d'insouciance en brûlant une si grande quantité de vêtements dans un foyer relativement petit. Si l'on regarde les photographies, cela se voit clairement à la photographie numéro 10. Normalement, une telle quantité de vêtements tomberait en dehors du foyer si elle est mal placée.

Il est également en preuve que M. Buttar a admis n'avoir probablement pas fermé l'écran du foyer. Il n'a pas surveillé le feu. Il a versé de l'essence sur les vêtements. Et il a également répandu de l'essence sur le tapis.

Si ces actes sont pris ensemble, je suis convaincu qu'ils répondent à la définition du caractère volontaire. C'est-à-dire que ces actes insoucians ont été commis même s'il se peut qu'il n'y ait eu aucune mauvaise intention.

Puisqu'il n'y a eu aucune contestation constitutionnelle de l'art. 429 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, et puisque aucun argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a été avancé devant les tribunaux d'instance inférieure, mais que seul a fait mention de cet article le juge Lambert de la Cour d'appel, je suis d'avis que cette affaire ne se prête pas à la formulation de principes de droit et, par conséquent, de rejeter le pourvoi sans plus.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les raisons données par le juge Esson de la Cour d'appel, en prenant soin de souligner toutefois que je ne voudrais pas que l'on considère que j'ai décidé quel devrait être le résultat si l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été invoqué ou plaidé.

*Appeal dismissed.*

*Pourvoi rejeté.*

*Solicitors for the appellant: Johnstone & Company, Prince Rupert.*

*Procureurs de l'appellant: Johnstone & Company, Prince Rupert.*

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

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

# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Boards and tribunals – Jurisdiction – Continuation of original proceedings – *Functus officio* – Inquiry into the practices of a firm of architects – Board conducting a valid hearing but issuing *ultra vires* findings and orders – Board's findings and orders quashed – Board failing to consider whether it should make recommendations as required by legislation – Whether Board empowered to continue original proceedings – Architects Act, R.S.A. 1980, c. A-44.1, s. 39(3) – Alberta Regulation, 175/83, s. 11(1).

CHANDLER V. ALBERTA ASSOCIATION OF ARCHITECTS, 848.

2. Judicial review – Jurisdiction – Curial deference – Court overturning decision of labour tribunal on judicial review – Determination of jurisdiction of court on judicial review to overturn labour tribunal – Jurisdiction infringed if error in interpreting jurisdictional provisions or if decision patently unreasonable – Whether or not labour tribunal erred in interpreting jurisdictional provisions – Whether or not patently unreasonable error in performance of board's function – Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 27, 33.

CAIMAW V. PACCAR OF CANADA LTD., 983.

## APPEALS

Standing – Administrative tribunals – Whether or not tribunals have standing in appeals from their own decisions.

CAIMAW V. PACCAR OF CANADA LTD., 983.

## BANKRUPTCY

Priority – Statutorily created trust for tax collected – Tax collected commingled with bankrupt's assets – All assets applied to reduce bank's indebtedness – Whether or not province should be given priority over other creditors because of statutorily created trust – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47(a), 107(1)(j) – Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 388, s. 18.

BRITISH COLUMBIA V. HENFREY SAMSON BELAIR LTD., 24.

## CIVIL LAW

Legal status of unborn child – Father of unborn child obtaining an injunction to prevent mother from having an abortion – Whether foetus recognized as a juridical person under the Civil Code – Civil Code of Lower Canada, arts. 18, 338, 345, 608, 771, 838, 945, 2543.

TREMBLAY V. DAIGLE, 530.

## CIVIL PROCEDURE

Pleadings – Amendments – Whether Court of Appeal erred in permitting pleadings to be amended.

OREGON JACK CREEK INDIAN BAND V. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO., 1069.

## CIVIL RESPONSIBILITY

Manufacturer – Causation – Child injured by farm equipment – Action for damages against manufacturer – Causal link broken between acts allegedly committed by manufacturer and accident involving child – Action dismissed – Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

DALLAIRE V. PAUL-ÉMILE MARTEL INC., 419.

## CIVIL RIGHTS

1. Provincial human rights legislation – Right to life – Father of unborn child obtaining an injunction to prevent mother from having an abortion – Whether foetus a "human being" under the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms – Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1, 2.

TREMBLAY V. DAIGLE, 530.

2. Mandatory retirement – Alleged discrimination on the basis of age – Defence of bona fide occupational qualification – Chief Fire Inspection Officer retired pursuant to mandatory retirement clause in labour contract – Whether or not Chief Fire Inspection Officer a fire fighter – Whether or not "reasonable" occupational qualification importing same test as "bona fide" occupational qualification – Whether or not failure to consider efficacy of individual testing error of law – Whether or not Union violated s. 18 of the Code – The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16(1), (4), (7), 18, 32 – Saskatchewan Regulation 216/79, s. 1(a), (b) – City By-law 5585, s. 5.1.

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. SASKATOON (CITY), 1297.

3. Mandatory retirement – Labour contract providing for mandatory retirement for fire fighters – Alleged discrimination on the basis of age – Defence of bona fide occupational qualification – Fire fighter retired – Whether or not City had established "reasonable" occupational qualification defence – The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(7).

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. MOOSE JAW (CITY), 1317.

**COMMERCIAL LAW**

1. Confidentiality – Mining companies discussing possible joint venture – Confidential exploration results disclosed during discussions – High potential property adjacent to lands of exploration company – Mining company in receipt of information purchasing property for own use – Whether or not company in breach of duty respecting confidences – Whether or not company in breach of fiduciary duty – If so, the appropriate remedy.

LAC MINERALS LTD. v. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Role of the courts – Judicial review of federal auditing process – Dispute between Parliament and Auditor General – Auditor General denied access to Crown corporation's records and to Cabinet documents relating to the purchase of an oil company – Whether the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information – Whether courts proper remedial forum – Whether reporting remedy only remedy available to Auditor General when his right of access to information is denied – Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, ss. 7(1)(b), 13(1).

CANADA (AUDITOR GENERAL) v. CANADA (MINISTER OF ENERGY, MINES AND RESOURCES), 49.

2. Charter of Rights – Right to counsel – Accused informed of her right to counsel upon arrest on a charge of attempted murder and exercising her right – Charge later changed to first degree murder – Accused unable to contact her lawyer a second time and refusing to call another lawyer – No urgency for interrogation – Accused making inculpatory statement – Evidence indicating accused intoxicated and emotionally distraught at the time of the statement – Whether accused fully exercised her right to counsel – Whether accused given a reasonable opportunity to retain and instruct counsel – Whether accused waived her right to counsel – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. BLACK, 138.

3. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Accused's right to counsel infringed – Accused making inculpatory statement – Derivative evidence obtained as a direct result of the statement – Whether statement and derivative evidence should be excluded – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. BLACK, 138.

4. Division of powers – Interprovincial work or undertaking – Provincial telecommunications system – Physical equipment and subscribers located within province – Member of unincorporated group providing national and international service – Agreements subject to federal regulation – Whether or not work or undertaking within federal jurisdiction – If so, whether or not agent of provincial Crown bound by federal regulatory provisions – Constitution Act, 1867, ss. 91(29),

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

92(10)(a) – Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, c. A-23, ss. 1(c), (d), 4, 42(1) – Public Utilities Board Act, R.S.A. 1980, c. P-37, ss. 1(j), 70(1)(c) – Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 5, 320(1), (11), (12).

ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES v. CANADA (CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION), 225.

5. Division of powers – Interprovincial work or undertaking – Labour relations – Provincial telecommunications system found to be interprovincial undertaking under federal jurisdiction – Whether or not employees of system subject to regulatory jurisdiction of Canada Labour Relations Board – Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a) – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 108, 109(1), (2), (3), (4), 124.

IBEW v. ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES, 318.

6. Charter of Rights – Charter litigation – Factual basis – Declaration sought without factual basis on which to decide issue – Whether or not Charter issues should be decided in absence of factual basis.

MACKEY v. MANITOBA, 357.

7. Charter of Rights – Freedom of expression – Act providing for payment of portion of election expenses if candidates and parties received fixed proportion of votes – Whether or not Act infringing freedom of expression – The Elections Finances Act, S.M. 1982-83-84, c. 45 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

MACKEY v. MANITOBA, 357.

8. Charter of Rights – Right to counsel – Accused informed of his right to counsel but declined to call his lawyer in the evening – Accused indicating his desire to remain silent during questioning until he saw his lawyer in the morning – Accused making statement “off the record” – Whether accused given reasonable opportunity to contact counsel – Whether accused's right to counsel infringed – If so, whether statement should be excluded – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. SMITH, 368.

9. Charter of Rights – Application – Injunction – Father of unborn child seeking an injunction to prevent mother from having an abortion – No state action involved – Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked to support the injunction.

TREMBLAY v. DAIGLE, 530.

10. Judiciary – Judicial privilege – Inquiry into Reference by Court of Appeal – Commissioners ordering justices sitting on Reference to attend – Questions relating to composition of panel on Reference, materials before the Court on the Reference, and how the Court came to its conclusions – Whether or not justices can be compelled to testify under Public Inquiries Act – Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, c. 250, ss. 3, 4.

MACKEIGAN v. HICKMAN, 796.

11. Provincial Royal Commission of Inquiry – Commission investigating matters related to murder and wrongful conviction

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

for murder – Commission about to examine Reference by Court of Appeal which quashed wrongful conviction – Whether or not inquiry into Reference *ultra vires* the province as a matter of criminal law exclusively within federal competence – Constitution Act, 1867, s. 91(27).

MACKEIGAN v. HICKMAN, 796.

12. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Robbery – Trial judge excluding from evidence the money seized from the accused and the statement made by him to the police – Whether trial judge erred in excluding the evidence – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.

R. v. SZLOVAK, 1114.

13. Charter of Rights – Trial within a reasonable time – Eighteen-month delay between arrest and commencement of trial – Whether accused's right to be tried within a reasonable time infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. STENSRUD, 1115.

14. Charter of Rights – Court of competent jurisdiction – Superior court – Fifteen-month delay between the laying of the charge and the date set for the commencement of the preliminary inquiry – Accused alleging a violation of his Charter right to be tried within a reasonable time – Application for an order to stay the proceedings made before a superior court judge prior to the preliminary inquiry – Whether superior court should have declined to exercise jurisdiction to decide the application – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.

R. v. SMITH, 1120.

15. Charter of Rights – Trial within a reasonable time – Fifteen-month delay between the laying of the charge and the date set for the commencement of the preliminary inquiry – Whether accused's right to be tried within a reasonable time infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. SMITH, 1120.

16. Charter of Rights – Reasonableness of search – Right to counsel – Admissibility of evidence if obtained in circumstances in violation of Charter rights – Appellant frisked in warrantless drug search – Search ordered following tip from reliable informant – Drugs found and appellant arrested – Appellant informed of his Charter rights, including right to counsel, on arrest – Whether or not search reasonable – Whether or not right to counsel infringed – Whether or not real evidence obtained in search should be excluded from evidence – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2) – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(1)(a), (b).

R. v. DEBOT, 1140.

17. Charter of Rights – Freedom of expression – Freedom of the press – Open court process – Reports of judicial proceedings – Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions – Whether legislation violates s. 2(b)

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter – Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

EDMONTON JOURNAL v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 1326.

18. Charter of Rights – Equality before the law – Reports of judicial proceedings – Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions – Whether legislation violates s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter – Whether s. 15 applicable to corporations – Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

EDMONTON JOURNAL v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 1326.

19. Charter of Rights – Right to trial by judge and jury (s. 11(f)) – Charter right limited by stipulation that the maximum sentence for crime be at least five years' imprisonment – Criminal Code (s. 526.1) removing right to jury on subsequent trial if accused failing to appear without legitimate reason – Accused charged with offence carrying maximum penalty of life imprisonment – Trial by judge and jury elected but accused failing to appear – Jury trial denied – Whether or not s. 526.1 of the Criminal Code infringing on s. 11(f) of the Charter – If so, whether or not infringement justified – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(f) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 526.1.

R. v. LEE, 1384.

**CONTRACTS**

Employment contract – Mandate – Breach of employee's obligation of honesty and loyalty toward his employer – Trader employed by bank to purchase and sell foreign currencies – Trader making transactions for his own benefit using bank's funds and making transactions on behalf of bank's clients but requesting secret commission – Whether bank may recover profits made by trader – Whether trader considered a mandatar of the bank – Civil Code of Lower Canada, arts. 411, 1713.

BANK OF MONTREAL v. KUET LEONG NG, 429.

**COURTS**

1. Practice – Motion for a rehearing of appeal – Applicants asking for a rehearing on the basis that the Supreme Court of Canada's decision was rendered per incuriam – Motion dismissed.

GREATER MONTREAL PROTESTANT SCHOOL BOARD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 167.

2. Appeal – Appellate court setting aside acquittal and entering conviction – Intoxication giving rise to question as to ability to form requisite intent – Whether or not elements of



**COURTS—Concluded**

offence made out – Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial.

R. v. CASSIDY, 345.

3. Judicial privilege – Inquiry into Reference by Court of Appeal – Commissioners ordering justices sitting on Reference to attend – Questions relating to composition of panel on Reference, materials before the Court on the Reference, and how the Court came to its conclusions – Whether or not justices can be compelled to testify under Public Inquiries Act.

MACKEIGAN v. HICKMAN, 796.

4. Jurisdiction – Federal Court of Appeal – Judicial review – Canadian Human Rights Commission dismissing complaint of discrimination pursuant to s. 36(3) of the Canadian Human Rights Act – Whether Commission's decision under s. 36(3) required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis – If so, whether the Commission committed a reviewable error – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 – Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 11, 36(3).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE v. CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION), 879.

5. Jurisdiction – Martial Court – Drug offences – Serviceman found in possession of cocaine outside the base – Serviceman off duty and in civilian dress at the time of the offence – Whether military tribunal had jurisdiction to try the serviceman for possession of a narcotic – National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120 – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 3(1).

R. v. IONSON, 1073.

**CRIMINAL LAW**

1. Jurisdiction – Appellate court – Kienapple principle – Incest and sexual assault – Accused found guilty on both charges but conviction on lesser charge not entered – Accused acquitted of incest on appeal – Whether or not Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction on lesser charge even though the Crown had not appealed – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 150(1), 246.1, 613(2), (3), (8), 623(1).

R. v. PROVO, 3.

2. Evidence – Similar fact evidence – Sexual assault – Accused convicted of sexually assaulting his daughter – Whether evidence of alleged prior acts of sexual misconduct by the accused against his daughter admissible.

R. v. D. (L.E.), 111.

3. Sexual assault – Charge to jury – Similar fact evidence admitted at trial – Whether trial judge properly instructed the jury as to the limited purpose for which such evidence could be used – Whether trial judge's charge adequate.

R. v. D. (L.E.), 111.

**CRIMINAL LAW—Continued**

4. Possession of weapon for a purpose dangerous to public peace – Accused intoxicated when ordering police from home with shotgun – Appellate court setting aside acquittal and entering conviction – Whether or not elements of offence made out – Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 613(4)(a), (b)(i), (ii).

R. v. CASSIDY, 345.

5. Appeals – Error of law at trial – Provision for upholding of conviction if no substantial wrong or miscarriage of justice – Appellants convicted of charges arising out of a robbery and a break and enter – Error with respect to admission of evidence as to identity of accused – Remaining evidence circumstantial – Convictions upheld on appeal – Whether or not Court of Appeal erred in upholding convictions – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

R. v. LEANEY, 393.

6. Young offenders – Transfer to ordinary court – Requirements – Young offender just under 18 years of age charged with first degree murder – Crown's application for transfer to ordinary court dismissed by Youth Court judge – Youth Court's decision affirmed by Court of Queen's Bench but reversed by Court of Appeal – Nature of burden on the Crown for transfer to ordinary court – Nature of review on appeal – Test for transfer – Whether Court of Appeal erred in ordering youth to be transferred to ordinary court – Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 16.

R. v. M. (S.H.), 446.

7. Young offenders – Transfer to ordinary court – Requirements – Young offender charged with first degree murder – Crown's application for transfer to ordinary court dismissed by Youth Court judge – Youth Court's decision affirmed by Court of Queen's Bench but reversed by Court of Appeal – Nature of burden on the Crown for transfer to ordinary court – Nature of review on appeal – Test for transfer – Whether Court of Appeal erred in ordering youth to be transferred to ordinary court – Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 16.

R. v. L. (J.E.), 510.

8. Appeal as of right – Accused convicted of indecent assault – Dissent in the Court of Appeal not on a question of law – Appeal quashed.

R. v. D. (G.C.), 878.

9. Mens rea – Wilful non-compliance with probation order – Failure to keep the peace and to be of good behaviour – Charge arising because of conviction of having care and control of vehicle while impaired – Accused believing vehicle could not be started – Whether s. 666(1) an offence requiring its own mens rea or one automatically following conviction for any Criminal Code offence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 19, 236(1), 663(2), 666(1), 722(1).

R. v. DOCHERTY, 941.

**CRIMINAL LAW—Concluded**

10. Directed verdict – Manslaughter – Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.

R. v. HARE, 1065.

11. Mens rea – First degree murder – Serious bodily harm known to be likely to cause death and reckless as to whether death ensues – Whether or not planning and deliberation required for first degree murder incompatible with mens rea for murder through infliction of serious bodily harm causing death – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a)(ii), 214(2).

R. v. NYGAARD, 1074.

12. Directed verdict – Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.

R. v. HALL, 1117.

13. Charge to jury – Burden of proof – Possession of narcotics for the purpose of trafficking and trafficking in narcotics – Whether trial judge misdirected jury as to burden of proof.

R. v. SARVARIA, 1118.

14. Searches – Appellant frisked in warrantless drug search – Search ordered following tip from reliable informant – Search permissible if reasonable belief that offence was committed – Whether or not police had reasonable and probable grounds to believe offence committed – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(1)(a), (b).

R. v. DEBOT, 1140.

15. Obstructing justice – Accused wilfully counselling a witness to give false testimony in a pending trial – False evidence proposed could not affect the outcome of the trial – Whether accused committed the offence of attempting to obstruct justice – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 127(2).

R. v. HEARN, 1180.

16. Arson and other fires – Elements of offence – Accused convicted of wilfully setting fire to material which was likely to cause a building to catch fire – Recklessness on the part of the accused – Whether s. 434(a) of the Criminal Code requires knowledge by the accused that the building was likely to catch fire.

R. v. BUTTAR, 1429.

**CROWN**

1. Auditor General – Access to information – Auditor General seeking to obtain access to Crown corporation's records and to Cabinet documents relating to the purchase of an oil company – Whether the Auditor General has a judicially-enforceable right of access to information – Whether reporting remedy only remedy available to Auditor General when his right of access to information denied – Auditor General Act, S.C. 1976-77, c. 34, ss. 7(1)(b), 13(1).

CANADA (AUDITOR GENERAL) v. CANADA (MINISTER OF ENERGY, MINES AND RESOURCES), 49.

**CROWN—Concluded**

2. Immunity – Civil action – Malicious prosecution – Whether Crown, Attorney General and Crown Attorneys are immune from suit for malicious prosecution – Whether a ruling on the issue of prosecutorial immunity should be made on an appeal of a preliminary motion – Proceedings against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(6) – Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rule 126.

NELLES v. ONTARIO, 170. ¶ta;IND90967 102 :022

3. Immunity – Agent of provincial Crown operating provincial telecommunications system – If system otherwise subject to federal regulation, whether or not provincial Crown bound by federal regulatory provisions – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 16, 28.

ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES v. CANADA (CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION), 225.

4. Immunity – Agent of provincial Crown operating inter-provincial telecommunications system – Whether or not employees of provincial Crown agent subject to Canada Labour Relations Board – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

IBEW v. ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES, 318.

**EVIDENCE**

1. Admissibility – Criminal negligence in the operation of a motor vehicle causing death – Blood sample obtained by police – Whether blood test admissible in evidence – Whether jury was misdirected on the issue of causation.

R. v. PINSKE, 979.

2. Admissibility – Wiretaps – Cross-examination as to credibility of witness – Witness' statements incompatible with statements in intercepted communication – Criminal Code provisions respecting admissibility not met – Whether or not reversible error made by trial judge – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.16, 613(1)(b)(iii).

R. v. NYGAARD, 1074.

**INDUSTRIAL AND INTELLECTUAL PROPERTY**

Trade secrets – Confidentiality – Mining companies discussing possible joint venture – Confidential exploration results disclosed during discussions – High potential property adjacent to lands of exploration company – Mining company in receipt of information purchasing property for own use – Whether or not company in breach of duty respecting confidences – If so, the appropriate remedy.

LAC MINERALS LTD. v. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.

**INJUNCTION**

Injunction against abortion – Foetal rights – Father's rights – Unmarried woman seeking abortion – Father of unborn child granted an interlocutory injunction to stop abortion – Whether injunction should have been granted – Whether foetus has a right to life under Quebec legislation – Whether potential father has a right to veto the mother's decision to have an abortion – Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 752.

TREMBLAY v. DAIGLE, 530.

---

**INSURANCE**

1. Surety bond – Notice of claim given after expiry of notice period stipulated in bond – Insurance Act providing for relief – Whether relief confined to statutory conditions or extended to contractual provisions – If applicable to contractual conditions, whether failure to give notice within the time prescribed by the bond constituting "imperfect compliance" or "non-compliance" – The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, s. 109.

FALK BROS. INDUSTRIES LTD. v. ELANCE STEEL FABRICATING CO., 778.

2. Fire insurance – Subject-matter of insurance changed – Building destroyed by fire which started in apartment leased and used as meeting-place – Insured property described in policy as premises "occupied solely as private dwelling" – Use of insured premises changed without knowledge of insurer – Whether insurer justified in refusing to compensate insured – Distinction between aggravation and exclusion of risk – Civil Code of Lower Canada, arts. 2488, 2500, 2566.

LEJEUNE v. CUMIS INSURANCE SOCIETY INC., 1048.

---

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Judgment varied – Interest – Prejudgment and postjudgment interest awarded.

CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. v. BRITISH COLUMBIA (RE-HEARING), 1067.

---

**JURISDICTION**

Royal Commission – Order in Council permitting Commissioners to inquire into and report on "such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry" – Commissioners ruling that questions as to cabinet discussions but not as to opinions of individual cabinet members relevant to their inquiry – Whether or not Commission properly exercised its jurisdiction.

NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) v. NOVA SCOTIA (ROYAL COMMISSION INTO MARSHALL PROSECUTION), 788.

**LABOUR RELATIONS**

Seniority – Return to bargaining unit – Motion for declaratory judgment to determine seniority rights of certain employees – Collective agreement in effect at time employees returned to bargaining unit less generous than that in effect when promoted – Whether seniority rights of employees governed by new collective agreement – Whether Superior Court has jurisdiction to determine employees' seniority rights – Distinction between applicability and application of collective agreement – Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(f), 65, 66, 67, 100, 139.

HÉMOND v. COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DU QUÉBEC, 962.

---

**MARITIME LAW**

Agency – Contract for stevedoring services entered into by agent in Quebec – Agent of unnamed or partially disclosed principal – Agent indicating to other party that acting as agent only – Whether agent contracted personally or solely in the capacity of agent – Whether common law or civil law principles should be applied – Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22(2)(m).

Q.N.S. PAPER CO. v. CHARTWELL SHIPPING LTD., 683.

---

**PRACTICE**

1. Application to intervene – Applicant contesting constitutionality of similar provisions in another province – Attorney General of that province intervening as of right – Factors to be considered in according individual right to intervene – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 55(4) – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 18(3)(a), (c) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 – Constitution Act, 1982, s. 52(2) – Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, c. 48, ss. 32, 34 – Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437, ss. 10, 11.

REFERENCE RE WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983 (NFLD.) (APPLICATION TO INTERVENE), 335.

2. Motion for extension of time for filing application for leave to appeal – Delay due to various factors including negotiations for settlement – Counsel for principal defendants informed of intention to appeal if negotiations unsuccessful – Case dependant on leave from Court and extension of time sought only so application for leave could be filed – Applicant should not be deprived of right to refer the question to Supreme Court of Canada solely because of additional delay – Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 58, 59(1).

NEVEU v. CÔTÉ ESTATE (MOTION), 342.

3. Application to vary a judgment – Settlement as between Arthur D. Little and Newman, MacLean & Associates at the outset of the hearing of the appeal – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, ss. 5, 50(1), (2).

ARTHUR D. LITTLE INC. v. COOPERS & LYBRAND (APPLICATION), 981.

**PRACTICE—Concluded**

4. Constitutional questions – Statement – Refusal by Court to state two constitutional questions – Questions not in accordance with Rule 32 of the Rules of the Supreme Court of Canada.

TÉTREAUULT-GADOURY V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (MOTION), 1110.

---

**PRESCRIPTION**

Interruption – Joint and several debtors – Child injured by farm equipment – Action for damages brought against owner of equipment within prescription period – Manufacturer of equipment joined to action as defendant after prescription period expired – Out-of-court settlement between plaintiff and owner – Whether out-of-court settlement eliminated interruption of prescription caused by filing of action against other joint and several codebtors – Civil Code of Lower Canada, arts. 2224, 2231, 2262(2).

DALLAIRE V. PAUL-ÉMILE MARTEL INC., 419.

---

**REMEDIES**

Unjust enrichment – Restitution – Constructive trust – Nature of constructive trust – When constructive trust available.

LAC MINERALS LTD. V. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.

---

**TORTS**

1. Damages – Structured settlements – Lump sum payment or periodic payment – Grossing up to compensate for effect of taxation on award for future care – Whether Court of Appeal erred in substituting periodic payments for a lump sum judgment – Whether allowance should be made for the effect of taxation in calculating the cost of future care – Whether Court of Appeal erred in reducing the amount allowed by the trial judge for cost of future care – Whether the Court of Appeal erred in reducing the award for lost earning capacity, past and future.

WATKINS V. OLAFSON, 750.

**TORTS—Concluded**

2. Damages – Award for future care – Taxation – Impact of taxation may be taken into account in calculating amount of award for future care.

SCARFF V. WILSON, 776.

3. Nuisance – Public body – Defence of statutory authority – Basement flooded when sewer blocked – Installation and operation of sewer sanctioned by statute – Whether or not municipality liable for damages in nuisance – The Municipalities Act, S.N. 1979, c. 33, s. 154(1), (2), (3).

TOCK V. ST. JOHN'S METROPOLITAN AREA BOARD, 1181.

4. Liability – Government – Policy decision or operational decision – Boulder crashing onto car on highway – System in place for inspection and remedial work on rock slopes – Whether or not parties in relationship of sufficient proximity to warrant imposition of duty of care – If so, whether policy decision to which liability does not attach or operation decision to which liability would attach – Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167, ss. 8, 14 – Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86, ss. 2, 3.

JUST V. BRITISH COLUMBIA, 1228.

5. Negligence – Municipality – Duty of care – Building permit issued notwithstanding flawed design – Owners and contractors failing to inform municipality that project at point where inspection required – Whether or not duty of care on part of municipality to owners – Whether or not municipality absolved of responsibility because of owners' failure to inform.

ROTHFIELD V. MANOLAKOS, 1259.

---

**TRUSTS AND TRUSTEES**

Fiduciary duty – Trade secrets – Confidentiality – Mining companies discussing possible joint venture – Confidential exploration results disclosed during discussions – High potential property adjacent to lands of exploration company – Mining company in receipt of information purchasing property for own use – Whether or not company in breach of fiduciary duty – If so, the appropriate remedy.

LAC MINERALS LTD. V. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.



# INDEX

## APPELS

Qualité pour agir – Tribunaux administratifs – Les tribunaux administratifs ont-ils qualité pour agir dans les appels interjetés contre leurs propres décisions?

CAIMAW C. PACCAR OF CANADA LTD., 983.

---

## ASSURANCE

1. Cautionnement de sûreté – Avis de réclamation donné après l'expiration du délai fixé pour le faire par le cautionnement – Levée de déchéance prévue dans l'Insurance Act – Levée de déchéance se limitant aux conditions légales ou s'appliquant aussi aux conditions contractuelles? – Si la levée s'applique aux conditions contractuelles, l'omission de donner l'avis dans le délai fixé par le cautionnement constitue-t-elle une «exécution imparfaite» ou une «inexécution»? – The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, chap. S-26, art. 109.

FALK BROS. INDUSTRIES LTD. C. ELANCE STEEL FABRICATING CO., 778.

2. Assurance-incendie – Changement d'objet de l'assurance – Immeuble détruit par un incendie qui a débuté dans un appartement loué et utilisé comme local de réunions – Biens assurés décrits dans la police comme des locaux «occupés seulement comme maisons d'habitation privées» – Changement d'utilisation des lieux assurés à l'insu de l'assureur – L'assureur est-il justifié de refuser d'indemniser l'assuré? – Distinction entre aggravation et exclusion du risque – Code civil du Bas-Canada, art. 2488, 2500, 2566.

LEJEUNE C. CUMIS INSURANCE SOCIETY INC., 1048.

---

## COMPÉTENCE

Commission royale – Décret permettant aux commissaires d'enquêter et de faire rapport sur «d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête» – Décision par les commissaires que les questions concernant les délibérations du cabinet étaient pertinentes aux fins de leur enquête, mais non celles concernant les opinions de membres individuels du cabinet – La Commission a-t-elle exercé régulièrement sa compétence?

NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCURER GÉNÉRAL) C. NOUVELLE-ÉCOSSE (ROYAL COMMISSION INTO MARSHALL PROSECUTION), 788.

---

## CONTRATS

Contrat de travail – Mandat – Manquement à l'obligation d'honnêteté et de loyauté de l'employé envers son employeur –

## CONTRATS—Fin

Cambiste au service de la banque pour acheter et vendre des devises étrangères – Le cambiste a effectué des opérations pour son propre profit en utilisant les fonds de la banque, ainsi que des opérations pour des clients de la banque moyennant des commissions secrètes – La banque peut-elle recouvrer les profits réalisés par le cambiste? – Le cambiste est-il considéré mandataire de la banque? – Code civil du Bas-Canada, art. 411, 1713.

BANQUE DE MONTRÉAL C. KUET LEONG NG, 429.

---

## COURONNE

1. Vérificateur général – Accès à l'information – Le vérificateur général cherche à obtenir accès aux dossiers d'une société d'État et aux documents du Cabinet relatifs à l'acquisition d'une société pétrolière – Le vérificateur général a-t-il un droit d'accès à l'information qu'il peut faire valoir devant les tribunaux? – Le rapport à la Chambre des communes est-il le seul recours dont dispose le vérificateur général lorsque son droit d'accès à l'information lui est nié? – Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, chap. 34, art. 7(1)b), 13(1).

CANADA (VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL) C. CANADA (MINISTRE DE L'ÉNERGIE, DES MINES ET DES RESSOURCES), 49.

2. Immunité – Action civile – Poursuites abusives – La Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient-ils d'une immunité contre les actions pour poursuites abusives? – Convient-il de statuer sur la question de l'immunité du poursuivant dans le cadre d'un appel relatif à une requête préliminaire? – Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 5(6) – Rules of Practice and Procedure, R.R.O 1980, Reg. 540, règle 126.

NELLES C. ONTARIO, 170.

3. Immunité – Mandataire de la Couronne provinciale exploitant un système provincial de télécommunications – Si le système est assujéti à la réglementation fédérale, la Couronne provinciale est-elle soumise aux dispositions fédérales de réglementation? – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16, 28.

ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES), 225.

4. Immunité – Mandataire de la Couronne provinciale exploitant un système interprovincial de télécommunications – Les employés de la mandataire de la Couronne provinciale sont-ils assujéti au Code canadien du travail? – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

FIOE C. ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES, 318.

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Commissions et tribunaux administratifs – Compétence – Continuation des procédures initiales – *Functus officio* – Enquête sur les pratiques d'un cabinet d'architectes – La Commission a tenu une audience valide mais a formulé des conclusions et des ordonnances *ultra vires* – Annulation des conclusions et ordonnances de la Commission – La Commission a omis de se demander si elle devait faire des recommandations comme l'exige la loi – La Commission a-t-elle le pouvoir de continuer les procédures initiales? – Architects Act, R.S.A. 1980, chap. A-44.1, art. 39(3) – Alberta Regulation, 175/83, art. 11(1).

CHANDLER C. ALBERTA ASSOCIATION OF ARCHITECTS, 848.

2. Contrôle judiciaire – Compétence – Retenue judiciaire – Décision d'un tribunal du travail écartée lors d'un contrôle judiciaire – Détermination de la compétence d'une cour de justice pour écarter lors d'un contrôle judiciaire une décision d'un tribunal du travail – Erreur de compétence quand il y a mauvaise interprétation des dispositions attributives de compétence ou quand la décision est manifestement déraisonnable – Le tribunal du travail a-t-il interprété de manière erronée les dispositions attributives de compétence? – Y a-t-il eu erreur manifestement déraisonnable dans l'exercice de la fonction de la commission? – Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 27, 33.

CAIMAW C. PACCAR OF CANADA LTD., 983.

## DROIT CIVIL

Statut juridique de l'enfant non encore né – Le père d'un enfant non encore né obtient une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter – Le Code civil reconnaît-il au fœtus la personnalité juridique? – Code civil du Bas Canada, art. 18, 338, 345, 608, 771, 838, 945, 2543.

TREMBLAY C. DAIGLE, 530.

## DROIT COMMERCIAL

Renseignements confidentiels – Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe – Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions – Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration – La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage – La compagnie a-t-elle violé une obligation fondée sur des rapports de confiance? – La compagnie a-t-elle violé une obligation fiduciaire? – Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

LAC MINERALS LTD. C. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Rôle des tribunaux – Contrôle judiciaire du processus de vérification fédérale – Différend entre le Parlement et le vérificateur général – Accès aux dossiers d'une société d'État et aux documents du Cabinet relatifs à l'acquisition d'une société pétrolière refusé au vérificateur général – Le vérificateur général a-t-il un droit d'accès à l'information qu'il peut faire valoir devant les tribunaux? – Les cours de justice sont-elles une tribune appropriée? – Le rapport à la Chambre des communes est-il le seul recours dont dispose le vérificateur général lorsque son droit d'accès à l'information lui est nié? – Loi sur le vérificateur général, S.C. 1976-77, chap. 34, art. 7(1)b), 13(1).

CANADA (VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL) C. CANADA (MINISTRE DE L'ÉNERGIE, DES MINES ET DES RESSOURCES), 49.

2. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Accusée avisée de son droit à l'assistance d'un avocat dès son arrestation sur inculpation de tentative de meurtre et exercice de ce droit par l'accusée – Changement subséquent de l'accusation pour celle de meurtre au premier degré – Impossibilité pour l'accusée de communiquer une deuxième fois avec l'avocat de son choix et refus d'appeler un autre avocat – Aucune urgence de procéder à l'interrogatoire – Déclaration incriminante de l'accusée – Éléments de preuve indiquant que l'accusée était sous l'influence de l'alcool et perturbée psychologiquement au moment de la déclaration – L'accusée a-t-elle pleinement exercé son droit à l'assistance d'un avocat? – L'accusée a-t-elle eu une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat? – L'accusée a-t-elle renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. BLACK, 138.

3. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Violation du droit de l'accusée à l'assistance d'un avocat – Déclaration incriminante de l'accusée – Preuve dérivée obtenue en conséquence directe de la déclaration – La déclaration et la preuve dérivée doivent-elles être écartées? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. C. BLACK, 138.

4. Partage des compétences – Ouvrage ou entreprise de nature interprovinciale – Système de télécommunications interprovincial – Installations et abonnés situés à l'intérieur de la province – Appartenance à une organisation non constituée en personne morale qui fournit un service national et international – Accords soumis à la réglementation fédérale – S'agit-il d'un ouvrage ou d'une entreprise relevant de la compétence fédérale? – Dans l'affirmative, s'agit-il d'une mandataire de la Couronne provinciale assujettie à la réglementation fédérale? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a) – Alberta Government Telephones Act, R.S.A. 1980, chap. A-23, art. 1c), d), 4, 42(1) – Public Utilities Board Act, R.S.A. 1980, chap. P-37, art. 1j), 70(1)c) – Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 5, 320(1), (11), (12).

ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES), 225.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

5. Partage des compétences – Ouvrage ou entreprise de nature interprovinciale – Relations de travail – Système provincial de télécommunications déclaré entreprise interprovinciale soumise à la compétence fédérale – Les employés de ce système relèvent-ils du pouvoir de réglementation du Conseil canadien des relations du travail? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a) – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 108, 109(1), (2), (3), (4), 124.

FIOE C. ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES, 318.

6. Charte des droits – Litige relatif à la Charte – Fondement factuel – Déclaration recherchée sans fondement factuel permettant de trancher la question en litige – Des litiges relatifs à la Charte peuvent-ils être tranchés sans fondement factuel?

MAC KAY C. MANITOBA, 357.

7. Charte des droits – Liberté d'expression – Loi prévoyant le paiement d'une partie des dépenses électorales si les candidats et les partis obtiennent une proportion déterminée des votes – La Loi viole-t-elle la liberté d'expression? – Loi sur le financement des campagnes électorales, L.M. 1982-83-84, chap. 45 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

MAC KAY C. MANITOBA, 357.

8. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Informé de son droit à l'assistance d'un avocat, l'accusé refuse d'appeler son avocat dans la soirée – Indication par l'accusé à l'interrogatoire qu'il souhaite ne rien dire avant d'avoir consulté son avocat le lendemain matin – Déclaration faite par l'accusé «en confidence» – A-t-on donné à l'accusé une possibilité raisonnable de joindre un avocat? – Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? – Dans l'affirmative, sa déclaration doit-elle être écartée? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. C. SMITH, 368.

9. Charte des droits – Application – Injonction – Le père d'un enfant non encore né demande une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter – Aucune mesure de l'État n'est en cause – La Charte canadienne des droits et libertés peut-elle être invoquée au soutien de l'injonction?

TREMBLAY C. DAIGLE, 530.

10. Pouvoir judiciaire – Privilège judiciaire – Enquête sur un renvoi à la Cour d'appel – Ordonnance de la Commission enjoignant aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître – Questions ayant trait à la composition du banc qui a entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses conclusions – Les juges peuvent-ils être contraints à témoigner en vertu de la Public Inquiries Act? – Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, chap. 250, art. 3, 4.

MACKEIGAN C. HICKMAN, 796.

11. Commission royale d'enquête constituée par la province – Commission enquêtant sur des questions relatives à un meurtre et à une déclaration erronée de culpabilité de meurtre – Commission sur le point d'examiner un renvoi à la Cour d'appel qui a annulé la déclaration erronée de culpabilité –

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

L'enquête sur le renvoi excède-t-elle les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel relevant exclusivement de la compétence fédérale? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

MACKEIGAN C. HICKMAN, 796.

12. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Vol qualifié – Juge du procès ayant écarté de la preuve l'argent saisi de l'accusé et la déclaration qu'il a faite à la police – Le juge du procès a-t-il eu tort d'écartier ces éléments de preuve? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.

R. C. SZLOVAK, 1114.

13. Charte des droits – Procès dans un délai raisonnable – Délai de dix-huit mois entre l'arrestation et le début du procès – Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. STENSRUD, 1115.

14. Charte des droits – Tribunal compétent – Cour supérieure – Délai de quinze mois entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour l'ouverture de l'enquête préliminaire – Allégation de la part de l'accusé qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable – Requête visant à obtenir une suspension d'instance présentée devant un juge d'une cour supérieure avant l'enquête préliminaire – La cour supérieure aurait-elle dû refuser d'exercer sa compétence pour statuer sur la requête? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.

R. C. SMITH, 1120.

15. Charte des droits – Procès dans un délai raisonnable – Délai de quinze mois entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour l'ouverture de l'enquête préliminaire – Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. SMITH, 1120.

16. Charte des droits – Caractère raisonnable d'une fouille – Droit à l'assistance d'un avocat – Recevabilité d'éléments de preuve obtenus dans des circonstances qui violent des droits garantis par la Charte – Appellant fouillé sans mandat, à la recherche de drogue – Fouille ordonnée par suite de renseignements obtenus d'un informateur fiable – Découverte de drogue et arrestation de l'appelant – Appellant avisé dès son arrestation de ses droits en vertu de la Charte, y compris le droit à l'assistance d'un avocat – La fouille était-elle abusive? – Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat? – Faut-il écartier les preuves matérielles obtenues par la fouille? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2) – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(1)a), b).

R. C. DEBOT, 1140.

17. Charte des droits – Liberté d'expression – Liberté de la presse – Publicité du processus judiciaire – Rapports des procédures judiciaires – Loi provinciale limitant la publication de



**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

certain renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils – La loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – *Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.*

EDMONTON JOURNAL C. ALBERTA (PROCURER GÉNÉRAL), 1326.

18. Charte des droits – Égalité devant la loi – Rapports des procédures judiciaires – Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils – La loi viole-t-elle l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – L'article 15 s'applique-t-il aux personnes morales? – *Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.*

EDMONTON JOURNAL C. ALBERTA (PROCURER GÉNÉRAL), 1326.

19. Charte des droits – Droit à un procès devant un juge et un jury (art. 11f) – Droit garanti par la Charte limité par une exigence que le crime en question entraîne une peine maximale d'au moins cinq ans d'emprisonnement – Code criminel (art. 526.1) supprimant le droit au jury dans le cadre d'un procès subséquent si l'accusé ne comparaît pas, sans raison légitime – Accusé inculpé d'une infraction comportant une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité – L'accusé a choisi un procès avec juge et jury mais n'a pas comparu – Procès avec jury refusé – L'article 526.1 du Code criminel viole-t-il l'art. 11f) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11f) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 526.1.

R. C. LEE, 1384.

**DROIT CRIMINEL**

1. Preuve – Preuve de faits similaires – Agression sexuelle – Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle contre sa fille – La preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle qu'aurait commis l'accusé contre sa fille était-elle admissible?

R. C. D. (L.E.), 111.

2. Agression sexuelle – Exposé au jury – Admission au procès de la preuve de faits similaires – Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées quant à l'objet limité auquel peut servir cette preuve? – L'exposé du juge du procès était-il adéquat?

R. C. D. (L.E.), 111.

3. Compétence – Cour d'appel – Principe de l'arrêt Kie-napple – Inceste et agression sexuelle – Accusé reconnu coupable des deux infractions, mais déclaration de culpabilité pour infraction moindre non inscrite – En appel, l'accusé a été acquitté relativement à l'accusation d'inceste – La Cour d'appel

**DROIT CRIMINEL—Suite**

avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction moindre même si le ministère public n'avait pas interjeté appel? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 150(1), 246.1, 613(2), (3), (8), 623(1).

R. C. PROVO, 3.

4. Possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique – L'accusé était dans un état d'intoxication lorsqu'il a sommé les policiers de quitter le domicile avec un fusil – Annulation de l'acquiescement et inscription d'une déclaration de culpabilité par la Cour d'appel – Les éléments de l'infraction ont-ils été prouvés? – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 613(4)a), b)(i), (ii).

R. C. CASSIDY, 345.

5. Appels – Erreur de droit au procès – Disposition prévoyant confirmation de la déclaration de culpabilité s'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave – Appelants reconnus coupables relativement à des accusations découlant d'un vol qualifié et d'une introduction par effraction – Erreur concernant l'admission d'éléments de preuve sur l'identité des accusés – Le reste de la preuve est de nature circonstancielle – Confirmation des déclarations de culpabilité en appel – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant les déclarations de culpabilité? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

R. C. LEANEY, 393.

6. Jeunes contrevenants – Renvoi à la juridiction normale compétente – Exigences – Jeune contrevenant âgé de près de 18 ans accusé de meurtre au premier degré – Demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public et rejetée par le juge du tribunal pour adolescents – Décision du tribunal pour adolescents confirmée par la Cour du Banc de la Reine mais infirmée par la Cour d'appel – Nature du fardeau de preuve incombant au ministère public quant au renvoi devant la juridiction normalement compétente – Nature de l'examen en appel – Critère du renvoi – La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ordonnant le renvoi de l'adolescent devant la juridiction normalement compétente? – Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 3, 16.

R. C. M. (S.H.), 446.

7. Jeunes contrevenants – Renvoi à la juridiction normale compétente – Exigences – Jeune contrevenant accusé de meurtre au premier degré – Demande de renvoi à la juridiction normalement compétente présentée par le ministère public et rejetée par le juge du tribunal pour adolescents – Décision du tribunal pour adolescents confirmée par la Cour du Banc de la Reine mais infirmée par la Cour d'appel – Nature du fardeau de preuve incombant au ministère public quant au renvoi devant la juridiction normalement compétente – Nature de l'examen en appel – Critère du renvoi – La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ordonnant le renvoi de l'adolescent devant la

**DROIT CRIMINEL—Suite**

juridiction normalement compétente? – Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 16.

R. C. L. (J.E.), 510.

8. Pourvoi de plein droit – Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur – Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit – Pourvoi annulé.

R. C. D. (G.C.), 878.

9. Mens rea – Non-respect volontaire d'une ordonnance de probation – Omission de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite – Accusation découlant d'une déclaration de culpabilité d'avoir eu, en état d'ébriété, la garde et le contrôle d'un véhicule – Croyance de l'accusé que le véhicule ne pouvait être mis en marche – L'article 666(1) crée-t-il une infraction qui exige sa propre mens rea ou une infraction qui découle automatiquement d'une déclaration de culpabilité d'une infraction au Code criminel? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19, 236(1), 663(2), 666(1), 722(1).

R. C. DOCHERTY, 941.

10. Verdict imposé – Homicide involontaire coupable – Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement?

R. C. HARE, 1065.

11. Mens rea – Meurtre au premier degré – Lésions corporelles graves qu'on sait être de nature à causer la mort et indifférence que la mort s'ensuive ou non – La préméditation requise pour un meurtre au premier degré est-elle incompatible avec la mens rea requise pour un meurtre résultant de lésions corporelles graves causant la mort? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212a(ii), 214(2).

R. C. NYGAARD, 1074.

12. Verdict imposé – Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement?

R. C. HALL, 1117.

13. Exposé au jury – Fardeau de la preuve – Possession de stupéfiants pour en faire le trafic et trafic de stupéfiants – Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury quant au fardeau de la preuve?

R. C. SARVARIA, 1118.

14. Fouilles – Appellant fouillé sans mandat, à la recherche de drogue – Fouille ordonnée par suite de renseignements obtenus d'un informateur fiable – Fouille permise s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise – Les policiers avaient-ils des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise? – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(1a), b).

R. C. DEBOT, 1140.

15. Entrave à la justice – L'accusé a volontairement conseillé à un témoin de faire un faux témoignage à un procès – Le faux témoignage proposé ne pouvait influencer sur l'issue du procès

**DROIT CRIMINEL—Fin**

– L'accusé a-t-il commis l'infraction de tentative d'entrave à la justice? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 127(2).

R. C. HEARN, 1180.

16. Crime d'incendie et autres incendies – Éléments de l'infraction – Accusé déclaré coupable d'avoir volontairement mis le feu à une substance susceptible de faire prendre feu à un bâtiment – Insouciance de la part de l'accusé – L'article 434a) du Code criminel exige-t-il la connaissance par l'accusé que le bâtiment était susceptible de prendre feu?

R. C. BUTTAR, 1429.

**DROIT MARITIME**

Mandat – Contrat de services d'acconage conclu par un mandataire au Québec – Partie informée par le mandataire d'un mandant non identifié ou identifié partiellement qu'il agissait en qualité de mandataire uniquement – Le mandataire a-t-il contracté en son propre nom ou uniquement en qualité de mandataire? – Faut-il appliquer les principes de common law ou de droit civil? – Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 22(2)m).

Q.N.S. PAPER CO. C. CHARTWELL SHIPPING LTD., 683.

**FAILLITE**

Priorité – Fiducie créée par la Loi à l'égard des taxes perçues – Taxes perçues et confondues avec les biens de la faillie – Affectation de tous les biens de la faillie à la réduction de la créance de la Banque – La province doit-elle avoir priorité sur les autres créanciers en raison de la fiducie créée par la loi? – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47a), 107(1)j) – Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 388, art. 18.

COLOMBIE-BRITANNIQUE C. HENFREY SAMSON BELAIR LTD., 24.

**FIDUCIES ET FIDUCIAIRES**

Obligation fiduciaire – Secrets commerciaux – Renseignements confidentiels – Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe – Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions – Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration – La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage – La compagnie a-t-elle violé une obligation fiduciaire? – Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

LAC MINERALS LTD. C. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.

**INJONCTION**

Injonction contre un avortement – Droits du fœtus – Droits du père – Femme célibataire voulant se faire avorter – Injonction interlocutoire empêchant l'avortement accordée au père de l'enfant non encore né – L'injonction aurait-elle dû être accordée? – La législation québécoise reconnaît-elle au fœtus le droit à la vie? – Le père en puissance a-t-il le droit d'opposer un veto à la décision de la mère de se faire avorter? – Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 752.

TREMBLAY C. DAIGLE, 530.

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Modification de jugement – Intérêts – Adjudication d'intérêts avant et après jugement.

LIGNES AÉRIENNES CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (NOUVELLE AUDITION), 1067.

**LIBERTÉS PUBLIQUES**

Loi provinciale sur les droits de la personne – Droit à la vie – Le père d'un enfant non encore né obtient une injonction pour empêcher la mère de se faire avorter – Le fœtus est-il un «être humain» au sens de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? – Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, préambule, art. 1, 2.

TREMBLAY C. DAIGLE, 530.

**LIBERTÉS PUBLIQUES**

1. Retraite obligatoire – Plainte de discrimination fondée sur l'âge – Moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle – Chef de la prévention des incendies mis à la retraite conformément à une clause de retraite obligatoire contenue dans une convention collective – Le chef de la prévention des incendies est-il un pompier? – L'exigence professionnelle «raisonnable» donne-t-elle lieu à l'application du même critère que l'exigence professionnelle «réelle»? – L'omission de tenir compte de l'efficacité de tests individuels constitue-t-elle une erreur de droit? – Le syndicat a-t-il violé l'art. 18 du Code? – The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(1), (4), (7), 18, 32 – Saskatchewan Regulation 216/79, art. 1a), b) – Règlement municipal 5585, art. 5.1.

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) C. SASKATOON (VILLE), 1297.

2. Retraite obligatoire – Convention collective prévoyant la retraite obligatoire de pompiers – Plainte de discrimination fondée sur l'âge – Moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle – Mise à la retraite d'un pompier – La ville a-t-elle établi le moyen de défense de l'exigence professionnelle «raisonnable»?

**LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin**

– The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(7).

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) C. MOOSE JAW (VILLE), 1317.

**PRATIQUE**

1. Demande d'intervention – Contestation par le requérant de la constitutionnalité de dispositions semblables dans une autre province – Intervention de plein droit du procureur général de cette province – Facteurs à considérer pour accorder à un individu le droit d'intervenir – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 55(4) – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18(3)a), c) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(2) – Workers' Compensation Act, 1983, S.N. 1983, chap. 48, art. 32, 34 – Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 437, art. 10, 11.

RENVOI: WORKERS' COMPENSATION ACT, 1983 (T.-N.) (DEMANDE D'INTERVENTION), 335.

2. Requête en prorogation de délai pour produire une demande d'autorisation de pourvoi – Retard dû à plusieurs facteurs dont la négociation d'un règlement – Avocats des défendeurs principaux avisés de l'intention d'interjeter appel en cas d'échec des négociations – Affaire dépendant de l'autorisation de la Cour et prorogation de délai demandée uniquement pour pouvoir produire une demande d'autorisation – La requérante ne doit pas être privée du droit de s'adresser à la Cour suprême du Canada uniquement en raison d'un délai additionnel – Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), chap. S-26, art. 58, 59(1).

NEVEU C. SUCCESSION CÔTÉ (REQUÊTE), 342.

3. Demande de rectification de jugement – Règlement entre Arthur D. Little et Newman, MacLean & Associates au début de l'audience du pourvoi – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 5, 50(1), (2).

ARTHUR D. LITTLE INC. C. COOPERS & LYBRAND (DEMANDE), 981.

4. Questions constitutionnelles – Formulation – Refus par la Cour de formuler deux questions constitutionnelles – Questions non conformes à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême du Canada.

TÉTREAUULT-GADOURY C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (REQUÊTE), 1110.

**PRESCRIPTION**

Interruption – Débiteurs solidaires – Enfant blessé par une machine agricole – Action en dommages intentée contre le propriétaire de la machine agricole à l'intérieur du délai de prescription – Fabricant de la machine agricole joint à l'action en tant que défendeur après l'expiration du délai de prescription – Règlement hors cours entre le demandeur et le propriétaire –

**PRESCRIPTION—Fin**

Le règlement hors cour a-t-il éliminé l'interruption de prescription provoquée par le dépôt de l'action contre les autres codébiteurs solidaires? – Code civil du Bas-Canada, art. 2224, 2231, 2262(2).

DALLAIRE C. PAUL-ÉMILE MARTEL INC., 419.

---

**PREUVE**

1. Admissibilité – Négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur causant la mort – Échantillon de sang obtenu par la police – Le test sanguin est-il admissible en preuve? – Le jury a-t-il reçu des directives erronées sur la causalité?

R. C. PINSKE, 979.

2. Admissibilité – Écoute électronique – Contre-interrogatoire quant à la crédibilité d'un témoin – Déclarations du témoin incompatibles avec les déclarations de la communication interceptée – Non-respect des dispositions du Code criminel concernant l'admissibilité – Le juge du procès a-t-il commis une erreur donnant lieu à révision? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16, 613(1)b(iii).

R. C. NYGAARD, 1074.

---

**PROCÉDURE CIVILE**

Actes de procédure – Modifications – La Cour d'appel a-t-elle eu tort de permettre la modification des actes de procédure?

BANDE INDIENNE OREGON JACK CREEK C. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA, 1069.

---

**PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE ET INTELLECTUELLE**

Secrets commerciaux – Renseignements confidentiels – Compagnies minières discutant de la possibilité d'une entreprise conjointe – Résultats confidentiels d'exploration révélés pendant les discussions – Haut potentiel de terrains voisins de terrains appartenant à la compagnie qui a effectué l'exploration – La compagnie qui a reçu les renseignements achète les terrains pour son propre usage – La compagnie a-t-elle violé une obligation fondée sur des rapports de confiance? – Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

LAC MINERALS LTD. C. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Ancienneté – Retour dans l'unité de négociation – Requête en jugement déclaratoire pour déterminer les droits d'ancienneté de certains employés – Convention collective en vigueur au moment de la réintégration des employés dans l'unité de négociation moins généreuse que celle en vigueur lors de leur promotion – Les droits d'ancienneté des employés sont-ils régis par la nouvelle convention collective? – La Cour supérieure a-t-elle compétence pour déterminer les droits d'ancienneté des employés? – Distinction entre applicabilité et application d'une convention collective – Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 1f), 65, 66, 67, 100, 139.

HÉMOND C. COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DU QUÉBEC, 962.

---

**RÉPARATIONS**

Enrichissement sans cause – Restitution – Fiducie par interprétation – Nature de la fiducie par interprétation – Quand peut être imposée une fiducie par interprétation?

LAC MINERALS LTD. C. INTERNATIONAL CORONA RESOURCES LTD., 574.

---

**RESPONSABILITÉ CIVILE**

Fabricant – Causalité – Enfant blessé par une machine agricole – Action en dommages contre le fabricant – Rupture du lien de causalité entre les faits et gestes reprochés au fabricant et l'accident subi par l'enfant – Action rejetée – Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

DALLAIRE C. PAUL-ÉMILE MARTEL INC., 419.

---

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

1. Dommages-intérêts – Règlements échelonnés – Paiement d'une somme forfaitaire ou d'une indemnité par versements périodiques – Majoration de l'indemnité pour compenser l'effet de l'impôt sur le montant accordé au titre des soins futurs – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant des versements périodiques à l'adjudication d'une somme forfaitaire? – Faut-il tenir compte de l'effet de l'impôt en calculant l'indemnité pour soins futurs? – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé en première instance au titre des soins futurs? – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant le montant accordé pour la perte de capacité de gagner un revenu pour le passé et l'avenir?

WATKINS C. OLAFSON, 750.

2. Dommages-intérêts – Indemnité pour soins futurs – Impôt – L'effet de l'impôt peut être pris en compte en calculant l'indemnité pour soins futurs.

SCARFF C. WILSON, 776.

3. Nuisance – Organisme public – Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur – Sous-sol inondé en raison de l'obstruction d'un égout – Installation et exploitation du réseau

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin**

d'égouts sanctionnées par une loi – La municipalité est-elle responsable des dommages selon les règles de la nuisance? – The Municipalities Act, S.N. 1979, chap. 33, art. 154(1), (2), (3).

TOCK C. ST. JOHN'S METROPOLITAN AREA BOARD, 1181.

4. Responsabilité – Gouvernement – Décision de politique ou opérationnelle – Voiture écrasée par la chute d'un bloc de pierre sur la route – Système d'inspection et de consolidation des talus rocheux – Le lien entre les parties est-il suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence? – Si oui, s'agit-il d'une décision de politique qui n'engage pas la responsabilité ou d'une décision opérationnelle qui peut être source de responsabilité? – Highway Act, R.S.B.C. 1979, chap. 167, art. 8, 14 – Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86, art. 2, 3.

JUST C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 1228.

5. Négligence – Municipalité – Obligation de diligence – Permis de construction délivré sans égard aux vices de conception – Omission des propriétaires et des entrepreneurs d'aviser la municipalité que le projet était rendu à une étape où une inspection était nécessaire – La municipalité a-t-elle une obligation de diligence envers les propriétaires? – La municipalité est-elle exonérée de toute responsabilité en raison de l'omission des propriétaires de l'aviser?

ROTHFIELD C. MANOLAKOS, 1259.

**TRIBUNAUX**

1. Pratique – Requête en nouvelle audition de pourvoi – Requérantes demandant une nouvelle audition parce que la décision de la Cour suprême du Canada aurait été rendue par inadvertance – Requête rejetée.

GRAND MONTRÉAL, COMMISSION DES ÉCOLES PROTESTANTES C. QUÉBEC (PROCEUREUR GÉNÉRAL), 167.

2. Appel – Annulation de l'acquiescement et inscription d'une déclaration de culpabilité par la Cour d'appel – État

**TRIBUNAUX—Fin**

d'intoxication soulevant la question de la capacité d'avoir l'intention requise – Les éléments de l'infraction ont-ils été prouvés? – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès?

R. C. CASSIDY, 345.

3. Privilège judiciaire – Enquête sur un renvoi à la Cour d'appel – Ordonnance de la Commission enjoignant aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître – Questions ayant trait à la composition du banc qui a entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses conclusions – Les juges peuvent-ils être contraints à témoigner en vertu de la Public Inquiries Act?

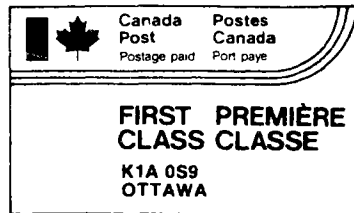
MACKEIGAN C. HICKMAN, 796.

4. Compétence – Cour d'appel fédérale – Contrôle judiciaire – Plainte de discrimination rejetée par la Commission canadienne des droits de la personne en vertu de l'art. 36(3) de la Loi canadienne sur les droits de la personne – La décision rendue par la Commission en vertu de l'art. 36(3) est-elle légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire? – Dans l'affirmative, la Commission a-t-elle commis une erreur donnant lieu à examen? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 28 – Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 11, 36(3).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE C. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE), 879.

5. Compétence – Cour martiale – Infractions relatives aux stupéfiants – Soldat en possession de cocaïne à l'extérieur de la base – Soldat en quartier libre et en civil au moment de l'infraction – Un tribunal militaire avait-il compétence pour juger le soldat pour possession d'un stupéfiant? – Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 120 – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1).

R. C. IONSON, 1073.



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9